

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO, CONTABILIDADE E ECONOMIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ECONOMIA
MESTRADO EM ECONOMIA DO DESENVOLVIMENTO

FERNANDO FERREIRA PEREIRA

**CONTRATO E DIREITO DE PROPRIEDADE: UMA ANÁLISE COMPARATIVA
ENTRE O DIREITO E A NOVA ECONOMIA INSTITUCIONAL.**

Porto Alegre – RS

2011

FERNANDO FERREIRA PEREIRA

**CONTRATO E DIREITO DE PROPRIEDADE: UMA ANÁLISE COMPARATIVA
ENTRE O DIREITO E A NOVA ECONOMIA INSTITUCIONAL.**

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do grau de mestre em Economia, apresentado ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Administração, Contabilidade e Economia da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo Lobo e Silva

Porto Alegre – RS

2011

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

P436c Pereira, Fernando Ferreira

Contrato e direito de propriedade: uma análise comparativa entre o direito e a nova economia institucional / Fernando Ferreira Pereira. – Porto Alegre, 2011.

86 f.

Dissertação (Mestrado em Economia do Desenvolvimento) – Faculdade de Administração, Contabilidade e Economia, PUCRS.

Orientação: Prof. Dr. Carlos Eduardo Lobo e Silva

1. Economia. 2. Nova Economia Institucional. 3. Direito e Economia. 4. Contrato Social. 5. Direito de Propriedade. 6. Custos de Transação. Teoria da Firma. I. Silva, Carlos Eduardo Lobo e. II. Título.

**CDD 338.981
330.4**

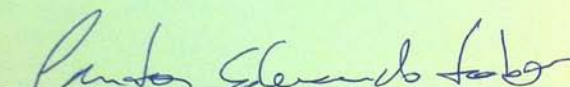
Bibliotecária responsável:

Cíntia Borges Greff – CRB 10/1437 – E-mail: norma.abnt@gmail.com

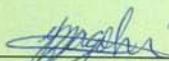
FERNANDO FERREIRA PEREIRA**"CONTRATO E DIREITO DE PROPRIEDADE: UMA ANÁLISE
COMPARATIVA ENTRE O DIREITO E A NOVA ECONOMIA
INSTITUCIONAL"**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Economia, pelo Mestrado em Economia do Desenvolvimento da Faculdade de Administração, Contabilidade e Economia da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

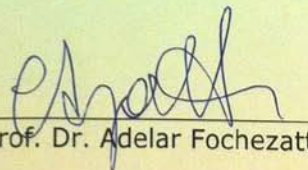
Aprovada em 31 de março de 2011, pela Banca Examinadora.

BANCA EXAMINADORA:

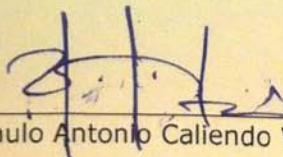
Prof. Dr. Carlos Eduardo Lobo e Silva
Presidente da Sessão



Profª. Dr. Izete Pengo Bagolin



Prof. Dr. Adelar Fochezatto



Prof. Dr. Paulo Antonio Caliendo Velloso da Silveira

Dedico este trabalho aos meus pais e meu irmão que em todos os momentos me apoiaram e souberam me compreender. Aos Professores Mário Hamilton Vilela e Sergio Luiz Lessa de Gusmão. A Deus, pela força e fé que sempre me fizeram seguir.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Carlos Eduardo Lobo e Silva, pela dedicação e atenção prestada durante todo o trabalho.

Ao Prof. Dr. Nali de Jesus de Souza, que me incentivou a aprofundar meus estudos na Ciência Econômica.

A minha família, pelo amor que nos une.

Aos meus amigos e colegas que sempre me apoiaram e confiaram em mim.

A todos os professores que, de uma forma ou de outra, contribuíram para minha formação nesta longa jornada.

RESUMO

Este estudo teve como objetivo analisar a relação entre direito e economia, esta última representada pela teoria da Nova Economia Institucional (NEI). Para tanto, foram abordados dois institutos, o direito de propriedade e o contrato. A análise legal está focada nas bases estabelecidas pelo Código Civil de 2002, enquanto que a abordagem econômica focou nos preceitos da NEI, utilizando-se os conceitos e as idéias encontradas nos seus principais expoentes e, nas correntes da Economia dos Custos de Transação e na Teoria da Firma. Também se tentou demonstrar os pontos onde estas ciências se aproximam e aqueles onde se afastam, quando se referem aos institutos abordados.

Palavras-chave: Nova Economia Institucional; Direito e Economia; Contrato; Direito de Propriedade; Custos de Transação; Teoria da Firma.

ABSTRACT

This work aimed to examine the relationship between law and economics, the latter represented by the theory of New Institutional Economics (NIE). For this purpose, we dealt with two institutes, the property right and the contract. The legal analysis is focused on the basis established by the Civil Code of 2002, while the economic approach focused on the precepts of the NEI, using the concepts and ideas encountered in their main exponents, and in the Theory of Transaction Cost Economics and Theory of the Firm. It also attempted to show the points where these sciences are approaching and those where it depart from when they refer to this both institutes.

Keywords: New Institutional Economics; Law and Economics; Contract; Property Right; Transaction Costs; Theory of the Firm.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 NOVA ECONOMIA INSTITUCIONAL: ORIGEM, DESENVOLVIMENTO E PRINCIPAIS CONCEITOS	14
2.1 ORIGEM	15
2.2 DESENVOLVIMENTO TEÓRICO DA NOVA ECONOMIA INSTITUCIONAL (NEI).....	18
2.2.1 <i>Custos de Transação</i>	20
2.2.2 <i>Firma Segundo a NEI</i>	25
SÍNTESE DO CAPÍTULO	36
3 DIREITO E ECONOMIA: UMA VISÃO JURÍDICA E ECONÔMICA DO DIREITO DE PROPRIEDADE.....	38
3.1 DIREITO DE PROPRIEDADE	38
3.2 A DOCTRINA JURÍDICA E OS PRECEITOS LEGAIS	39
3.2.1 <i>Direito das Coisas</i>	39
3.2.2 <i>Objeto do Direito das Coisas: a distinção entre direito real e pessoal</i>	41
3.2.3 <i>O Direito de Propriedade: a visão jurídica deste instituto segundo os preceitos do Código Civil de 2002.</i> 43	
3.3 A VISÃO DA NOVA ECONOMIA INSTITUCIONAL SOBRE O DIREITO DE PROPRIEDADE	47
SÍNTESE DO CAPÍTULO	57
4 DIREITO E ECONOMIA: UMA VISÃO JURÍDICA E ECONÔMICA DO CONTRATO.....	58
4.1 A DOCTRINA JURÍDICA E OS PRECEITOS LEGAIS	58
4.1.1 <i>O Direito das Obrigações</i>	58
4.1.2 <i>Contratos: a visão jurídica deste instituto segundo as regras do Código Civil de 2002</i>	60
4.1.3 <i>Elementos, requisitos e pressupostos contratuais</i>	62
4.2 CONTRATOS E A NOVA ECONOMIA INSTITUCIONAL.....	65
SÍNTESE DO CAPÍTULO	74
CONCLUSÃO	76
REFERÊNCIAS	80

1 INTRODUÇÃO

A integração do mundo atual, permitiu que as nações vivenciassem uma abundância de riquezas até então inimagináveis. Percebemos importes mudanças por todas as partes. Os direitos, liberdades e os modelos organizacionais conquistados nos séculos precedentes permitiram uma maior integração e a abertura de espaços para novos debates entre as ciências. “As diferentes regiões do globo estão agora mais estreitamente ligadas do que jamais estiveram, não só nos campos da troca, do comércio e das comunicações, mas também quanto a idéias e ideais interativos”. (SEN, 2000, p. 9)

Até o início do século passado as premissas tidas como verdadeiras pela abordagem neoclássica eram incontestáveis. Para ela, grande parte da economia era desempenhada, desenvolvida, estruturada, estudada e analisada pelos mecanismos de preço. Não havia espaço para se questionar sobre outras *proxys* explicativas do desenvolvimento econômico.

Foi neste contexto que visualizamos, dentro do debate acadêmico, em especial na ciência Econômica, o início de discussões teóricas que começaram a questionar as premissas neoclássicas, originando diversas correntes doutrinárias, dentre elas, a dos economistas institucionalistas.

Para eles, a *instituição* é a representação das ações das pessoas na sociedade, que se manifesta como um conjunto de comportamentos ajustados e padronizados vinculados a valores e idéias, como, por exemplo, as leis, os usos e costumes desta sociedade. São as instituições que norteiam as ações sociais, já que intrinsecamente abarcam a idéia de que se obtém maior proveito agindo conforme as regras postas do que as infringindo. Em que pese as divergências existentes entre o pensamento de Veblen, Commons e Mitchell, aclamados como *antigos institucionalistas*, convergem para um ponto comum: a perseguição dos objetivos pessoais, que se originam na ação dos indivíduos, não é a única fonte de compreensão das regras sociais. Isto porque as preferências individuais se formam de diversos fatores, a exemplo das formas de comportamento coletivo, da tecnologia e da ação de organizações (como as firmas), ou seja, as instituições são o que moldam os objetivos pessoais. Por isso que para o institucionalismo, é indispensável à análise da instituição para compreensão do processo de formação e

desenvolvimento econômico, afastando-se o foco do indivíduo racional e, voltando-se sua lente de análise para as instituições. (BUENO, 2004)

Em suma, a literatura econômica neoclássica focava sua análise em um formalismo abstrativo gerado por sua aproximação à metodologia das ciências exatas, em que pese se tenha produzido alguns estudos sobre as instituições, mas que acabavam apresentando um papel secundário, quando não eram inexpressivos. A abordagem institucionalista se fortaleceu nas inúmeras publicações de autoria norte-americana no final do século XIX, em parte pela influência de estudos anteriores que ressaltavam a importância da matriz institucional necessária à compreensão da evolução econômica das sociedades, regendo uma nova corrente teórica independente e desprovida de uma uniformidade analítica característica das demais. A Teoria Econômica Institucionalista inaugura uma visão analítica da economia feita pelas lentes de outras ciências afins, como a biologia, a psicologia, a jurídica e a social, incorporando conceitos como o evolucionismo, a importância da eficiência da justiça, dos direitos, do comportamento dos agentes, etc.. É ela que delimita o espaço necessário ao desenvolvimento de sua vertente denominada de Nova Economia Institucional, avançando nas idéias da qual se origina, somando em sua abordagem os instrumentais metodológicos das ciências exatas, todavia, mantendo o foco central na análise da instituição como variável explicativa do fenômeno econômico. (AGUILAR FILHO, 2010)

A literatura aponta três grandes referenciais teóricos da Nova Economia Institucional: Douglass North, Ronald Coase e Oliver Williamson, todos laureados com o prêmio Nobel em Economia. A preocupação do primeiro se situa na evolução histórica das sociedades, questionando sobre as desigualdades no processo de desenvolvimento econômico. O segundo e o terceiro se preocupam com a análise da firma, através de uma visão microeconômica, tendo como fonte o arcabouço teórico desenvolvido sobre os custos de transação.

Os ensinamentos de WILLIAMSON (1998) aclaram a formatação da

“New Institutional Economics comes in two parts. Part one deals with the institutional environment – the rules of the game – and traces its origins to Ronald Coase’s 1960 paper on ‘The Problem of Social Cost. Part two deals with the institutions of governance – the play of the game – and originates with Coase’s 1937 paper on ‘The Nature of the Firm.’ Both parts got underway in the early 1970s (Davis and North (1971), Williamson (1971), and Alchian and Demsetz (1972))

and progressively took shape over that decade (North (1981), Williamson (1975, 1976, 1979), Klein, Crawford, and Alchian (1978)). Exponential growth occurred in the 1980s and since. Two Nobel Prizes – one to Ronald Coase in 1991; the other to Douglass North in 1994 – celebrate its influence.” (WILLIAMSON,1998, p. 24)

Segundo North (1991) as instituições são

“the humanly devised constraints that structure political, economic, and social interactions. They consist of both informal constraints (sanctions, taboos, customs, traditions, and codes of conduct), and formal rules (constitutions, laws, property rights), (...) as that structure evolves, it shapes the direction of economic change towards growth, stagnation, or decline”. (NORTH,1991,p. 97)

A abordagem deste três expoentes teóricos aponta, dentre outros fatores relevantes, a importância das instituições no processo de econômico que se dá em um ambiente onde os custos de transação não são zeros, sendo elas as responsáveis pelo desenvolvimento e implementação de mecanismos que assegurem o cumprimento dos contratos e dos direitos de propriedade. Neste sentido, aponta SOUZA (2003) que

“a estabilidade social, política e econômica, suscetível de reduzir os riscos do negócio e assegurar os direitos de propriedade, constitui também importante fonte de crescimento de uma economia. As pessoas investem quando estão seguras de que seus direitos de propriedade estarão garantidos. Os riscos decorrem da instabilidade social e da instabilidade política e econômica, como também de condições climáticas adversas e de violações dos direitos de propriedade, como desapropriações, nacionalizações ou apropriação indébita”

Não obstante o amplo debate econômico em torno dos preceitos trazidos pela Nova Economia Institucional, pela forma como se inter-relaciona com outras ciências, a exemplo da Jurídica, acaba utilizando a sua terminologia, o que instiga o desenvolvimento do presente estudo.

O embate interno do homem e, a visão aposta por PINTO (2008, p. V) da relação entre o Direito e a Sociedade, pode ser comparada aos desejos do agente econômico que o impulsionam a quebra do contrato ou à afronta ao direito de propriedade (originado, dentre outras formas, pelo risco moral das negociações e pelo oportunismo) e, a relação entre o Direito e a Economia, conforme trecho que se transcreve:

“Sociedade e Direito são criações essencialmente humanas que se completam por serem, paradoxalmente, opostas.

De fato, o homem criou a Sociedade, impelido ao gregarismo pela necessidade instintiva de se defender de um universo primitivo e hostil à sua espécie. A partir daí, milênios de paciente e incessante evolução, calcada no único e singelo método de substituir o instinto pela razão, levaram-no ao supremo triunfo de dominar aquele universo que o ameaçara e de fazer ecoar por todos os recônditos o grito de sua orgulhosa proclamação como rei da natureza.

No próprio momento, porém, da afirmação triunfal, uma fria angústia lhe invadiu a alma com a certeza de que, dali por diante, sua grande luta seria para defender-se de si mesmo.

Foi então que ele criou o Direito. Esta é a síntese da idéia de que Sociedade e Direito, provindos de uma só gênese, o gênio humano, têm por destino opor-se e completar-se. Enquanto aquela ilustra o ímpeto gerador do poder pela inteligência, ignorando limites, que o poder não tolera, este ilustra um freio à volúpia da geração sem controles, que fatalmente levará ao suicídio da espécie”.

Nesse estudo iremos abordar a forma como a Ciência Econômica (através da visão assentada na Nova Economia Institucional) e a Ciência Jurídica se relacionam, focando-se em dois elementos que, para ambas, é de suma importância, quais sejam, o direito de propriedade e o contrato.

Objetivo do trabalho é comparar a visão que cada uma destas ciências possui sobre o contrato e o direito de propriedade, mostrando a complementaridade de seus conceitos e, que elas fornecem importantes elementos que servem de base para suas construções teóricas.

Nosso objetivo é, através de uma metodologia de revisão bibliográfica, mostrar os principais elementos da Nova Economia Institucional, focando-se nos estudos seminais de NORTH, COASE e WILLIAMSON, para, então, adentrar no foco dado aos elementos investigados (direito e propriedade e contrato), cotejando-se com a visão jurídica destes institutos.

Para tanto, o texto está dividido em três partes, a primeira, onde é feita uma breve revisão do pensamento institucional (que é representada principalmente pela visão de Veblen), para, então, adentrar propriamente na literatura da Nova Economia Institucional. Após, focalizamos na segunda parte uma revisão bibliográfica da Ciência Jurídica e Econômica (através da corrente teórica da NEI), aplicada ao do direito de propriedade. A terceira parte segue o mesmo caminho da segunda, voltando-se para o cotejo analítico destas duas ciências e seu pensamento aplicado ao contrato.

2 NOVA ECONOMIA INSTITUCIONAL: ORIGEM, DESENVOLVIMENTO E PRINCIPAIS CONCEITOS

A literatura econômica voltou sua teoria para um formalismo abstrativo decorrente da sua aproximação à metodologia das ciências exatas, mesmo apresentando alguns estudos sobre as instituições que ficavam em um plano secundário. Os trabalhos de institucionalismo econômico ganharam força com diversas publicações de autores norte-americanos no final do século XIX, em parte pela influência de estudos anteriores que ressaltavam a importância da matriz institucional necessária à compreensão da evolução econômica das sociedades, regendo uma nova corrente teórica independente e desprovida de uma uniformidade analítica característica das demais. (AGUILAR FILHO, 2010)

Para AGUILAR FILHO (2010) é usual se dividir o pensamento institucionalista contemporâneo em duas grandes correntes. A primeira, ordinariamente denominada de “Antigo Institucionalismo” (*Old Institutional Economics – OIE*), foi a responsável pela expansão da abordagem utilizada pela análise econômica e, pretendia analisar os fenômenos econômicos utilizando o instrumental teórico de outras ciências, como a biologia e a psicologia, guiando-se pela influência da evolução tecnológica, dos condicionantes históricos da sociedade e pela influência de normas e valores coletivos; esta corrente se guia por seus primeiros doutrinadores, a exemplo de Veblen, Mitchell e Commons. A Nova Economia Institucional (NEI) é a segunda corrente, que se desenvolve a partir da primeira, divergindo desta pela utilização da metodologia e conceitos basilares do pensamento econômico convencional voltados para “compreensão da influência da matriz institucional sobre o ambiente econômico”.

Na próxima seção iremos apresentar as bases teóricas da economia institucional que foram imprescindíveis para o desenvolvimento da Nova Economia Institucional, focando nossa abordagem principalmente na obra de Veblen, já que ele é considerado o precursor do institucionalismo econômico.

2.1 ORIGEM

As forças teóricas que fundaram uma importante corrente do institucionalismo econômico podem ser remetidas às influências de Veblen, Mitchell e Commons. As premissas que sustentam o desenvolvimento do pensamento do Antigo Institucionalismo se fundam em uma análise dos fenômenos econômicos que enfatizava a importância das instituições, constituindo-se em verdadeira crítica ao pensamento econômico neoclássico.

Thorstein Bunde Veblen nasceu em 1857, foi professor universitário, editor de uma revista científica e do *Journal of Political Economy*, escrevendo em 1899 sua obra de maior repercussão *A Teoria da Classe Ociosa*. Aclamado como o pioneiro na economia institucional, atacou as bases que fundavam a economia liberal clássica e neoclássica, entendendo que era necessário que a análise econômica deveria se transformar em uma ciência da evolução para construir uma teoria de transformação dos sistemas econômicos que se afastasse das premissas de que o homem é um “calculador do prazer e da dor” (ALMEIDA, MARIA HERMÍNIA, 1987).

Para Veblen (1987) o tempo não produtivo que é gasto pela “classe ociosa” decorre do desgosto que se origina do sentimento de indignidade do tempo produtivo e da tentada demonstração de que a vida inerte possui capacidade pecuniária, instigando o estudo da aptidão para obtenção de proventos destinados à aposentadoria, ou seja, a fase inativa dos antes trabalhadores produtivos, conforme se verifica ao colocar que “o termo ‘ócio’, na conotação que tem neste estudo, não implica indolência ou quiescência. Significa simplesmente tempo gasto em atividade não produtiva” (VEBLEN, 1987, p. 23).

Afirma em sua análise que

“a desnecessidade de trabalhar não é só algo honorífico e meritório; muito cedo torna-se um requisito de decência. Durante os primeiros tempos da acumulação de riqueza, a insistência na propriedade, como base de respeitabilidade, é extremamente ingênua e imperiosa. Essa desnecessidade de trabalhar é a prova convencional da riqueza, sendo portanto a marca convencional da posição social; e essa insistência sobre o mérito da riqueza leva a uma insistência sobre o ócio.” (VEBLEN, 1987, p. 25)

Para ele, a propriedade é o cerne da estima social, assim como do respeito próprio, fazendo com que o indivíduo passe por um processo de habituação da riqueza, mas que, com o passar do tempo, deixa de conceder o prazer inicialmente

desfrutado – já que o indivíduo vive esta comparação que gera um desconforto quanto a sua situação, criando uma constante luta pelo status decorrente da riqueza acumulada, neste processo emulativo.

A idéia de sujeição e fraqueza vinculada ao trabalho decorre da cultura predatória (luta do grupo contra um ambiente humano), sendo uma “marca de inferioridade” inerente ao “progresso da diferenciação social”, motivo pelo qual se perpetua na sociedade. O indivíduo tenta se destacar na sociedade através de boas maneiras, da admiração pelas artes, o que ocorre com o seu esforço e com o passar do tempo, tornando-se sinais de adequação ao ócio e ao consumo conspícuo, já que “nenhum mérito se lhe acrescentaria mediante o consumo das simples coisas necessárias à vida, exceto por comparações com os abjetamente pobres, aos quais falta até mesmo um mínimo de subsistência”. (VEBLEN, 1987, p. 46)

Adiante conceitua o que, em sua visão, é o gasto que se denomina “supérfluo”, sendo aquele que não serve à vida humana ou ao bem-estar do homem em sua totalidade, destacando que “segundo uma rigorosa exatidão, não se deve incluir no capítulo de gasto supérfluo o que não for dispêndio em que se incorre na base de uma comparação pecuniária invejosa” e, que é normal que um item assim considerado, acabe se tornando indispensável como qualquer outro gasto habitual, por se convolar em uma necessidade de vida. (VEBLEN, 1987, p. 47)

“A vida do homem em sociedade, bem como a vida de outras espécies, é uma luta pela existência, e, portanto, um processo de adaptação seletiva. A evolução da estrutura social foi um processo de seleção natural das instituições” (VEBLEN, 1987, p. 87). Percebe-se que neste trecho a abordagem evolutiva utilizada para tecer sua crítica à ostentação competitiva da classe ociosa abastada, afirmando que “muitos itens dos gastos costumeiros, quando analisados, revelam-se quase inteiramente como desperdício, sendo, portanto, apenas honorários; mas, uma vez incorporados à escala do consumo decente, tornando-se assim uma parte integrante da vida do indivíduo, são tão difíceis de serem abandonados como quaisquer outros itens que conduzem diretamente ao conforto físico pessoal, ou mesmo como os necessários à vida e à saúde” (VEBLEN, 1987, p. 49), atingindo, por conseguinte, a visão neoclássica do comportamento do consumidor pela ausência de distribuição social do valor, decorrente do consumo doméstico da maioria das classes que é, segundo o Autor, mesquinho.

Na visão de VEBLEN (1987), as instituições resultam da modelagem decorrente do processo seletivo e adaptativo das atitudes e aptidões espirituais, sendo fatores eficientes de seleção, assim como métodos especiais de vida e de relações humanas. Portanto, a herança das instituições e a sua conseqüente visão conservadora é um fator de inércia social, apontando que o eterno conflito das relações internas e externas do indivíduo decorre da inexistência do ajustamento dessa relação, já que há constante mudança no meio externo, impulsionando o reajustamento tanto do pensamento, como das instituições em resposta à pressão externa (com natureza de reação a uma ação/estímulo). (VEBLEN, 1987)

A instituição possui caráter de estrutura econômica, que normalmente é dividida em duas classes, conforme sua função para um ou outro dos dois propósitos divergentes da vida econômica (de aquisição/pecuniária ou de produção/industrial), afetando a estrutura social, o caráter individual dos membros da sociedade e o desenvolvimento cultural. Em sua concepção, aponta como sendo a mais forte e persistente causa econômica a propensão competitiva do homem, após o instinto de autopreservação, importando-se com o processo de transformações operadas e com a conduta coletiva (já que a instituição se origina da padronização da ação coletiva).

Segundo RUTHERFORD (2001, p. 175) "other strands of what became institutionalism are not so traceable to Veblen's influence. Many institutionalists, including Hamilton, J. M. Clark, John R. Commons, and Robert L. Hale had significant interests in issues of law and economics."

Os trabalhos de John Commons não se limitam à esfera econômica, em que pese seja um destacado economista da corrente teórica do velho institucionalismo. Na abordagem de Commons a economia institucional "parece significar um *framework* de leis ou direitos naturais dentro do qual atos individuais como que emanam de dentro da pessoa" (ALBERT, 2008, P. 12).

CONCEIÇÃO (2003) destaca que John Commons, já em seu texto de 1931, apontava que já naquela época era necessário uma definição mais precisa para o termo instituição, indicando que esta definição somente seria definitiva através da constituição de uma teoria econômica das instituições. Commons explora aspectos novos para a teoria econômica da época, utilizando uma linguagem "quase judicial" para analisar econômica da transação. Para ele, o conflito era algo natural e decorrente da situação de escassez permanente da economia, sendo as instituições

verdadeiros mecanismos de ação coletiva, que teriam por escopo ordenar o conflito, aumentando a eficiência.

Abordagem de Commons foi construída sobre suas noções da disseminação dos conflitos distributivos, das assembleias legislativas e tribunais, para tentar resolver os conflitos (pelo menos entre os grupos de interesse com representação), e da evolução do direito (da lei) como resultado desses processos contínuos de resolução de conflitos. Em termos de microeconomia, ele desenvolveu o seu conceito de "*transaction*" como a unidade básica de análise. Por sua vez, as condições da transação eram determinadas pela estrutura de "*working rules*", incluindo os direitos e deveres legais, liberdades e orientações e, pelo poder econômico de barganha (de negociação). (RUTHERFORD, 2001)

Em suma, o pensamento do velho institucionalismo assenta o entendimento e o reconhecimento de que as instituições podem afetar diretamente os fenômenos econômicos, desenvolvendo-se a partir desta abordagem teórica, na qual se incorpora a idéia de que as instituições são a personificação das normas e valores coletivos, relacionando-se com a análise seminal de Veblen, que explora da idéia de indignidade do tempo produtivo, da preferência de gastos, etc., ou seja, das condicionantes históricas da sociedade, na qual há uma apropriação e incorporação de referenciais de outras ciências afins, como, por exemplo, a idéia evolutiva darwiniana.

2.2 DESENVOLVIMENTO TEÓRICO DA NOVA ECONOMIA INSTITUCIONAL (NEI)

Uma grande parcela da pesquisa econômica mundial dedica-se ao estudo do desenvolvimento econômico, sendo recorrentes os trabalhos que fazem uma crítica à teoria neoclássica ortodoxa, seja negando a sua construção teórica, seja incrementando modificações na tentativa de criar modelos que apresentam maior verossimilhança à realidade fática (TOYOSHIMA, 1999). É neste contexto que surge a nova economia institucional, focando seus estudos na comprovação de que as instituições são variáveis explicativas do processo econômico, demonstrando que é possível a teorização da estrutura institucional, já que na teoria neoclássica as instituições são apresentadas como variáveis exógenas. (BUENO, 2004)

Os teóricos da Nova Economia Institucional entendem que uma parte do desenvolvimento econômico ocorre pelo desenvolvimento das instituições de determinado país, motivo pelo qual é importante o seu estudo.

CONCEIÇÃO (2006) acrescenta que na abordagem da Nova Economia Institucional (NEI) as operações e a eficiência de um sistema econômico são limitadas pelo conjunto de instituições que regem o mercado. As “instituições” definem restrições (normas) que estruturam as interações sociais, econômicas e políticas.

Nesta abordagem se acredita que o conjunto de instituições que atuam no mercado limita o sistema econômico, suas operações e eficiências ocorrem pela definição das restrições (normas) que regem as interações sociais, econômicas e políticas.

RUTHERFORD (2001, p. 17) ressalta que na nova economia institucional *“institutions and institutional change have generally been analyzed as ways of reducing transactions costs, reducing uncertainty, internalizing externalities, and producing collective benefits from coordinated or cooperative behavior.”*

Segundo North (1998, p.), “as instituições constituem as regras do jogo numa sociedade; mais formalmente, representam os limites estabelecidos pelo homem para disciplinar as interações humanas”. A consequência lógica é que elas criam estímulos de natureza política, social e econômica, sendo impostas pelo ser humano para que ele possa se relacionar com os outros.

Por decorrência lógica, pode-se afirmar a abertura interdisciplinar da análise institucionalista, uma vez que reconhece os conhecimentos incorporados das mais diversas ciências, como por exemplo, da psicologia e das ciências jurídicas, políticas e sociais. Ela volta seu enfoque ao indivíduo, deixando de lado o uso do agente racional e maximizador de utilidade. (ALBERT, 2008)

A Nova Economia Institucional (NEI) se desdobra em duas correntes: a primeira se inclina pela análise das mudanças do ambiente das instituições dentro da economia, ou seja, “no conjunto de regras políticas, sociais e legais fundamentais, por exemplo, nas regras regulando os direitos de propriedade e os contratos, que estabelecem a base para produção, troca e distribuição de mercadorias em uma certa sociedade.” A segunda volta seu enfoque científico para a análise da “interação entre as unidades econômicas nos processo de produção, troca e distribuição, enfatizando a forma como surgem e se desenvolvem instituições

que asseguram a cooperação entre as unidades econômicas nesses processos”. (BUENO, 2004, p. 184)

É neste contexto que verificamos a unanimidade da doutrina em apontar três grandes expoentes da corrente denominada novo institucionalismo: o primeiro, é Douglass North, que em seus estudos faz um apanhado histórico evolutivo das sociedades, apontando as origens das desigualdades no processo de desenvolvimento econômico; o segundo, é Oliver Williamson, que nos agracia com seus estudos microeconômicos utilizando o instrumental dos custos de transações ligados à teoria da firma e, tão importante quanto os outros dois é o terceiro, Ronald Coase. Este será o enfoque das seções seguintes, buscando apresentar as principais contribuições abarcadas por estes grandes teóricos dentro da Nova Economia Institucional, a partir dos dois estudos mais importantes para esta corrente: custos de transação e a organização da firma.

2.2.1 Custos de Transação

Douglass North foi o fundador da *International Society for the New Institutional*, Nobel de Economia em 1993, tendo escrito diversos estudos que focam a instituição como variável explicativa no processo de desenvolvimento econômico.

Ele combina a teoria do comportamento humano e a teoria dos custos de transação, explicando, através desta, as diferenças históricas no processo de desenvolvimento econômico, focando-se no processo de amadurecimento das instituições, incluindo sua análise na teoria neoclássica. (TOYOSHIMA, 1999)

Ao citar Coase, North aponta que apenas em um cenário onde inexistem custos de transação é que se encontram os resultados neoclássicos de mercados eficientes. (NORTH, 1998)

Sua crítica está assentada na ausência analítica de fatores tão importantes quanto à maximização da riqueza, por parte da teoria neoclássica, o que enfraqueceria a capacidade explicativa daqueles modelos para o desenvolvimento econômico. Para tanto, ele inclui as mais diversas motivações do indivíduo nas escolhas econômicas, através do instrumental microeconômico, fazendo-se valer do conceito de custo de transação. É neste ambiente que as instituições atuam, já que

são elas as responsáveis pela redução do custo de transações, ao afirmar que “quando os custos de transação são consideráveis, as instituições passam a adquirir importância”. (NORTH 1998)

Explica os custos de transações afirmando que quanto maior o grau de complexidade de uma economia, maior será a necessidade de atores (tais como advogados, contadores, banqueiros, etc.) para operar o mercado e as suas transações; a partir da organização do sistema institucional é que se poderá alcançar os benefícios desejados.

Em seu enfoque o custos de transações possuem 4 variáveis: a primeira é o valor decorrente dos diversos atributos do bem ou do serviço em questão; a segunda decorre do tamanho do mercado (que pode ser pessoal ou impessoal onde, neste último, “o custo dos contratos aumenta devido à necessidade de especificações mais minuciosas dos direitos cedidos”); a terceira é o cumprimento das obrigações assumidas (afirmando que “a dificuldade de se criar um sistema jurídico relativamente imparcial, que zele pela execução de contratos, tem sido uma pedra no caminho do desenvolvimento econômico”); a quarta seria englobada pelas atitudes ideológicas e percepções. (NORTH, 1998, p. 9)

BUENO (2004) coloca que a comparação entre custos de transações com custos de transformação facilita o entendimento daqueles, i.e., baseado no clássico problema smithiano que buscava assegurar que a dependência decorrente da divisão do trabalho se transformasse em cooperação (que para Smith consolidava-se no “interesse próprio que fazia funcionar o mecanismo da mão invisível”), já que a expansão decorrente da divisão do trabalho exigia um incremento no tamanho do mercado, normalmente obtido por sua expansão; esta abarcaria consigo uma maior insegurança no cumprimento das obrigações das partes e o conseqüente encarecimento no custo das transações. Esta insegurança prejudicaria o desenvolvimento da economia e da divisão do trabalho se inexistissem instituições capazes de minimizar os riscos, reduzindo o custo das transações.

Segundo BUENO (2004, p. 370)

“o significado de custos de transação é exatamente este: os custos incorridos pelos indivíduos quando, ao deixarem de ser auto-suficientes economicamente, passam a depender dos outros para obter os bens que necessitam” e, “se referem aos riscos contratuais existentes na transação especificada.”

Para North (1998, p. 7), “o desempenho econômico é função das instituições e de sua evolução”, acrescentando que o processo evolutivo das nações ocorre através do processo de redução dos custos. Portanto, as instituições têm o papel de redução das incertezas dos mercados imperfeitos.

Conseqüência lógica é que a eficiência duradoura de um mercado decorrerá de instituições econômica e politicamente flexíveis que assegurem a avaliação e a execução de contratos com baixo custo.

As opções dos *players* dependem de um sistema de fiscalização do cumprimento das normas impostas, que ocorre por três formas, a) códigos de conduta auto-impostos, b) represálias e, c) sanções impostas. Em decorrência disto é que as fontes básicas de mudanças institucionais encontram-se nas percepções dos empresários, que buscam alterar as restrições, o que ocorre através de um processo geralmente gradativo. (NORTH, 1998).

Os códigos de conduta auto-impostos decorrem da tradição e dos costumes da sociedade, denominados de restrições informais (CONCEIÇÃO, 2002). As restrições informais, que se constituem de regras tácitas ou não escritas, são corporificadas nos códigos de conduta, na cultura, convenções, normas de comportamento, etc. Sua função é de coordenar as ações repetitivas do homem e de estruturar a conduta social. Isto ocorre porque os agentes econômicos tendem a converter os hábitos (regularidades comportamentais) em estratégias de cooperação que visam o bem estar comum (KLEIN, 1999). As características de *enforcement* são materializadas nas represálias e sanções impostas. Este sistema de fiscalização das restrições (normas) impostas é que definem a forma de estrutura dos incentivos na sociedade.

TYOYSHIMA (1999, p. 103) ressalta que o

“pressuposto de racionalidade substantiva é aplicável aos países desenvolvidos, porque possuem mercados perfeitos (ou quase), devida à sua matriz institucional, enquanto que o postulado da racionalidade limitada serviria para analisar países menos desenvolvidos e o nível de desenvolvimento de outras épocas”.

Adiante, North critica o princípio neoclássico da racionalidade substantiva dos agentes, afirmando que os sujeitos são dotados de racionalidade limitada, isto é, que não são capazes de controlar todas as informações disponíveis no mercado, tão pouco dominá-las, já que os mercados são imperfeitos. Neste cenário de

informações assimétricas, os *players* perseguem as informações indispensáveis à melhor escolha, assim como buscam assegurar o cumprimento das obrigações assumidas pelas partes, o que gera um custo às partes (custo de transação).

Para Simon (1979), o ser humano detém de forma fragmentada o conhecimento das condições relacionadas às suas ações, distinguindo ligeiramente a regularidade das leis e dos fenômenos que servem de base para criar conseqüências futuras, baseando-se na inteligência da situação atual. Aponta que a racionalidade exige um conhecimento completo e inatingível das conseqüências de cada escolha. É ele quem desenvolve o conceito de racionalidade limitada, que revela as limitações da capacidade de entendimento dos homens em confronto com os complexos problemas que têm de ser resolvidos pelas organizações e pelo indivíduo, já que o homem é incapaz de prever eventos e tendências futuras, assim como é incapaz de conhecer perfeitamente o presente, não conseguindo deter um controle e uma autonomia total dos negócios.

A racionalidade limitada é o comportamento que é intencionalmente racional, mas apenas de forma limitada (SIMON, 1957). Segundo WILLIAMSON (1993), a racionalidade limitada “*refers to behaviour that is intendedly rational but only limitedly so; a condition of limited cognitive competence to receive, store, retrieve, and process information.*”

Verdade é que o reconhecimento de que a incerteza e a impossibilidade dos agentes possuírem capacidade cognitiva de prever ou conhecer o real modelo do mundo em que vivem, é que serve de base para os trabalhos de North.

É neste sentido que North (1998, p. 14) coloca que se

“os atores tiverem informações incompletas, definirem modelos subjetivos para escolher suas opções e só puderem corrigir seus modelos de maneira imperfeita através de *feedback* de informações, então o postulado da racionalidade processual será o elemento essencial para contração de qualquer teoria”,

entendendo que o custo de transação é a chave das imperfeições mercadológicas.

A seu ver, é indispensável que existam instituições que ofereçam os incentivos necessários e capazes de ampliar o leque de oportunidades incentivando a criação de organizações.

O Autor indica que é indispensável ao processo de desenvolvimento a aquisição de informações sobre o perfil da economia, identificando os custos de

transação e produção e as instituições por eles responsáveis. É através deste processo de levantamento de informações mais apuradas que se pode melhorar a qualidade das percepções da sociedade e, conseqüentemente, a política. (NORTH, 1998).

As organizações em sua concepção são “criações do conjunto de oportunidades estabelecidas pelo arcabouço institucional”, sendo elas as responsáveis pela inovação institucional. (NORTH, 1998, p. 12)

Em relação a dependência com relação à trajetória escolhida (*path dependence*), ele apresenta uma comparação entre os contrastes históricos da Inglaterra e da Espanha, bem como de suas respectivas colônias, apontando que enquanto na primeira se verificava um arcabouço institucional que incentivou e criou uma economia dinâmica e produtiva, na segunda, verifica-se um modelo de burocracia centralizada que buscava satisfazer apenas os interesses da coroa espanhola. Aponta que nos Estados Unidos da América, “o arcabouço institucional básico sempre recompensou atividades produtivas e mitigou as conseqüências de políticas governamentais erradas”, concluindo que

“ninguém sabe como criar arcabouços institucionais eficientes e adaptáveis, mas estamos aprendendo, e as idéias são importantes, principalmente no contexto das informações de baixo custo sobre a extraordinária diferença de desempenho entre os países industrializados e o resto do mundo”. (NORTH, 1998, p. 27)

North (1998) aponta que no Brasil e na Argentina, por exemplo, adotou-se mudanças tecnológicas distorcidas para a produção rural, tendo-se optado por mecanização ao invés de implementação de variedades modernas e de alto rendimento, em razão das políticas governamentais. Afirma que “as organizações políticas e econômicas de uma nação e seus empresários tomam as decisões que determinam o desempenho econômico, sendo limitadas pelo arcabouço institucional vigente e pelos construtos mentais que orientam a forma pela qual processam as informações que recebem”.

2.2.2 Firma Segundo a NEI

A próxima seção se propõe a trazer uma resenha da literatura relacionada a teoria da firma segundo a ótica da Nova Economia Institucional, focando-se especialmente nos trabalhos elaborados por Ronald Coase e Oliver Williamson.

A denominada teoria da firma é aquela que se preocupa com a produção de riquezas em uma economia capitalista moderna, que é feita pelas empresas (firmas), existindo diferentes abordagens, já que não há uma definição clara e amplamente aceita de firma. (KERSTENETZKY, 1995)

A teoria econômica se esforça em criar modelos que capturem a lógica comportamental das firmas e dos mercados, desde os tempos de Alfred Marshall. Inexiste uma convergência analítica resultante destes esforços, persistindo controvérsias importantes sobre a influência do crescimento e dos objetivos da firma. São as diferenças metodológicas, ideológicas e conceituais que originam esta divergência. Para ele são fatores relevantes para o desenvolvimento da teoria da firma a diversificação do instrumental analítico, o aperfeiçoamento da metodologia e a incorporação das ciências comportamentais. (TIGRE, 1998)

Para TIGRE (1998), foi com a ruptura dos limites da teoria econômica (neoclássica) e com papel por ela atribuído à firma, que se criou o caminho para o desenvolvimento das teorias da firma, deslocando o foco das atenções do mercado para as empresas. Neste sentido coloca que

“a própria existência da firma parecia nebulosa na teoria neoclássica, diante da onipotência atribuída ao mercado. Duas linhas de investigação abordam esta questão. A primeira procura explicar a existência da firma em função das falhas do mercado e foi iniciada por Coase (1937), seguida por Williamson (1979) e por autores de novos enfoques neoclássicos (economia da troca). A segunda linha, influenciada por Marx e Schumpeter, vê a firma como espaço de produção, lugar de criação de riqueza e inovação”. (TIGRE, 1998, p. 85)

Em uma visão ortodoxa marginalista o enfoque analítico da firma funda-se na função de produção, somente se considerando como relevante para firma os custos ligados diretamente ao processo produtivo, afastando deste enfoque das organizações, das relações dos agentes, etc. (FARINA, 1997)

A firma, na visão neoclássica, é o local que reúne fatores de produção (capital e trabalho) que interagem conforme o conhecimento comum e a tecnologia disponível, apresentando uma atuação passiva, já que para ela são dados os preços dos fatores, a capacidade organizacional e a tecnologia. Desta forma, a visão neoclássica ignora os aspectos organizacionais e de inter-relacionamento entre os agentes, tendo como irrelevante a natureza da firma com respeito às suas decisões de investimentos e produção e o aspecto organizacional interno. (FEIJÓ, 2004)

As mudanças teóricas relacionadas à teoria da firma tendem a introduzir aspectos comportamentais mais verossimilhantes, a exemplo da incorporação de outros objetivos, além da maximização do lucro e do destaque dado aos processos de tomada de decisão.

GRANOVETTER (1994) ressalta que COASE cria uma nova abordagem no estudo da firma, partindo a simples questão do por quê as firmas existem; sua resposta foi objeto de desenvolvimento de trabalhos de Oliver Williamson que divulgaram o programa de pesquisas sobre hierarquias e mercados.

ZYLBERSZTAJN (2005) coloca que Coase se destacou pela recorrente preocupação e ataques aos problemas reais da sociedade, já que afirmava que era dever dos cientistas se preocupar com o mundo como ele é e não como deveria ser. Assim como North, Coase critica os fundamentos sob o qual é assentada a teoria neoclássica, afirmando que se deveria adotar uma visão da firma contratual, fazendo um *link* entre direito e economia.

BUENO (2004, p. 379) argumenta que “a questão principal que Coase colocou de forma aparentemente ingênua no texto seminal de 1937, e que deu origem ao formidável *boom* de literatura em estruturas de governança com Williamson, foi a seguinte: porque a firma existe?”. Ao seu ver os neoinstitucionalistas entendem que as escolhas da firma assentam-se na comparação dos custos de transação associados à cooperação do mercado na assunção dos custos de expansão/produção necessários a sua integração vertical de incorporação de novas fases do processo produtivo.

Os neo-institucionalistas constatarem que a produção hierarquizada na firma e a produção orientada pelo mercado não são formas mutuamente exclusivas, mas instituições complementares organizacionais da produção que atuam em um ambiente onde o crescimento dos custos de transação associados à coordenação pelo mercado acarretaram em um incremento no espaço da firma. (BUENO, 2005)

Com esta nova visão, não só os custos de transação que assumem importância, mas também a incerteza é apontada como outro elemento importante dentro desta nova abordagem. Assim, os conhecimentos gerados distintamente pela assimetria de informação sobre as oportunidades de negócios são explorados pelas firmas (KERSTENETZKY 1995).

A elaboração dos estudos dos custos de transação de Coase é feita por Williamson, através da crítica dos pressupostos neoclássicos e da introdução do estudo de estrutura de governança como noção de firma. Para ele a firma é criada em um ambiente de racionalidade limitada (*bounded rationality*) e de oportunismo dos indivíduos (*self-interest orientation*), onde os custos de transação interferem nas escolhas da firma.

Segundo BUENO (2005, p. 380) “a teoria neo-institucionalista da firma permite fazer proposições testáveis sobre a estrutura industrial das economias”. Acrescenta que o espaço da coordenação da produção pelo mercado é definido pela maior ou menor probabilidade de prejuízo envolvida nas transações. Esta definição se dá de forma híbrida: por contratos e hierarquias (como por exemplo o aumento do grau de verticalização de uma firma).

Ronald Harry Coase nasceu em um subúrbio londrino em 1910, tendo estudado entre 1929/32 na London School of Economics (focando-se nas leis industriais). Sofreu grande influência do Professor de comércio, Arnold Plant, que lhe convenceu que a “boa” teoria econômica é aquela que está assentada na realidade. Entre 1931/32 recebeu uma bolsa de estudos voltada a estrutura industrial americana, servindo de base para seus trabalhos sobre a natureza das firmas e os seus custos. Esteve envolvido na atividade docente, lecionando em diversas universidades e atuando em diversas posições. Foi agraciado com o Nobel em Ciência Econômica em 1991. (FORMANI)

Segundo Williamson (1987), “Ronald Coase’s classic 1937 article expressly posed the issue of economic organization in comparative institutional terms.” E continua, “(...) Coase proposed that firms and markets be considered alternative means of economic organizations”.

BARZEL (1992) ressalta a argumentação de que os custos de transação, em particular aqueles que são determinantes dos preços, são, para COASE (1937), a explicação direta da empresa.

Portanto, Coase (1993) apresenta a firma não mais como função de produção, mas um complexo de contratos em um ambiente em que as relações contratuais e as instituições assumem papel fundamental. Acrescenta à teoria marginalista, a existência de custos de transação, que são definidos como (a) os de coleta de informações e (b) os de negociação de acordo entre os *players*, conceito que posteriormente é ampliado, como de fato foi relatado em seu trabalho de 1998 ao colocar que:

“The costs of coordination within a firm and the level of transaction costs that it faces are affected by its ability to purchase inputs from other firms, and their ability to supply these inputs depends in part on their costs of coordination and the level of transaction costs that they face which are similarly affected by what these are in still other firms. What we are dealing with is a complex interrelated structure.” Add to this the influence of the laws, of the social system, and of the culture, as well as the effects of technological changes such as the digital revolution with its dramatic fall in information costs (a major component of transaction costs), and you have a complicated set of interrelationships the nature of which will take much dedicated work over a long period to discover. But when this is done, all of economics will have become what we now call “the new institutional economics.” (COASE, 1993, p. 256)

Ele advogava que desde a obra clássica de Adam Smith, *Riqueza das Nações*, verificou-se padronização do pensamento econômico no sistema de preços (garantindo-se a eficiência do sistema econômico através de seu bom funcionamento), negligenciando-se as discussões acerca de outros fatores importantes ao sistema econômico – em especial a firma e o arranjo institucional ao qual ela esta ligada.

Aponta que, considerado como um mecanismo de coordenação, era acertada a idéia do sistema de preços, todavia observando que a utilização deste mecanismo gerava um custo (por ele denominado de custo de transação), afirma que o método tradicional (de análise do mecanismo de preços) deveria ser preterido pela utilização de métodos de coordenação alternativos, dentre eles a empresa que apresenta sua “preterição dos mecanismos de preços” (COASE, 1937, p. 19).

Há uma transformação na questão da razão de ser das empresas buscando entender o que faz com que os indivíduos suspendam o mecanismo alocacional de recursos nos moldes Smitianos por outro que é realizado pelo dirigente da empresa. (MARQUES, 2000).

O objetivo de Coase no texto de 1937 é o de explicar a razão pela qual fora da empresa a orientação da produção é dada pela evolução dos preços, que por sua vez é coordenada por uma série de transações do mercado, enquanto que, dentro da empresa se elimina estas transações e as substituem pela figura do empresário (coordenador e dirigente da produção). Conclui que a criação da empresa decorre da vantagem obtida pelo resultado da utilização do mecanismo de preço (que apresenta um custo). É neste sentido que coloca

“Outside the firm, price movements direct production, which is co-ordinated through a series of exchange transactions on the market. Within a firm, these market transactions are eliminated, and in place of the complicated market structure with exchange transactions is substituted the entrepreneur— co-ordinator, who directs production.” (COASE, 1937, p. 388).

O mais óbvio dos custos decorrentes da produção é o encontrar os preços que são relevantes no mercado (através do mecanismo de preços), devendo-se considerar também os custos de negociação e conclusão dos contratos decorrentes de cada transação (que sofrem uma significativa redução dentro da empresa). Para Coase a existência da empresa ocorre no momento em que os custos organizacionais de contratação interna são inferiores aos do mercado.

Ao adentrar nos questionamentos dos custos, COASE (1960) aponta que a abordagem tradicional tende a obscurecer a natureza de escolha de que isso implica. O problema que é comumente posto é aquele onde A causa um prejuízo a B e o que se deve decidir é: como se pode restringir A? Porém, isto é equivocado. Estamos tratando de um caso de natureza recíproca. Evitar um dano a B implicará em um prejuízo à A. Na verdade o que se deveria questionar e decidir é se: deve permitir que A prejudique B ou que B prejudique A? A questão é evitar o dano maior.

Para ele a resposta para este problema não é clara, ao menos que se conheça o valor adquirido e valor sacrificado para obtê-lo. Para tanto inicia seu pensamento em um ambiente econômico sem custos (seção III, IV e parte da V), adentrando em uma questão onde há uma responsabilização decorrente do dano causado a outrem, exemplificando com os custos adicionais impostos a um produtor de gado (rancheiro) em decorrência do aumento de sua manada e os conseqüentes danos causados ao seu vizinho que é produtor agrícola (granjeiro), concluindo que o

primeiro somente irá incrementar o tamanho de seu rebanho se o custo adicional da carne produzida for inferior aos custos adicionais deste incremento, incluindo-se neste cálculo a indenização devida ao lindeiro. Da mesma forma, o produtor de gado apenas implementará recursos que diminuam ou evitem os danos ao vizinho, se estes forem inferiores aos gastos indenizatórios.

Adiante afirma que em condições de concorrência perfeita, o montante que o agricultor pagaria pelo uso da terra é igual à diferença entre o valor total da produção quando os fatores são usados nela e, no valor do produto adicional obtido em um melhor uso alternativo desta (que seria o que o agricultor pagaria pelos fatores). Portanto, o valor do produto adicional dos fatores empregados em outra parte excederia do valor do produto total deste uso (já abatido o dano), quando este (dano) é maior que os custos do uso da terra. (COASE, 1960)

Seguindo seu estudo, COASE (1960), ingressa em uma análise de um cenário onde inexiste a indenização pelos danos causados; para tanto, propõe-se a demonstrar que mesmo neste cenário, a alocação dos recursos será ótima e dar-se-á nos mesmos moldes da situação precedente. Isto fica evidente ao colocar o exemplo onde três dólares é o custo que o pecuarista teria ao adicionar um terceiro animal ao seu rebanho (o que aconteceria se ele fosse responsável pelo dano causado à produção do agricultor) ou se três dólares fosse a soma de dinheiro que ele receberia caso não adicionasse este terceiro animal (o que ocorreria se o pecuarista não fosse responsável pelos prejuízos causados à colheita do agricultor), não iria afetar no resultado final.

Utilizando o instrumental neoclássico, o Autor aponta que é necessário conhecer se o ato prejudicial é ou não responsável pelo dano causado, já que sem estabelecer esta delimitação inicial de direitos não existirão transações de mercado para transferi-los e recombina-los, encerrando seu pensamento ao dizer que o resultado final (que maximiza o valor da produção) é independente da previsão legal, quando se pressupõe que o sistema de preços atua sem custos. Sintetiza isto quando afirma que as decisões judiciais a respeito da responsabilidade decorrente dos danos causados não teriam efeitos sobre a alocação dos recursos em um mercado onde inexistam custos de transações. (COASE, 1960)

Utiliza mais quatro exemplos para demonstrar a generalidade de suas idéias, indicando um primeiro caso que foi levado à Justiça na Inglaterra (*Sturges vs. Bridgman*), demonstrando o desconhecimento dos efeitos econômicos da decisão

que o julgou, já que optaram por determinar que uma das partes cessasse sua atividade econômica. Prossegue ao apontar outra ação judicial (*Cooke vs. Forbes*) onde foi rejeitada a pretensão de uma das partes em encerrar a atividade da outra, sob a alegação de que o requerente deveria buscar a indenização pelos danos sofridos, desenvolvendo uma analogia ao caso do criador de gado e do agricultor, restando claro que se, como sugerido nos procedimentos judiciais, o montante dos prejuízos poderia ser eliminado, alterando-se o agente clareador (que, presumivelmente geraria um aumento nos custos de produção de fibras) e se o custo adicional (desta implementação) é inferior ao prejuízo que se acarretaria de outra forma, seria possível que os dois fabricantes fizessem um acordo mutuamente satisfatório promovendo o uso do novo agente clareador. (COASE, 1960)

Maestralmente coloca que os juízes têm de decidir sobre a responsabilidade legal, mas isso não deve confundir os economistas sobre a natureza dos problemas econômicos, concluindo que ao discutir o problema em termos de suas causas, ambas as partes concorrem com o dano, mas que se o caso fosse analisado sob uma óptica de alocação ótima dos recursos, seria preferível que ambas as partes tomassem em conta o efeito nocivo para então decidir o curso de suas ações, indicando como sendo um dos aspectos positivos de um sistema de preços que opera sem problema já que uma redução no valor da produção decorrente de um dano externo é tido como um custo par ambas as partes. (COASE, 1960)

Contrapõe ainda, que a fundamentação (razão da decisão) empregada pela Justiça para decidir os casos ou direitos legais parecem e são estranhos aos economistas, já que muitos dos fatores sobre os quais se assentam as decisões são tidas como irrelevantes por estes, tendo, por consequência lógica um tratamento econômico idêntico naquelas situações, ocorrendo o contrário no judicial, já que neste último não se enfrenta a questão do que será feito, mas sim de quem têm o direito legal de fazê-lo. (COASE, 1960)

Ressalta que em um mercado onde os custos importam é necessário descobrir, entre outras coisas, com quem se deseja negociar, informando as partes que o farão e seus termos, conduzir negociações que resultem em um convênio, redigir o contrato, realizando uma revisão que assegure o seu cumprimento. (COASE, 1960)

Uma de suas críticas aos neoclássicos é de que como estas operações possuem custos, geralmente elevados e capazes de evitar muitas transações que ocorreriam em um mundo em que o sistema de preços não tivesse custos.

Para ele em um mercado onde existem custos de transações a delimitação dos direitos possui efeito na eficiência operativa da economia, acrescentando que “o problema é a escolha adequada de arranjos sociais para a gestão dos efeitos adversos /nocivos”.

Em relação aos contratos, coloca que

“la empresa puede adquirir los derechos legales de todas las partes y el reordenamiento de las actividades no se realizaría sobre un reordenamiento de los derechos mediante contrato, sino como resultado de una decisión a nivel administrativo sobre cómo deben usarse los derechos”. (COASE, 1960, p. 99)

Criticando PIGOU, diz que se o interesse próprio promove o bem estar econômico, isto decorre das instituições humanas, que foram criadas para fazer isso. (COASE, 1960)

Em relação às soluções de alocação dos recursos aponta que “el problema es diseñar ordenamientos prácticos que corrijan defectos en una parte del sistema, sin causar daños más serios a las otras partes.” E prossegue afirmando que se os fatores de produção são considerados como direitos, torna-se mais fácil compreender que o direito a fazer algo que gere um dano é também um fator de produção a ser considerado. Para tanto, o custo do exercício deste direito (uso de um fator de produção) é sempre a perda que a outra parte sofre como consequência do exercício deste direito.

Para Coase, a responsabilidade civil só ocorre porque existem conflitos sobre uso de recursos (fatores de produção) e sendo recíproca, entre as partes, a possibilidade de gerar dano ou prejuízo. (FORMAINI, 2003).

Williamson aponta no prefácio da obra *The Economic Institutions of Capitalism* que “(...) o que é aqui referida como a economia dos custos de transação faz parte do renascimento do interesse pela Nova Economia Institucional” (WILLIAMSON, 1987, p. 3). COASE (1998) relembra em seu discurso de 1998 que é de Williamson a primeira utilização da expressão Nova Economia Institucional, ao colocar que “the phrase, ‘the new institutional economics’, was coined by Oliver

Williamson. It was intended to differentiate the subject from the 'old institutional economics'."

Em seu arcabouço teórico (WILLIAMSON, 1987), aponta que a economia dos custos de transação, mais conhecida como NEI, destina-se ao estudo da organização econômica dos mais variados tipos.

Acrescenta que os custos de transação são aqueles decorrentes do funcionamento do sistema econômico, onde se coloca o problema da organização econômica como um problema de contratação. Traçando um paralelo com a Física, ele coloca que os físicos em laboratório desconsideram os efeitos do atrito, assim como os referenciais neoclássicos estudam as relações econômicas desconsiderando os custos de transação, em um mundo irreal.

Williamson (1987, p. 20) separa os custos de transação em dois tipos: *ex ante* - "costs of drafting, negotiating, and safeguarding an agreement" e *ex post* -

"(1) maladaptation costs incurred when transactions drift out of alignment in relation to the shifting contract curve, (2) the haggling costs incurred if bilateral efforts are made to correct *ex post* misalignments, (3) the setup and running costs associated with the governance structures (often not the courts) to which disputes are referred, and (4) the bonding costs of effecting secure commitments".

Adiante, ele aponta que os custos devem ser localizados em um contexto maior, do qual fazem parte, utilizando como fatores de alocação (1) a natureza do bem ou serviço a ser constantemente entregue - a economia dos custos de transação ocorre com referência à soma da produção e dos custos de transação, de onde a este respeito devam ser reconhecidas; (2) a concepção (design) do bem ou serviço - que é uma variável decisiva que influencia a demanda, assim como os custos de ambos os tipos, que deve fazer parte do cálculo; (3) o contexto social no qual às transações são incorporadas, já que o ambiente no qual se transaciona pode acarretar diferentes custos (como é o caso do exemplo de Norht sobre o México, na qual uma indústria americana deve se preocupar com os custos relacionados à interferência de interesses privados que se utilizam das facilidades ou proximidades com poder público para embargar, boicotar, etc., a concorrência) (4) a eficácia da concorrência e, (5) em relação à diferença entre os custos dos benefícios privados e sociais.

Em relação aos contratos, coloca que estes podem ser descritos como (1) de planejamento, (2) de promessa, (3) de concorrência e, (4) de governança (ou de ordenação privada). Para saber em qual destas descrições ele irá se enquadrar necessária a indagação sobre a dependência do pressuposto de comportamento a que pertence à troca e os atributos econômicos do bem ou serviço em questão. Em relação a esta questão WILLIAMSON (1994, p. 37) acrescenta que

“the main differences in the four concepts of contract that are discussed in the text can be traced to variations in one or more of these three conditions. Thus, contract as comprehensive *ex ante* planning and contract as promise both make heroic assumptions about human nature – the absence of bounded rationality being featured by the one (planning); the absence of opportunism being presumed by the other (promise). By contrast, concepts of contract as competition and contract as governance make less severe demands in behavioral respects. Both accommodate and/or make express provision for bounds on rationality and the hazards of opportunism”,

complementando sua idéia ao dizer que

“contract as competition works well where asset specificity is negligible. This being a widespread condition, application of the competitive model is correspondingly broad. Not all investments, however, are highly redeployable. Use of the competitive model outside of the circumstances to which it is well-suited can be and sometimes is misleading”.

Conforme FARINA (1997), a idéia de custos de transação nasce do reconhecimento da racionalidade dos agentes econômicos, sendo esta limitada (já que os contratos são incompletos) e oportunista (a inevitável renegociação devida ao comportamento aéctico).

A racionalidade limitada e oportunismo são dois pressupostos comportamentais atribuídos ao agente econômico, já que ele é incapaz de prever e de fixar medidas corretivas para os eventos ou condutas futuras relacionadas à determinada transação. Portanto, os custos de transação existem quando houver a presença destes dois pressupostos. A fonte do valor econômico real se volta para a harmonização da relação contratual que une as partes com intuito de adaptar e promover a sua continuidade (WILLIAMSON, 1985).

A ação do agente que é voltada para seu interesse próprio, de forma maliciosa e na intenção de tirar proveito, enganando, confundindo ou ludibriando a

outra parte, é que caracteriza o comportamento oportunista. Este se relaciona à ausência ética comportamental de uma das partes contratantes, atribuindo-se às relações econômicas envolvidas na má-fé para induzir em erro uma das partes, gerando perdas para uma delas ou para ambas (WILLIAMSON, 2005).

Williamson aponta que o oportunismo pode ser revelado através de três formas e graus: a mais fraca é a obediência; a mais forte é o próprio oportunismo e, a intermediária que é a busca pelo interesse próprio. Acrescenta que o oportunismo é tratado na literatura de seguros sob os títulos de seleção adversa (*ex ante*) e risco moral (*ex post*).

A Seleção adversa é uma consequência da incapacidade das seguradoras em revelar como condição de risco real os próprios riscos e as chances de riscos (pouco prováveis). Os problemas de risco moral se originam da falha das seguradoras em se comportarem de uma forma totalmente responsável nas tomadas de ações que mitiguem os riscos (WILLIAMSON, 1985).

Para BYRNS (1996) o risco moral ocorre “quando uma das partes de um contrato pode inesperadamente aumentar os custos ou diminuir os benefícios da outra parte, a qual é incapaz de monitorar ou controlar as ações da primeira parte”. Um exemplo seria o de um contrato de fornecimento de matéria-prima, que poderia ser aço, que previsse uma quantidade específica e o valor do insumo em um determinado período de tempo. Se, durante o pacto contratual ocorrer um aumento significativo no valor deste produto, sem que haja uma previsão contratual de reajuste do valor, haverá um benefício de uma das partes, em detrimento de um possível prejuízo da outra (o que não necessariamente poderá ocorrer – desde que o custo da produção se mantenha, apenas havendo um aumento do valor do produto em razão da demanda).

Os pressupostos comportamentais apontam como principais implicações que (1) mesmo os contratos que apresentam alto grau de complexibilidade serão necessariamente incompletos – isto porque é impossível prever todas as possibilidades de ações das partes envolvidas, relacionando-se com a idéia da racionalidade limitada; (2) todo contrato implica riscos, motivo pelo qual a confiança entre os contratantes não pode apenas se basilar neste – deve-se ter em mente a presença e a possibilidade dos riscos decorrentes do oportunismo das partes, como por exemplo, o caso dos produtores rurais, que antecipam a venda de suas safras, mas, ante uma alta repentina na época da colheita, optam pela quebra contratual

visando incrementar seu lucro, o que seria possível inclusive com a devolução dos valores já recebidos (não se questionando, neste exemplo, a questão de multas contratuais e cláusulas penais); (3) para salvaguardar as transações contra o oportunismo e economizar a racionalidade limitada, pode-se criar valor adicionado através da criação de diferentes formas organizacionais (WILLIAMSON, 1994).

A salvaguarda ocorre quando se adiciona recursos de segurança, que são introduzidos em um contrato, reduzindo assim os riscos (principalmente devido à especificidade de ativos), infundindo confiança. Elas podem assumir a forma de sanção, de redução na intensidade do incentivo e/ou de aparato de ordenamento privado mais desenvolvido para lidar com contingências. (WILLIAMSON 1993)

SÍNTESE DO CAPÍTULO

Buscamos trazer para o debate acadêmico uma resenha dos referenciais doutrinários sobre a teoria econômica assentada na Nova Economia Institucional (NEI), adentrando na abordagem da firma e do custo de transação. Disso pode-se concluir as principais proposições analíticas da NEI se encontram 1) no reconhecimento de que as instituições podem afetar diretamente os fenômenos econômicos, sendo variáveis explicativas do processo econômico; 2) na incorporação da idéia de que as instituições são a personificação das normas e dos valores coletivos; 3) na teorização da estrutura institucional, já que uma parte do desenvolvimento econômico se dá pelo desenvolvimento das instituições; 4) na afirmação de que os custos de transação importam, sendo indispensáveis para explicação dos processos econômicos; 5) que existem riscos contratuais nas transações e que, quanto maior ele for, maiores serão os custos de transação, menor será o número de transações realizadas e a quantidade de riqueza produzida.

O interesse pela análise da influência das instituições no cenário econômico apresenta as mais diversas fontes e motivações. O entendimento dos modelos e das teorias acima resumidos pode permitir ao analista uma melhor interpretação das falhas dos mercados e da necessidade de um maior grau de sua liberdade. Certo é que as instituições importam, motivo pelo qual os economistas precisam dar continuidade ao desenvolvimento das teorias ora apontadas, discutindo sobre as

formas pelas quais as instituições determinam o comportamento econômico e seus resultados, assim como as influências ambientais que as moldam.

Este tema abre campo para a interação entre o Direito e a Economia, especialmente pelas questões econômicas e a repercussão social das decisões do Poder Judiciário que pode influenciar positiva ou negativamente as decisões de investimento dos agentes econômicos ao analisar a segurança jurídica dos direitos assegurados em determinada nação.

3 DIREITO E ECONOMIA: UMA VISÃO JURÍDICA E ECONÔMICA DO DIREITO DE PROPRIEDADE.

3.1 DIREITO DE PROPRIEDADE

Verifica-se que geralmente os direitos de propriedade são apresentados pela literatura na forma mais ampla e diversa, em que pese muitas sejam as referências a sua importância, inexistindo na doutrina um consenso acerca da sua definição, assim como são dadas sem que seja observado o ordenamento jurídico ao qual se está referindo, o que, por vezes, afasta da realidade a análise econômica perseguida.

Inúmeros são os trabalhos que apontam o direito de propriedade como sendo base para o sistema de trocas do mercado e que a sua constituição e regulamentação influi na eficiência alocativa dos recursos. De conhecimento geral ele é um dos conceitos mais utilizados e de fundamental importância para a ciência econômica, já que as falhas de mercado podem ser resultados de uma má definição dos direitos. Assim, a definição clara do que é o direito de propriedade, especialmente sob a égide do sistema legal pátrio, torna-se imprescindível ao desenvolvimento e compreensão da economia.

A mesma problemática é verificada quando nos deparamos com a abordagem da nova economia institucional, especialmente daquela que se concentra no estudo da firma e dos custos de transação. Não obstante apresentarem conceitos amplos e genéricos de contratos e direitos de propriedade, o que, muitas vezes, aparenta ser o cerne da discussão apresentada, deixam de realizar uma análise mais verossímil ao afastarem de sua investigação os critérios legais postos (o que indubitavelmente pode gerar um viés).

A importância do instituto que é alvo do presente estudo pode ser ligada ao escólio de RIZZARDO (2009, p. 132)

“em todos os campos da atividade humana e no curso da vida da pessoa, sempre acompanha a idéia do ‘meu’ e do ‘teu’, desde os primórdios das manifestações da inteligência, o que leva a afirmar ser inerente à natureza do homem a tendência de ter, de adonar-se, de conquistar e adquirir”.

Acrescenta que a formalização do direito de propriedade e os fundamentos de sua proteção são posteriores a existência da propriedade em si, sendo um fato, já que o homem já era proprietário e possuidor dos bens necessários a sua sobrevivência. (RIZZARDO, 2009)

O presente artigo pretende fazer uma aproximação dos conceitos e casos que envolvem o direito de propriedade, focando em uma abordagem das normas materiais a ele relacionadas e, que são encontrados na abordagem teórica da Nova Economia Institucional, com as regras gerais de direito encontradas no sistema jurídico brasileiro, apontando, a presente análise para as normas legais que tratam sobre o direito de propriedade propriamente dito, adentrando em uma breve apresentação das questões que envolvem o direito das coisas e do direito real (facilitando, desta forma a localização das questões relacionadas à problemática econômica) para, então, ingressar no foco de nosso estudo, que será a relação entre os princípios da NEI e o direito de propriedade em nosso ordenamento jurídico (segundo as regras gerais estabelecidas pelo Código Civil em vigência – lei n.º 10.406, de 10 de Janeiro de 2002). Ressaltamos que as demais figuras relacionadas ao direito das coisas não serão foco de nosso trabalho.

3.2 A DOUTRINA JURÍDICA E OS PRECEITOS LEGAIS

3.2.1 Direito das Coisas

A doutrina pátria é uníssona ao colocar que o direito de propriedade está inserido dentro do estudo da Teoria do Direito das Coisas. BEVILÁQUA (1915 ,p. 73), autor do Código Civil de 1916¹, apresenta o conceito clássico de direito das coisas como sendo

“o complexo de normas reguladoras das relações jurídicas referentes às coisas suscetíveis de apropriação pelo homem. Tais coisas são, ordinariamente, do mundo físico, porque sobre elas é que é possível exercer o poder de domínio”

¹ Atualmente vige o Novo Código Civil de 2002.

Segundo DINIZ (2008) o conjunto de normas que regulamentam as relações jurídicas que envolvem bens materiais ou imateriais suscetíveis de apropriação pelo homem é denominado de direito das coisas, tendo por escopo reger as relações entre os sujeitos² e as coisas, através das normas que estabelecem o exercício, aquisição, conservação e perda de poder destes sujeitos sobre os bens, assim “como para os meios de sua utilização econômica”.

De suma importância a visão econômica do direito das coisas, já que ao nosso ordenamento o que importa, via de regra, são as relações que apresentam caráter pecuniário, ou seja, aquelas que apresentam um caráter econômico, já que “o homem só se apropria de bens úteis à satisfação de suas necessidades”, somente se incorporando as coisas úteis e raras ao patrimônio dos agentes, já que estas “despertam as disputas entre os homens, dando, essa apropriação, origem a um vínculo jurídico, que é o domínio”. (DINIZ, 2008, p. 39)

Para RIZZARDO (2009, p. 89) o direito das coisas, que é encontrado na ciência jurídica e nas codificações é uma das partes mais fundamentais do Direito, correspondendo ao “conjunto de normas, leis, regulamentações, estudos, usos e concepções positivadas em torno dos bens ou coisas materiais”, ou seja, “é o ramo que se ocupa do saber humano e das normatizações” que se volta para a regulamentação da utilização econômica³ dos bens e disciplina do poder do homem sobre estes. Os bens suscetíveis de apropriação pelos agentes são aqueles “apreciáveis economicamente”, a exceção dos bens que não são submissos às pessoas e que são considerados inesgotáveis.

Segundo GONÇALVES (2010), “*coisa* é o gênero do qual *bem* é espécie”, ou seja, à exclusão do homem, a coisa é tudo aquilo que objetivamente existe. Para ele, por conter valor econômico, já que são úteis e escassos, os bens se tornam passíveis de apropriação pelos agentes.

O direito das coisas, na visão de LARCEDA DE ALMEIDA (1908, p. 107),

“é a expressão jurídica do estado atual da propriedade. Ora, para este resultado, para a feição que apresenta atualmente o direito das coisas, concorreram historicamente, além das condições geográficas

² A autora utiliza o termo homem, que neste estudo é substituído pela denominação de sujeito e/ou agente, já que no sistema jurídico e econômico tanto o homem quanto as pessoas jurídicas (firmas, organizações, etc.), são investidas de direitos, podendo ser partes em fatos e negócios jurídicos (e econômicos).

³ Para Rizzardo, “o ser humano é sempre movido tendo como motivo fundamental um fim econômico, o qual se concretiza na conquista de bens”.

e de outros fatores de ordem física e cosmológica, da índole peculiar do povo, suas idéias religiosas e morais, políticas, sociais e econômicas, as quais, e estas principalmente, ainda hoje trabalham o mundo das idéias, fazendo sentir seus resultados na ordem jurídica”.

É por esta razão que (GONÇALVES, 2010), aponta que a propriedade recebe tratamento jurídico distinto de país para país, que evolui junto com a sociedade. A idéia de influência evolutiva e do tratamento distinto dado ao direito de propriedade nas mais diversas sociedades tangencia os ensinamentos da Nova Economia Institucional, já que poderíamos afirmar que a mesma força que direciona as instituições de determinada sociedade, é que vai impulsionar as modificações necessárias à adaptação do direito de propriedade para atender as necessidades da economia.

O regramento legislativo que disciplina esta matéria, encontra-se no Livro II da Parte Especial do Código Civil Brasileiro, sendo de especial interesse a análise dos artigos 1.196 a 1.510, que dispõem sobre a posse, a propriedade e os direitos reais sobre coisas alheias.

3.2.2 Objeto do Direito das Coisas: a distinção entre direito real e pessoal

Para precisar e delimitar o objeto do direito das coisas, necessário se faz distinguir os direitos pessoais dos reais, já que, em última análise, o direito das coisas é aquele que trata das relações jurídicas atinentes aos bens que são passíveis de apropriação pelos agentes. (GONÇALVES, 2010)

DINIZ (2008) destaca que a origem da distinção entre direito real e pessoal somente surge com a influência do direito canônico, por volta do século XII, já que no direito romano clássico não se verifica a preocupação em elaborar uma teoria do direito real⁴. Faz-se mister destacar que em nosso sistema é aplicada a teoria clássica ou realista, em que pese existam diversas discussões acerca da distinção entre o direito real e pessoal⁵. Para esta teoria, o direito real é uma “relação entre a

⁴ A importância desta análise, encontra-se no fato de que nosso ordenamento jurídico é fortemente influenciado pela sua origem, qual seja, o direito romano-germânico.

⁵ RIZZARDO é um jurista de grande expressão que se opõe a este pensamento, o que fica evidente ao afirmar que “em verdade, todo direito, seja real ou pessoal, se estriba em relações jurídicas entre pessoas. (...) Todo o direito se reduz a relações jurídicas ou a obrigações entre as pessoas”.

pessoa (natural ou jurídica) e a coisa, que se estabelece diretamente e sem intermediário”. São três os seus elementos, o primeiro é o sujeito ativo, a segunda é a coisa ou bem propriamente dito e a terceira é a “inflexão imediata entre do sujeito ativo sobre a coisa”. Destaca ainda, que o direito pessoal é uma “relação entre pessoas (*proportio hominis ad hominem*)”.

Faz-se mister a transcrição da forma como PEREIRA (1922, p. 167) aborda a matéria, ao colocar que

“o direito real é o que afeta a coisa direta e imediatamente, sob todos ou sob certos respeitos, e a segue em poder de quem quer que a detenha. Distingue-se pelas peculiaridades seguintes:

- a) Tem por objeto imediato coisa corpórea, móvel ou imóvel;
- b) põe a coisa que é seu objeto em relação imediata com o sujeito do direito, sem dependência de ato ou prestação de pessoa determinada, isto é, a existência e o exercício real do direito pressupõem tão-somente o sujeito ativo do direito e a coisa sobre que recai;
- c) por parte de terceiros corresponde-lhe não a obrigação positiva de dar ou fazer, mas a obrigação negativa e geral de lhe respeitar o exercício – obrigação comum a todos os direitos que se traduz na inviolabilidade que os reveste;
- d) da aderência direta e absoluta do direito real à coisa resulta que as ações criadas para protegê-lo podem ser intentadas contra quem quer que o usurpe ou o ofenda”.

Em nosso ordenamento jurídico, em especial no Código Civil, não se reputam como coisas àquelas desprovidas de interesse econômico, podendo-se afirmar que são objeto do direito real tanto as coisas corpóreas, quanto incorpóreas, que possuam caráter econômico. (RIZZARDO, 2009)

Esta também é a idéia trazida a baila por ANDERSON (2004, p. 454) já que “as long as resources such as water for domestic consumption are not scarce, there is no competition for use, and there is no reason to expend valuable time and money on defining and enforcing property rights”, ressaltando que “until resources become scarce, there is little reason for people to invest in defining and enforcing property rights”.

GONÇALVES (2010) entende que o direito real aquele que atinge a coisa de forma direta e indireta, podendo abranger todos ou determinados respeitos, assim como o poder de quem a detiver (domínio). Em contrapartida, o direito pessoal, seria a exigência de determinada prestação de um sujeito (ativo) para outro (passivo), decorrente de uma relação jurídica, sendo, portanto, uma relação entre pessoas, constituindo-se, também, de três elementos: sujeito ativo, passivo e a prestação.

Coaduna com esta idéia os ensinamentos de RIZZARDO (2009) ao apontar que “o conceito que mais se coaduna ao consenso universal é aquele que define o direito real como o poder jurídico da pessoa sobre a coisa, oponível a terceiros”.

A interação e a importância existente entre esta distinção, em um âmbito econômico, seria o equivalente a mesma destacada pelos economistas ao ressaltar a importância dos direitos de propriedade (direito das coisas / real) e dos contratos (direitos pessoais que também são objeto de positivação em nosso sistema), inclusive a relação entre elas, já que em muitos casos, um direito pessoal, como, por exemplo, um contrato de compra e venda que gera efeitos no direito real (obrigação da tradição ou transmissão do bem propriamente dito).

3.2.3 O Direito de Propriedade: a visão jurídica deste instituto segundo os preceitos do Código Civil de 2002.

Para DINIZ (2008), em termos etimológicos, pode-se dizer que propriedade se origina da derivação do termo latino *proprius*, como *proprietas*, “designando o que pertence a uma pessoa” e, portanto, em termos gerais, significaria a “toda relação jurídica de apropriação de um certo bem corpóreo ou incorpóreo”. Indica, ainda, que para outros, a origem deste vocábulo estaria em *domare*, “significando sujeitar ou dominar, correspondendo à idéia de *domus*, casa, em que o senhor da casa se denomina *dominus*”, podendo-se sugerir que o poder que se exerce sobre as coisas a que lhe está sujeita seria o domínio. Ressalta ainda que, na ciência jurídica, os termos propriedade e domínio são utilizados para designar a mesma coisa, já que “entre eles não há diferença de conteúdo”.

Já BOBBIO (1995, p. 121) coloca que

“o substantivo propriedade deriva do adjetivo latino *proprius* e significa ‘que é de um indivíduo específico ou de um objeto específico (nesse caso, equivale a: típico daquele objeto, a ele pertencente), sendo apenas seu’. A etimologia oferece os traços de uma oposição entre um indivíduo ou um objeto específico e o resto de um universo de indivíduos e de objetos, como categorias que se excluem reciprocamente”.

A parte geral do título II do Livro III do Código Civil, em especial, o artigo 1.225 do Código Civil de 2002, dispõe que são direito reais: a propriedade, a

superfície, as servidões, o usufruto, o uso, a habitação, o direito do promitente comprador; o penhor; a hipoteca, a anticrese, a concessão de uso especial para fins de moradia e a concessão de direito real de uso. Assim, segundo o Código Civil, a propriedade é um direito real.

Segundo GONÇALVES (2010) em nosso ordenamento jurídico é defeso aos agentes a criação de direitos reais, já que “toda limitação ao direito de propriedade que não esteja prevista na lei como direito real tem natureza obrigacional”. Para ele o mais importante e completo dos direitos reais é o de propriedade. Destaca, ainda, que é o artigo 1.225 do Código Civil que estabelece a relação entre os direitos reais, sendo o principal o direito de propriedade, já que os demais são denominados direitos reais menores (ou sobre coisas alheias) e resultam do desmembramento do direito de propriedade.

RIZZARDO (2009, p. 138) desenvolve seu pensamento colocando que existe, desde os primórdios da formação do mundo ocidental, um forte mecanismo de defesa dos direitos de propriedade, mas que

“diante de socialização das mentalidades e mesmo das instituições, não se pode mais manter tal posição soberana da propriedade. Sobreleva o direito natural à vida e aos meios indispensáveis para que a possa se desenvolver dignamente. Por isso, facilita-se o acesso da pessoa à propriedade”.

Conforme anteriormente informado, o livro III do Código Civil positiva as normas relativas ao direito das coisas e, em seu título III é que se encontram as disposições sobre a propriedade. Neste sentido, o artigo 1.228 estabelece que é faculdade do proprietário o uso, o gozo, a disposição da coisa, assim como o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. O inciso I do referido artigo determina que o exercício deste direito deve observar as finalidades econômicas e sociais, assim como o bem coletivo (a flora, a fauna, o equilíbrio ecológico, etc.). Para DINIZ (2008) tal positivação não define o direito de propriedade, tendo o legislador optado por descrever o seu conteúdo, enunciando os poderes do proprietário.

O sistema legal pátrio estipula a forma pela qual se transfere a propriedade⁶: para os bens imóveis se dá pelo registro no Cartório de Registro de Imóveis (art.

⁶ Os contratos apenas geram obrigações, conforme preceitua o artigo 481 do Código Civil ao estipular que “pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro.”

1.227 do CC) e, para os bens móveis ocorre pela tradição (artigo 1.226 do mesmo diploma legal). A forma estabelecida no código⁷ influi na segurança jurídica da sociedade, já que é através da sua observância que o direito de propriedade é oponível *erga omnes*, ou seja, torna-se público à sociedade.

GONÇALVES (2010, p. 63) ressalta que “foi a necessidade de tornar pública a transferência dos direitos reais, que prevalecem *erga omnes*, que criou para os móveis a formalidade da tradição, e para os imóveis a exigência do registro”.

Assim como na economia, percebemos, com a leitura dos dispositivos legais que regulam o direito de propriedade no Código Civil, que o legislador não se preocupou em definir propriamente dito o direito de propriedade, indicando em alguns artigos os poderes do proprietário. (GONÇALVES, 2010)

RIZZARDO (2009) aponta que podemos classificar os direitos reais em duas partes, sendo a primeira e objeto de nosso estudo, os direitos na coisa própria (*jus in re própria*), envolvendo apenas o direito de propriedade, que “é o direito real por excelência, e constitui a síntese de todos os direitos reais, manifestando-se no domínio, ou poder de submissão de uma coisa à vontade da pessoa”, enquanto que a segunda engloba os direitos em coisa alheia (*jus in re aliena*).

Através da analogia, DINIZ (2008, p. 29) define a propriedade como “sendo o direito que a pessoa física ou jurídica tem, dentro dos limites normativos, de usar, gozar e dispor de um bem, corpóreo ou incorpóreo, bem como de reivindicá-lo de quem injustamente o detenha”, em síntese, é o direito que abarca o poder de “agir diversamente” sobre o bem. Para tanto, especifica os poderes do proprietário como sendo: 1) direito de gozar (*jus fruendi*) que se dá pela utilização dos produtos e pela percepção dos frutos da coisa, ou seja, da sua exploração econômica; 2) o direito de dispor (*jus abutendi ou disponendi*) é o que permite a proprietário o poder de transmissão do bem (seja de forma onerosa ou gratuita), de submetê-lo ao serviço de outra pessoa, de consumi-lo e de gravá-lo de ônus; 3) direito de usar (*jus utendi*) o bem (em proveito próprio ou de terceiro) retirando dele todos os serviços que possa prestar, desde que não haja “modificação em sua substância” e que se observe os limites legais para sua utilização, visando o “bem-estar da coletividade”.

CRETELLA JÚNIOR(1995), com base nos preceitos do Direito Romano, conceitua a propriedade como sendo “o direito ou faculdade que liga o homem a

⁷ O artigo 215 do Código Civil é que estabelece os requisitos da escritura pública.

uma coisa, direito que possibilita a seu titular extrair da coisa toda utilidade que esta coisa lhe proporcionou. Propriedade é o poder jurídico, geral e potencialmente absoluto, de uma pessoa sobre coisa corpórea”.

Em seu estudo analítico, OLIVEIRA (2008, p. 123) destaca que muitos doutrinadores não têm o cuidado de observar que a norma civil aponta uma faculdade ao proprietário (de usar, gozar e dispor) e não um direito, ressaltando que não se pode confundir este (proprietário) com a propriedade, já que “o proprietário possui um direito subjetivo sobre a coisa e não um direito como querem algumas doutrinas”. Para ele a propriedade é “um direito real subjetivo do proprietário de usar, gozar e dispor da coisa e reaver de quem quer o detenha ou possua injustamente”. Adiante, refere que é possível realizar uma conceituação descritiva da propriedade, partindo de suas características como, por exemplo, perpétua ou resolúvel, privada ou pública, imóvel ou móvel, incorpórea ou corpórea, restrita ou plena e, exclusiva. Após, apresenta a idéia da conceituação sintética da propriedade, isto é, aquela que considera o poder de senhorio sobre a coisa, apresentando uma função matemática que comprova sua afirmação. Em síntese OLIVEIRA (2008, p. 124) define a propriedade nos seguintes termos:

“Os poderes inerentes à propriedade são: usar, gozar, dispor, reaver e a exclusividade os quais o proprietário tem a faculdade. Assim, estas faculdades culminam no Poder do Proprietário. Contudo foi visto até então que a propriedade não é só Poder, mas também Dever, este dado pela trilogia da propriedade.

Se juntarmos os conceitos vistos no item conjuntura com o parágrafo anterior pode-se montar uma definição de propriedade, isto é, a idéia de relação (função), direito subjetivo, poder e dever.

Se existe uma relação que se estabelece entre o sujeito “A” e o objeto “X”, a propriedade é um direito real subjetivo (Poder) que o proprietário “X” exercer sobre o objeto “X” de usar, gozar, dispor e reaver de quem quer o detenha ou possua injustamente, devendo (Dever) coadjuvar socialmente por meio da trilogia Inserção Social, Limitação e Restrição. A Figura 6 abaixo retrata a definição.”

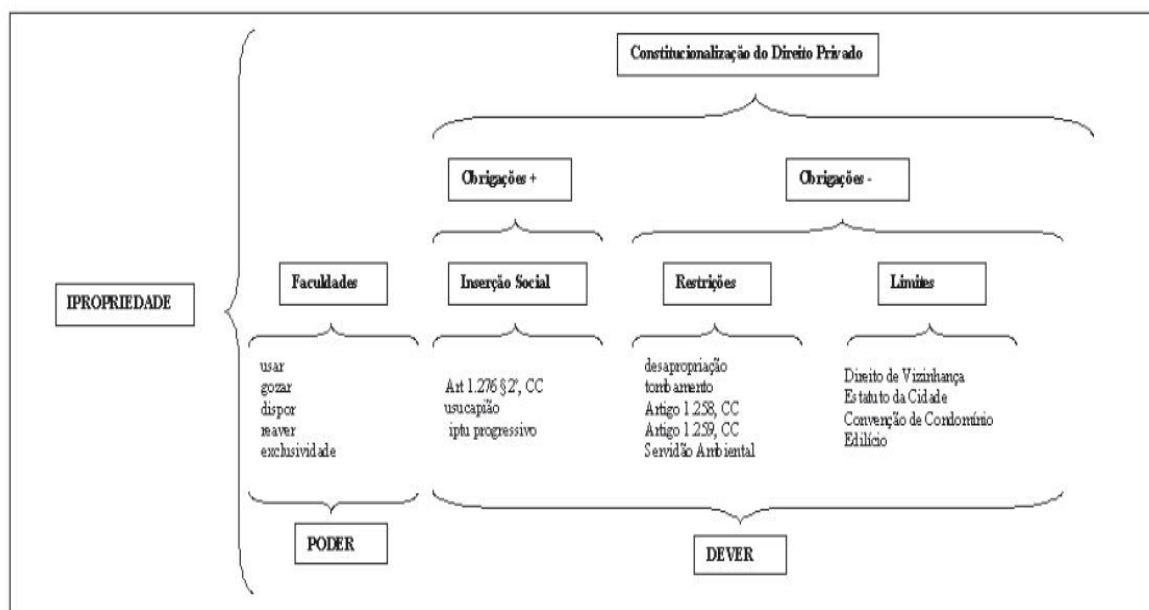


Figura 6. Definição de Propriedade

Para GOMES (1977), a limitação feita sobre certo bem ou sobre o seu que é imposta a seu proprietário é uma forma de limitação da liberdade patrimonial, assim como também o é a limitação do direito de apropriação deste bem, decorrente das normas positivadas. Ele define esta limitação como sendo uma restrição imposta ao proprietário do direito em uma ou mais faculdades do domínio, possuindo caráter geral e se originam de um interesse coletivo.

3.3 A VISÃO DA NOVA ECONOMIA INSTITUCIONAL SOBRE O DIREITO DE PROPRIEDADE

A presente seção se destina a comparar e demonstrar que a forma pela qual os economistas⁸ definem, entendem e apresentam o direito de propriedade, por vezes pode se aproximar ou se distanciar da forma pela qual a literatura jurídica pátria o faz, para, então, questionar quais as conseqüências relevantes desta divergência conceitual.

⁸ O presente trabalho utilizará preponderantemente os conceitos trazidos à baila pelos principais estudiosos da nova economia institucional, já que para eles, as instituições atuam ativamente na economia e são de suma importância para o seu desempenho.

Para DEMSETZ (1967) há uma troca de pacotes de direitos de propriedades (que se dá de duas formas: bem ou serviço), sempre que uma transação é concluída e, o que determina o valor do que é trocado são os valores dos direitos trocados.

A análise dos direitos de propriedade feita por MUELLER (2005) aponta que na teoria econômica neoclássica os direitos de propriedade são tidos como seguros e bem definidos, situação que cria um distanciamento com a realidade, o que, de certa forma, não ocorre com a teoria da nova economia institucional, já esta admite, através do legado da racionalidade limitada e do risco moral, que os contratos e os direitos de propriedade são inseguros e instáveis. Ele destaca que prepondera a idéia de que os direitos de propriedade são “um conjunto de direitos (*bundle of rights*) sobre um recurso, que o dono está livre para exercer e cujo exercício é protegido contra a interferência por outros agentes”. Ressalta que tal descrição abarca consigo o entendimento de que o direito de propriedade seria um conjunto de relações pessoais, com envolvimento incidental do bem ou da coisa.

É importante observar que os direitos de propriedade transmitem o direito de beneficiar ou prejudicar a si próprio, ou aos outros e, pode-se causar um prejuízo a um concorrente através da produção de um produto dotado de melhores características pode ser permitido, enquanto que, provavelmente, não o seria caso se pretensão fosse de atirar nele. (DEMSETZ, 1967)

KIM (2004, p. 274) destaca que

“although new institutional economics (Hart, 1995; Williamson, 1996, North, 1991), economic sociology (Granovetter, 1985; Fligstein, 2001), and political science of institutions (Hall and Soskice, 2001) frame widely disparate discourses, one common characteristic they do share is that they acknowledge that institutions such as property rights, instead of being scientific or natural, are socially negotiated and so varieties of forms can support a market economy”.

Na visão dos novos institucionalistas é de suma importância a vinculação que liga o desenvolvimento econômico e direito (ou a justiça), através de um sistema legal voltado para proteção dos direitos de propriedade e que assegure o cumprimento dos contratos, já que um dos mais críticos entraves do desenvolvimento econômico se encontra na criação de um sistema jurídico imparcial que assegure a perpetuação, em termos de tempo e de espaço, das obrigações e direitos das partes. (NORTH, 1981)

Conforme aponta FIANI (2002), a abordagem histórica feita por North, destina-se a análise de como as instituições são determinantes para o desempenho econômico, tornando-se em sua principal preocupação o estudo do problema gerado pela perpetuação de instituições que prejudicam o desenvolvimento econômico, focando-se, para tanto, em uma questão mais ampla ligada aos direitos de propriedade (sua definição e garantia), já que a ineficiência destes direitos pode interferir negativamente na capacidade de crescimento. Tal fato se evidencia na seguinte assertiva feita por NORTH (1981, p. 53):

“The reason for the differential growth rates among the merging nation-states of Europe during the seventeenth century is to be found in the nature of property rights that had developed in each. The type of property rights established was the outgrowth of the particular way each nation-state developed”.

A importância do direito de propriedade para NORTH (2004), assim como para a abordagem da NEI, baseia-se na idéia de que, como existem custos de transação na economia, as instituições importam, inclusive por se destinar grande parte da renda nacional às transações, sendo as instituições e, em especial os direitos de propriedade determinantes de grande relevância à eficiência do mercado. Por esta razão ele entende que “the heart of development policy must be the creation of polities that will create and enforce efficient property rights”.

NORTH (1981) destaca a relevância do Estado já que a ele incumbe normatizar/especificar os direitos de propriedade, sendo o responsável pela eficiência da estrutura deste direitos que, conseqüentemente, gera estagnação ou crescimento econômico. Ressalta que esta idéia ao afirmar que

“A theory of property rights is necessary to account for the forms of economic organization that human being devise to reduce transaction costs and organize exchange. If one could assume a 'neutral' state, then the forms of property rights which would emerge in the world of scarcity and competition would be efficient in the sense of being a least-cost solution, given the existing constraints of technology information costs, and uncertainty. In fact, the property rights which emerge are a result of an on-going tension between the desires of the rulers of the state, on the one hand, and efforts of the parties to exchange to reduce transactions costs, on the other.(...) But at least as an initial starting point for theorizing, it is useful to separate a theory of the state from a transaction cost approach to property rights”

De maneira geral, para NORTH (1981), a medida representa a descrição formal de um serviço ou de um bem. Assim, sem alguma forma de mensuração, o direito de propriedade não pode ser estabelecido, tampouco ser objeto de troca.

No trabalho de NORTH (1990) os agentes normalmente agem com informações incompletas e, processar a informação que eles recebem através de *mental constructs* pode resultar em um caminho contínuo de ineficiência. Nos mercados políticos e econômicos, os custos de transação se destinam a direitos de propriedade ineficientes, mas, os modelos subjetivos imperfeitos que os agentes criam para entender as complexidades dos problemas por eles enfrentados, podem conduzir a perpetuação deste tipo de direito de propriedade.

Os atores freqüentemente devem agir em informações incompletas e processar as informações que eles recebem através de construções mentais que podem resultar em caminhos persistentemente ineficientes. Custos de transação nos mercados políticos e econômicos fazem para os direitos de propriedade ineficientes, mas os modelos imperfeitos subjetiva dos jogadores como eles tentam entender as complexidades dos problemas que eles enfrentam podem levar à persistência de tais direitos de propriedade.

Conforme se verifica na seção *A transaction cost theory of exchange*, NORTH (1990) apresenta a idéia de que “property rights are the rights individuals appropriate over their own labor and the goods and services they possess”. Explica que esta apropriação seria uma função do quadro institucional (das regras jurídicas, das normas de comportamento, do *enforcement* e das formas de organização). Ressalta que em um ambiente de racionalidade limitada, os direitos não são perfeitamente especificados e observados, motivo pelo qual qualquer que seja a estrutura dos direitos de propriedade serão positivos os custos de transação, que variam e mudam radicalmente de forma nas economias contemporâneas, o que acarreta uma gigantesca variação na forma de proteção dos direitos, na tentativa individual de sua apreensão e na destinação de recursos individuais para sua proteção. Para tanto, o autor apresenta o exemplo que compara os direitos de propriedade em Beirute e uma pequena cidade nos Estados Unidos, em 1980, demonstrando que a diferença entre eles é uma função da estrutura institucional de cada.

Para NORTH (1981), em um ambiente onde os custos de transação sejam zero deve existir uma especificação perfeita e uma forma de observância não onerosa dos direitos de propriedades. FIANI (2002) coloca que North estabelece

uma relação entre crescimento econômico e direito de propriedade que “embora sendo referenciada a uma noção de eficiência, no sentido de que direitos de propriedade eficientes estimulam o crescimento econômico, não é a mesma noção de eficiência utilizada nas análises neoclássicas de alocação de recursos”.

FIANI (2002) aponta que a definição eficiente de direitos de propriedade proposta por North se funda na maximização do investimento privado, desde que sejam inexpressivas as externalidades a eles associadas, tendo, por consequência, um conjunto de direitos que, enquanto maximizam a inversão privada, também incrementam a taxa de crescimento, em que pese possa existir algum tipo de agravamento para outra pessoa de determinada sociedade.

Vivemos em uma economia onde inexistem relações sem custos de transação e, existindo uma influência mútua entre estes custos e os direitos de propriedades. Neste sentido aponta FIANI (2002, p. 48) que:

“na medida em que esses custos são elevados ou incertos, os direitos de propriedade acabam por ser especificados de forma imperfeita ou incompleta: custos de transação elevados estão diretamente relacionados a direitos de propriedade mal especificados. E custos de transação elevados reduzem as taxas de crescimento econômico”.

Ao adentrar no estudo das restrições formais, NORTH (1990) desenvolve seu pensamento para chegar no conceito de direito de propriedade. Para tanto, apresenta a idéia de que existe um espectro das regras políticas, judiciais, econômicas e contratuais nas regras formais. Para ele é a hierarquia destas regras que define as restrições, tanto das regras gerais, quanto das particulares, inclusive entendendo que o custo de alteração segue esta hierarquia. A seu ver, as regras políticas regem a estrutura hierárquica do sistema político, sua estrutura e decisões características do controle de agenda. Finalmente, aponta que os direitos de propriedade são definidos pelas regras econômicas, sendo o conjunto de direitos sobre o uso e os rendimentos que derivam da propriedade e da capacidade para alienar um ativo ou um recurso.

Percebe-se que uma aproximação da definição de direito de propriedade apresentado por NORTH (1990) com o entendimento predominante em nossa literatura jurídica, ou seja, o conjunto de direitos sobre o uso (*jus utendi*), sobre os rendimentos (*jus fruendi*) e sobre a alienação ou disponibilidade (*jus disponendi*).

A transformação do instituto jurídico da propriedade é conseqüência do desenvolvimento do sistema produtivo, inclusive pela incorporação da função social, outrora relegada. Portanto, a evolução do Direito é determinada pela relação decorrente da alteração econômica gerada pelo desenvolvimento do processo produtivo, “o que prova a existência do condicionamento do Direito à Economia quando encaradas as ligações no fluxo histórico dos acontecimentos” e, por conseguinte, a reformulação das normas ou mutação dos conceitos indispensáveis à análise e interpretação deste instituto jurídico é estabelecida pela modificação destas funções. (GOMES, 1977)

No escólio de GOMES (1977), é imprescindível e primordial que haja segurança jurídica na resolução das lides, defendendo a necessidade de uma definição eficiente do direito de propriedade em nosso sistema judicial, não se permitindo a utilização de conceitos abertos, que dão margem aos julgadores às mais variadas interpretações. Por isto itera seu pensamento ao justificar que a função social da propriedade alarga a intervenção do Estado no sistema econômico, devendo-se atentar as possibilidades interpretativas que por ela são gerados, já que o legislador não a especificou, relegando ao juiz a sua interpretação. Isto faz desaparecer a segurança do direito de propriedade, já que incumbe ao Poder Legislativo definir a forma de exercício e os deveres ligados à propriedade. A aproximação da teoria jurídica à abordagem da NEI, neste aspecto é evidente, já que a literatura destas duas ciências é uníssona ao ressaltar a imprescindibilidade de uma boa definição, clara e objetiva, dos direitos de propriedade.

Os limites da ação monopolista do Estado e o poder de barganha da sociedade condicionam a oferta dos serviços públicos (oferecidos pelo Estado) e a determinação do conjunto de direitos de propriedade. (FIANI, 2002)

Neste sentido, em *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, NORTH (1981, p. 47) aponta que

"rulers devised property rights in their own interests and transaction costs resulted in typically inefficient property rights prevailing. As a result it was possible to account for the widespread existence of property rights throughout history and in the present that did not produce economic growth".

NORTH (1990, p. 48) complementa esta idéia ao destacar que

“political rules in place lead to economic rules, though the causality runs both ways. That is, property rights and hence individual contracts are specified and enforced by political decision-making, but the structure of economic interests will also influence the political structure. Changes in one will induce changes in the other.”

Arremata a questão da segurança, o pensamento de FIANI (2002, p. 52), asseverando que

“para desempenhar essa função (vender proteção e justiça), o governo age monopolizando a definição e a garantia dos direitos de propriedade (North & Thomas, 1973: 97). Como remuneração por esse serviço, o governo arrecada imposto. Essa transação (o pagamento de impostos por parte da sociedade em troca de proteção e justiça, isto é, da definição e garantia dos direitos de propriedade) é vantajosa, na medida em que o Estado possui economias de escala nessas tarefas e, portanto, seria mais custoso para os agentes privados desempenharem essas tarefas por si próprios. Na medida em que essas economias de escala não sejam exauridas, a ampliação das funções de proteção e garantia dos direitos de propriedade aumenta a renda de toda a comunidade, gerando uma poupança a ser dividida entre a sociedade e o Estado”.

MUELLER (2005, p. 97) refere a importância da segurança dos direitos de propriedade, já que grau de segurança destes direitos possui uma relação direta com a quantidade de recursos que será investida naquele mercado. Para apontar o que entende como origem do direito de propriedade o Autor faz uma comparação com um modelo que ilustra o surgimento deste direito; para ele o custo de oportunidade está ligado ao seu surgimento, já que

“quando um recurso não é escasso, não haverá uma demanda por direitos de propriedade. Entretanto, à medida que a economia muda ou cresce, os recursos vão se tornando escassos e, eventualmente, a ausência de direitos de propriedade seguros leva à dissipação de rendas através da competição entre os agentes econômicos para se apropriar dos diversos retornos ao recurso. Essa situação gera incentivos para que surja uma demanda por direitos de propriedade seguros que eliminem essa dissipação”.

Em relação à economia dos custos de transação, ANDERSON (2004) leciona que ao se assumir um conjunto de direitos de propriedade, a abordagem das externalidades irá explicar a causa da má alocação dos recursos, isto é, ela ocorre quando os direitos de propriedade não estão bem definidos para que possam ser

negociados e assegurados. Assevera que o trabalho seminal de Coase (1960) prega que o problema do custo social é melhor caracterizado em condições onde exista o uso competitivo dos recursos no qual os direitos de propriedade não sejam claros; para entender melhor o uso competitivo, o autor exemplifica um caso onde A pretende desmatar para produzir madeira, enquanto B pretende a preservação das árvores e do ambiente. Ressalta que Coase enfatiza porque um uso se opõe a outro, seus custos são recíprocos, ou seja, o uso concorrente cria custos de oportunidade.

Neste sentido se adéqua a definição econômica de direitos de propriedade de BARZEL (2003, p. 23), que pode ser resumida pela seguinte transcrição de sua exposição

“These defined individual’s ‘economic rights’ over an asset as the individual’s ability to directly consume the services of the asset, or to consume it indirectly through exchange. The delineation of property rights is itself subject to individual’s optimization. Describing what the property is and protecting it consume resources, and perfect delineation is prohibitively costly. Hence property rights are never perfectly delineated. Moreover, transacted commodities have many attributes, and the rights to different attributes of a given (physical) commodity or do different attributes of a transaction are not all equally well defined”.

Na lição de ZYLBERSZTAJN (2005) a contribuição de Coase se encontra no fato de que

“partindo do conceito de que o que se negocia não são os bens-objeto de Direito, mas, sim, direitos de propriedade sobre dimensões de bens, Coase propõe que, na ausência de ‘custos de transação’, a alocação ou distribuição inicial dos direitos de propriedade sobre as dimensões dos bens não terá importância, pois os agentes negociarão a transferência dos direitos a custo zero podendo realocá-los eficientemente”.

O escólio de COASE (1960) demonstra que quando as transações de mercado são onerosas, os tribunais influenciam diretamente a atividade econômica e, conseqüentemente o sistema de direitos postos também o faz. Isto porque cabe a Justiça proferir decisões econômicas sobre o emprego dos recursos em um ambiente onde existam custos de reordenar os direitos estabelecidos pelo ordenamento jurídico.

Em relação à propriedade COASE (1960) confronta a idéia de fator de produção (idéia de entidade física adquirida e utilizada pelo agente econômico) com a de direito de desenvolver determinadas ações físicas sobre o bem, ressaltando

que um proprietário de determinado imóvel pode usá-lo como fator de produção, mas que, na realidade, ele possui o direito de tomar ações sobre seu bem. Encerra seu pensamento afirmando que os direitos do proprietário da terra não são limitados. ASHER (2005, p. 8) desenvolve esta idéia quando afirma que

“according to Coase (1960), it is useful to think of resources as the *bundle of rights* rather than physical entities. Thus, from the property rights perspective, resources that a firm ‘owns’ are not the physical resources but rather are the property rights”.

A definição dos termos de troca seja na divisão dos resultados, como no modo do uso do recurso é regulado pelo contrato, que é o responsável pela realocação dos direitos de propriedade. Neste sentido aponta que “as instituições emergem de modo a proteger direitos de propriedade, afetando os ‘custos de transação’”. (ZYLBERSZTAJN, 2005)

Segundo BARZEL (2003, p. 7)

“It is relatively ease to ensure the rights to an asset when the service flow it generates can be readily ascertained, because it is easy to to impose a charge commensurate with the level of service exchanged. When the service flow is *known* and *constant*, it is easiest to ensure that rights over the asset are also certain. Is the flow is *variable* but fully *predictable* (for instance, if the service is the amount of electricity solar panels produce as the length of the day changes), rights are still easy to ensure, as they are if the flow is not certain but is *unalterable* (for instance, the amount of electricity the panel produce as weather conditions change). It is evident that, given the mean outcome, variability and uncertainty may reduce the value of the asset but need not affect the certainty of ownership.

When the flow of income from an asset may be affected by the exchange parties, ensuring ownership over it becomes problematic. When the income stream is variable and not fully predictable, it is costly to determine whether the flow is what it should have been in any particular case. Consequently, it is also costly to determine whether part of the income stream has been captured by the exchange parties. The exchange parties will engage in wealth-consuming capture activities because they expect to gain from them. When the income stream from the exchanged property is subject to random fluctuations, and when both parties can gain by affecting that income stream, the delineation of ownership then becomes imperfect.”

ZYLBERSZTAJN (2005) pondera que o modelo desenvolvido por Demsetz é criado a partir de bases antropológicas, não se preocupando com a modelagem das

instituições políticas, servindo de base para o “estudo histórico do desenvolvimento das instituições”.

Para ANDERSON (2004, p. 449) “in the absence or presence of property rights, there are reciprocal costs, but only in the presence of property rights can we say who is imposing costs on whom”. Ele adverte que as normas sociais determinam a direção da externalidade, o que equivale a dizer que existe um direito de propriedade, como, por exemplo, no caso onde há poluição sonora se o amante do silêncio possuir o direito à tranquilidade ou exista poluição silenciosa caso o amante da música tenha o direito de escutá-la. Ressalta este pensamento ao colocar que “saying that this is an externality diverts attention from the important issue of how property rights are determined and how they allocate reciprocal costs, which is precisely Coase’s point”. Em suma, o autor conclui que

“In most cases where the term externality is applied, property rights are not clear. If they are not, declaring an externality is the equivalent of asserting a set of rights where they are lacking. Such assertions beg the question of how rights are formed, whether those rights can be defended, and whether they can be exchanged in voluntary transactions.” (ANDERSON, 2004, p. 450).

COASE (1960) destaca que o Estado seria uma espécie de “super empresa” que através de suas decisões administrativas se torna capaz de influenciar o uso dos fatores produtivos. Para ele o Estado pode interferir no tamanho das empresas, assim como pode determinar a forma e quais fatores de produção devem ser utilizados, podendo fazer vez da força policial e outros mecanismos por ela geridos e, por consequência lógica, interferindo também nos direitos de propriedade.

Abordando as três soluções encontradas no exemplo trazido por Ricketts no seu trabalho de 1987, ZYLBERSZTAJN (1995, p. 37) sugere que

“aparentemente o autor não explorou a possibilidade associada à última solução, onde ao invés do ditador, existe uma instituição reguladora definida pela sociedade, com credibilidade e poder delegado de tal modo a permitir a solução sem o surgimento do ditador. Esta entidade poderia ser o Estado, definindo direitos de propriedade sob a ótica da otimização social, lidando com os aspectos redistributivos, ou ainda poderia ser uma instituição privada com credibilidade suficiente para exercer o poder regulador. Tal é o papel típico dos governos estabelecidos e de instituições informais em comunidades pequenas caracterizadas por grande interação social”.

Em North (1990), a questão é retomada, abordando a influência da inclusão de organismos representativos que visam facilitação da troca de proteção dos direitos de propriedade por impostos, que ocorre entre o Estado e a sociedade.

Resta claro que a visão econômica do direito de propriedade, em muitos pontos de aproximação, assim como pode se afastar da ótica encontrada na ciência jurídica. Por este motivo ambas ciências apontam como sendo importante a definição clara destes direitos (regras do jogo), que, em um mercado onde existam custos de transação e falhas, acaba, muitas vezes, relegando ao Poder Judiciário a solução das questões econômicas, motivo pelo qual Coase destacou que é imperioso ao julgador possuir uma visão econômica das lides a ele submetidas.

Por este motivo que a literatura abordada é uníssona ao afirmar que a clara definição e a forte proteção dos direitos de propriedade é indispensável a melhor alocação dos recursos, o que, conseqüentemente, acarretará em um melhor e maior retorno social.

SÍNTESE DO CAPÍTULO

Conforme destaca GONÇALVES (2010), a definição dos bens como objeto de relações jurídicas, bem como o patrimônio jurídico, destaca a preocupação do legislador pátrio com os direitos de propriedade. Acrescenta-se a este pensamento, a idéia de GOMES (1997) já que para ele uma das instituições “da mais alta relevância” é a propriedade, o que reflete “a forma econômica e política dos povos”.

Esta é a razão que motiva o presente estudo, já que se torna imperiosa a discussão dos direitos de propriedade e a aproximação das duas ciências abarcadas. É neste sentido que nos arriscamos a dizer que é o Direito que efetiva o Estado a definir, regular e garantir os direitos de propriedade, que foi demonstrado pela análise da literatura acima abordada.

Em suma, o desenvolvimento de uma sociedade e o grau de investimento nela existente tem íntima ligação ao desenvolvimento e a segurança do instituto pesquisado, já que é ele um dos fatores que permitem uma sociedade se libertar do *path dependence*. A presente análise pode servir de estímulo para que outras

discussões sejam levantadas, como por exemplo a necessidade de se abordar a eficiência dos mecanismos legais pátrios de proteção aos direitos de propriedade.

4 DIREITO E ECONOMIA: UMA VISÃO JURÍDICA E ECONÔMICA DO CONTRATO

4.1 A DOUTRINA JURÍDICA E OS PRECEITOS LEGAIS

4.1.1 O Direito das Obrigações

Para nosso sistema jurídico o elemento que origina os direitos subjetivos dos agentes é o fato jurídico *latu sensu*, sendo a fonte das obrigações. Isto porque os direitos subjetivos não nascem espontaneamente do direito objetivo, sendo indispensável o fato jurídico para o seu surgimento, que originará uma relação obrigacional e, por sua vez, o vínculo entre as partes. Trata-se de fato (vontade) humano e a sua relação no ordenamento jurídico, podendo ser voluntário, isto é, aquele que produz os efeitos desejados pelos agentes, estabelecendo as regras que orientam as suas vontades e, involuntário, que é o fato que cria obrigações jurídicas estranhas à vontade da parte, como, por exemplo, o ato ilícito. (DINIZ, 2007)

Para facilitar a compreensão, entende-se por fato jurídico (*latu sensu*) o acontecimento cotidiano que interessa ao direito, já que sobre ele recai uma norma jurídica. MIRANDA (2006, tratado de direito privado tomo 5), enquanto que o negócio jurídico “é a mencionada declaração de vontade dirigida à provocação de determinados efeitos jurídicos” (GOMES, 2008). Ainda, para PEREIRA^b (2007), o negócio jurídico em “sua noção primária assenta na idéia de um pressuposto de fato, querido ou posto em jogo pela vontade, e reconhecido como base do efeito jurídico perseguido”, sendo seu efeito a criação de direitos e obrigações, tendo-se como fundamento ético a vontade humana e como *habitat* a ordem legal.

AZEVEDO (2000, p. 11) define com grande precisão o negócio jurídico, ao afirmar que é

“todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia, impostos pela norma jurídica que sobre ele incide”.

GOMES (2008, p. 17) traz a lume que

“a idéia de contrato aplica-se em todas as ramificações do Direito e abrange todas as figuras jurídicas que nascem do concurso de vontades, seja qual for a sua modalidade ou a sua eficácia. Pode ser limitada, não obstante, ao campo do Direito Privado, designando-se por esse vocábulo o negócio jurídico bilateral que se apresenta em todas as partes do Direito Civil: no Direito das Obrigações, no Direito de Família, no Direito da Coisas e no Direito das Sucessões”.

Para BEVILÁQUA (1977, p. 46) obrigação é

“a relação transitória de direito, que nos constrange a dar, fazer ou não fazer alguma coisa, em regra economicamente apreciável, em proveito de alguém que, por ato nosso ou de alguém conosco juridicamente relacionado, ou em virtude da lei, adquiriu o direito de exigir de nós essa ação ou omissão”

Segundo MONTEIRO (1979, p. 98) a

“obrigação é a relação jurídica, de caráter transitório, estabelecida entre devedor e credor cujo objeto consiste numa prestação pessoal econômica, positiva ou negativa, devida pelo primeiro ao segundo, garantindo-lhe o adimplemento através de seu patrimônio”.

DINIZ (2007, p. 33) afirma que “a vontade humana e a lei exercem influência na obrigação como forças que atuam conjugadamente na determinação do vínculo obrigacional”. E acrescenta que, “sempre há um fato humano, isto é, um *contrato*, uma *declaração unilateral de vontade* ou um *ato ilícito*, que dá vida às obrigações, desde que decorrente de lei, que o disciplina, reconhece, sanciona e garante”. Assim, a teoria que se volta ao estudo das obrigações apresenta como elemento principal de análise os negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais, tendo por alvo a caracterização do contrato, isto é, o conjunto de negócios jurídicos que é resultado da vontade dos agentes, uniformizando sua forma, dirimindo as controvérsias por eles geradas, verificando se decorre de lei o vínculo da obrigação que dele resulta, já que é a norma positivada que disciplina, sanciona e garante o contrato, sendo imprescindível que o objeto desta relação obrigacional esteja em conformidade com

os ditames legais, para que exista a segurança e a garantia da eficácia da vontade das partes.

VENOSA (2008) aponta que a parte geral do Direito das Obrigações segue a estrutura do Código Civil, apresentando os conceitos gerais para então adentrar nos estudos particularizados, destacando que a primeira se relaciona a análise principiológica, o nascimento, as espécies, o cumprimento, a transmissão e a extinção das obrigações. Relevante apontar que os princípios se destinam e são aplicáveis a todas as espécies obrigacionais e mais, que “o Direito obrigacional é ilustrado pela autonomia da vontade, sendo a parte mais teórica, racional e abstrata da legislação civil”.

Portanto, a teoria jurídica das obrigações é uma das mais extensas e complexas do nosso ordenamento, servindo de base para o desenvolvimento das mais variadas facetas que as transações econômicas podem se apresentar. O presente estudo se volta a parte desta teoria que analisa os contratos, em especial a sua definição e regramento geral, já que esgotar a vasta doutrina relacionada ao imenso universo obrigacional e contratual seria por demasiado complexo, não se objetivando aqui adentrar nas peculiaridades inerentes ao sistema jurídico pátrio, mas sim inaugurar uma discussão que analise o ponto de intersecção entre Economia e Direito relacionada as regras gerais dos contratos (pelas regras contidas no Código Civil de 2002) e ao arcabouço teórico da Nova Economia Institucional.

4.1.2 Contratos: a visão jurídica deste instituto segundo as regras do Código Civil de 2002

A lente de investigação utilizada no presente trabalho irá focar sua análise contratual na égide do Código Civil, que é a norma infraconstitucional responsável por ditar as diretrizes gerais dos contratos. Esta matéria está regulada no Título V *dos contratos em geral*, que é subdividido em dois capítulos, *das disposições gerais* e *da extinção do contrato*, voltando nossa atenção para o regramento contido no seu primeiro capítulo.

Para GAGLIANO (2008) o contrato é a figura jurídica mais importante do Direito Civil, já que, como espécie de negócio jurídico, é a de maior conhecimento e

importância social, “consistindo, sem sombra de dúvidas, na força motriz das engrenagens socioeconômicas do mundo”. Segundo ele é impossível se fixar na história da humanidade uma data para o surgimento do contrato, destacando que inúmeras e mais variadas foram as contribuições e modificações as quais ele foi submetido ao longo da evolução social.

Uma das mais memoráveis contribuições foi a trazida pelo movimento iluminista francês que apontava a *vontade racional do homem* como centro do universo e que foi levado a seu extremo (GAGLIANO, 2008).

IEZAK (2009) destaca que neste modelo liberal o contrato recebia força de lei para as partes, que ficou consagrada pela corriqueira utilização, na época, da máxima latina “*pacta sunt servanda*”, ou seja, a valorização da total liberdade que as partes possuíam para registrar suas vontades no contrato, também servia para basilar o entendimento de que deveriam assumir integralmente as obrigações dele decorrentes, o que asseguraria o cumprimento das suas vontades.

GAGLIANO (2008) rememora que este pensamento liberal acarretou sérios desequilíbrios, que tiveram de ser compensados pelo dirigismo contratual encontrado no século XX, passando por um processo de adaptação à sociedade de massa, sendo alvo de profunda transformação. Para ele, nos últimos tempos,

“o princípio da igualdade formal entre as partes contratantes – baluarte da teoria clássica contratual e que sempre serviu de lastro à regra (até então absoluta) do *pacta sunt servanda* – começou a enfraquecer, descortinando falhas no sistema social e, sobretudo, afigurando-se, em muitos casos, como uma regra flagrantemente injustas”.

MATHIAS (2008, p. 18) aponta que “o contrato como negócio jurídico resultante do acordo de vontades é fonte de direitos e deveres, assumindo grande importância, principalmente na seara econômica”.

Para GOMES (2008, p. 7) “emprega-se o vocábulo *contrato* em sentido *amplo* e *restrito*. No primeiro, designa todo negócio jurídico que se forma pelo concurso de vontades. No segundo, o acordo de vontades produtivo de efeitos obrigacionais na esfera patrimonial”.

No escólio de PEREIRA^b (2007, p. 11) a noção estrita de contrato é a de

“um negócio jurídico bilateral, e de conseguinte exige o *consentimento*; pressupõe, de outro lado, a conformidade com a

ordem legal, sem o que não teria o condão de criar direitos para o agente; e, sendo ato negocial, tem por escopo aqueles objetivos específicos. Com a pacificidade da doutrina, dizemos então que o contrato é um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos. Dizendo-o mais sucintamente, (...)podemos definir contrato como o 'acordo de vontades com a finalidade de produzir efeitos jurídicos'".

Na concepção de MAIA (2004) o contrato deve observar os ditames legais, apresentando fundo econômico, objetivando a transferência, a modificação, o resguardo, a aquisição ou a extinção dos direitos que decorrem do acordo de vontade firmado entre pessoas de Direito Privado.

NALIN (2001) apresenta a idéia de que do contrato tendo como núcleo a solidariedade constitucional, tratando-se de uma relação jurídica subjetiva e que objetiva produzir efeitos jurídicos patrimoniais e existenciais, tanto para os contratantes, como para terceiros.

4.1.3 Elementos, requisitos e pressupostos contratuais

GOMES (2008) destaca a diferença entre pressupostos e requisitos contratuais. Em sua lição, afirma que "*pressupostos* são as condições sob as quais se desenvolve e pode desenvolver-se o contrato", que se agrupam em três categorias. A primeira está relacionada aos sujeitos e traz como pressuposto a sua capacidade. A segunda categoria é a que diz respeito ao objeto do contrato, pressupondo a sua idoneidade. Finalmente, a terceira pressupõe a legitimação para realizar um contrato e, é relativa a "situação dos sujeitos em relação ao objeto".

Segundo GAGLIANO (2008), para melhor se entender o complexo estudo da teoria geral dos contratos, é indispensável que seja feita uma análise sob três planos (de existência, validade e eficácia), propiciando uma cognição sistemática do tema. Para ele, são quatro os elementos constitutivos e indispensáveis à existência de um contrato em nosso sistema jurídico. A *manifestação de vontade*, que é considerada a essência do negócio jurídico e, portanto, do contrato, sendo a declaração/manifestação a responsável pelo surgimento dos seus efeitos, já que a parte pode mudar sua vontade ao longo da relação contratual, todavia persistindo os efeitos da declaração contratual. O *agente*, é também elemento indispensável a

existência contratual, visto que inexistente declaração de vontade sem um sujeito que o faça. O *objeto* do contrato é o terceiro elemento, sendo ele aquilo que se declara e, “consiste na prestação da relação obrigacional estabelecida, valendo destacar que tal objeto pode ser direto/imediato ou indireto/mediato”. A exteriorização desta manifestação deve obedecer uma *forma*, que é o quarto e último elemento essencial de um pacto contratual. Portanto, para existência de um contrato no plano da realidade fática, é necessário que os quatro elementos estejam presentes simultaneamente. (GAGLIANO, 2008)

Já para para DINIZ (2007) são dois os elementos contratuais indispensáveis: o primeiro é *estrutural*, já que para existir um contrato, faz-se necessária a união de duas ou mais vontades contrapostas e, o segundo é *funcional*, “ou seja, a composição de interesses contraposto, mas harmonizáveis, entre as partes, constituindo, modificando e solvendo direitos e obrigações na área econômica”, já que a vontade de alcançar os fins determinados pelos benefícios patrimoniais das partes demonstra a sua função econômica.

Existem aqueles que dividem o estudo dos elementos essenciais ao contrato em subjetivos (partes e consentimento) e objetivos (objeto e forma), a exemplo de GIORDANI (2008), MATHIAS (2008) e NADER (2008).

Ainda, na concepção de NADER (2006) os elementos constitutivos do contrato podem ser classificados como *essenciais*, *acidentais* e *naturais*. Destaca que os *essenciais* (subjetivos e objetivos) são aqueles indispensáveis a existência do contrato, sob pena de se tornar inválido o negócio jurídico, enquanto que os *acidentais* seriam aqueles elementos consignados pela vontade das partes (a exemplo da cláusula penal, encargos, condições, etc.) e, por fim, os *naturais* que são “os elementos meramente dispositivos, constantes em leis, e que se aplicam aos contratos quando as partes não excluem a sua incidência.

PEREIRA^b (2007) entende que “como todo negócio jurídico, o contrato está sujeito a requisitos, cuja inobservância vai dar na sua ineficácia”. Na sua abordagem, divide em três grupos os requisitos específicos do contrato - objetivos (possibilidade, liceidade, determinação e economicidade), e formais, podendo-se resumir sua idéia da seguinte forma:

- *Subjetivos* (capacidade e consentimento): em relação ao *consentimento*, destaca que, enquanto requisito subjetivo deve observar a natureza do contrato (uma parte quer vender e outra doar), o seu objeto e sobre o

acordo acerca das cláusulas que irão reger o contrato. Ainda, aponta que como pressuposto material, o consentimento se relaciona a declaração de duas ou mais pessoas.

- *Objetivos* (possibilidade, liceidade, determinação e economicidade): aponta que a impossibilidade pode ser material ou jurídica, a primeira “é aquela que se traduz a insuscetibilidade de consecução da prestação pretendida”, podendo ser absoluta (torna nulo o contrato) ou relativa; a segunda ocorre quando “sendo a prestação suscetível de execução materialmente, esbarra em obstáculo levantado pela própria norma”, ou seja, existe proibição legal na sua execução, acarretando na “iliceidade da prestação e gera a ineficácia do contrato”. Quanto a determinação do objeto, esta pode se dar pelo gênero, espécie, quantidade ou características individuais da coisa, relacionando-se a execução do contrato. A economicidade está ligada a exigência do “requisito da patrimonialidade para o objeto da obrigação”.
- *Formais*: atualmente, face a valorização da declaração da vontade, o requisito formal passa se aplicar nas exceções. Destaca que excepcionalmente a lei prevê a observância de certa forma, sendo a sua observância essencial à eficácia do negócio jurídico entabulado, conferindo-lhe, de igual sorte, a existência jurídica.

Em suma, a capacidade é tratada na parte geral do Código Civil, no Livro I que se refere à pessoa. A regra geral⁹ que trata sobre a capacidade civil está inscrita no artigo 5º daquele diploma legal, determinando que “a menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil”. A sua ausência resulta na ineficácia do negócio, que pode ser absoluta (p.ex. 497 que não permite a compra e venda entre tutor e tutelado, etc.) ou relativa

⁹ Importante se ter a noção dos preceitos contidos nos artigos 3º e 4º do CC: “Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - os menores de dezesseis anos; II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade. Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; IV - os pródigos. Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

(p.ex. o artigo 496 que trata como anulável a venda entre ascendente e descendente). No escopo de LORENZETTI (1998) a forma “é entendida como elemento externo destinado a tornar possível o reconhecimento da manifestação de vontade”.

Da mesma forma os requisitos contratuais podem ser diretamente relacionados ao artigo 104 do Código Civil e estabelece que “Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei”. Ademais, em relação a manifestação da vontade preceitua o artigo 106 do mesmo código “Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”.

4.2 CONTRATOS E A NOVA ECONOMIA INSTITUCIONAL

Imperioso introduzir a presente seção com a seguinte contextualização

“imaginem a seguinte situação: um aluno dedicado de Economia, formado no final dos anos 60, segue a sua carreira profissional distante dos ares da academia. Na virada do milênio, ansioso pela volta aos bancos escolares, busca informação sobre os cursos disponíveis e sobre as publicações correntes na área. Entra em estado de choque. Em um primeiro momento, acredita ter obtido as informações sobre o curso errado. Em um segundo momento, fica deprimido pela depreciação de seu conhecimento. Entre as diversas mudanças que nota, uma é especialmente intrigante: o termo ‘contrato’, antes de uso restrito a seus colegas de Direito, passou a ser uma figura central no pensamento econômico. Sua aplicação é variada, abrangendo praticamente todas as áreas da Economia, sendo o reconhecimento de sua importância uma quase unanimidade no pensamento econômico.” (AZEVEDO, 2005, p. 113)

Este tópico se destina a apresentação da abordagem que é dada ao contrato na visão teórica da Nova Economia Institucional, para tanto, faz-se um apanhado dos seus principais expoentes, indicando como entendem e apresentam o contrato no ambiente institucional, para, então verificar os pontos de aproximação ou de distanciamento da literatura jurídica pátria.

Para Nova Economia Institucional é importante o estudo das instituições, já que elas possuem papel explicativo para o desenvolvimento econômico de determinada sociedade. As operações e a eficiência da economia apresentam limitações criadas no seu conjunto institucional, já que elas definem as normas (restrições) responsáveis pelo arranjo das interações políticas, econômicas e sociais. (CONCEIÇÃO 2006)

Segundo SZTAJAN (2005) “se a lei surge quando como uma das maneiras de se fazer valer um contrato, a Economia pode ser vista como importante no desenho e na escolha do contrato”.

Já para AZEVEDO (2005, p. 114), “um contrato é um acordo, entre duas ou mais partes, que transmite direitos entre elas, assim como estabelece, exclui ou modifica deveres”.

Mas e qual seria então a relação entre os contratos e as instituições? Qual a importância da análise contratual dentro da economia institucionalista? A resposta para essas duas perguntas não é de fácil explicação, já que a construção da NEI aborda conceitos multidimensionais, transitando pelas ciências afins, para desenvolver seu pensamento.

Inicialmente, podemos destacar que para visão do novo institucionalismo, é através da organização do sistema institucional de determinada sociedade que se pode incentivar o desenvolvimento de uma sociedade (NORTH, 1998).

Ocorre que este arranjo do sistema se dá em um ambiente de mercado (econômico), necessitando, as instituições, dos mais variados tipos de “insumos” para desempenhar o seu papel, para poder atuar na sociedade. E, por óbvio, este agir pressupõe ônus para os agentes (instituições), que, na linguagem da Nova Economia Institucional é denominado como *custo de transação* (sendo esta uma das razões pela qual alguns doutrinadores a chamam de Economia dos Custos de Transação).

A introdução analítica do conceito de custos transação onerosas é de Coase (1937), análise desenvolvida no ambiente da escolha institucional, apontando ele mesmo (em 1972) que falhou em seu trabalho seminal já que não definiu os custos de transação com precisão, usando, em vez disso a frase “os custos do mecanismo de preços”. (ALLEN, 1999)

O papel das instituições na sociedade é o de mitigar estes custos e, nas palavras de NORTH (1998), “quando os custos de transação são consideráveis, as

instituições passam a adquirir importância”. Por isto é que ele afirma que o desenvolvimento da economia, transforma o seu grau de complexibilidade, exigindo dos *players* uma maior e melhor especialização para o desempenho de suas atividades, necessitando, para tanto, de outros agentes que desempenhem as mais variadas funções, a exemplo de advogados, banqueiros, contadores.

Em outras palavras, sendo as instituições os organismos responsáveis pela operacionalização da melhor alocação dos recursos e, por lógica, pela redução dos custos de transação, é com a organização do seu sistema que se poderá alcançar os benefícios desejados. (NORTH 1998)

Para North (1998) os custos de transações se apresentam em quatro variáveis:

- a) O valor decorrente dos diversos atributos do bem ou do serviço em questão – os atributos do bem e do serviço influem diretamente no seu custo, já que um serviço que exija um maior grau de especialização acarretará em um maior ônus. Aqui que podemos traçar o primeiro paralelo com a teoria jurídica, já que o contrato é o mecanismo utilizado para estabelecer as responsabilidades e obrigações dos agentes e especificar os atributos do objeto do negócio jurídico.
- b) Tamanho do mercado – a forma pela qual os agentes se relacionam no mercado influi diretamente nos custos de transação; em mercados onde há predominância de relações pessoais, até se poderia cogitar um custo de transação próximo ao zero. Quanto maior a expansão do mercado, maior será a impessoalidade das transações. A impessoalidade acarreta riscos e incerteza aos negócios, que podem ser mitigados por uma boa instrumentalização contratual, o que, novamente, trará maior onerosidade para os agentes.
- c) Cumprimento das obrigações assumidas – em um mercado com imenso volume de trocas e alto grau de impessoalidade, a probabilidade de que um dos agentes não cumpra a obrigação assumida é alta. Desta forma, o contrato se apresenta como instrumento hábil para redução dos riscos inerentes aos negócios. O objeto em tela (contrato), é um dos mecanismos de *enforcement*, já que as partes, quando da formalização do negócio jurídico, podem incluir cláusulas que especifiquem multas e onerem a outra parte, de tal forma que esta prefira honrar sua obrigação do que correr o risco de não o fazer. Para

tanto, destaca North (1998), faz-se indispensável um sistema jurídico relativamente imparcial e que se dedique à execução dos contratos.

d) Atitudes ideológicas e percepções – a concepção social e a forma como os agentes percebem o mercado também geram custos. Um exemplo básico desta preocupação, situa-se na grande discussão científica que trata sobre a função social do contrato e o risco de entregar ao Poder Judiciário a resolução e interpretação dos negócios jurídicos. Isto porque um juiz que não seja imparcial, pode aplicar suas ideologias para solucionar um caso, o que gera uma insegurança jurídica no sistema e, portanto, cria um ambiente de elevados custos, dificultando a atração de investimentos e prejudicando o desenvolvimento da sociedade.

No escólio de ALLEN (1997, p. 896)

“transaction costs are the costs of establishing and maintaining property rights. When transaction costs are positive, wealth from exchange is generated both by gains from specialization and reductions in transaction costs, or which amounts to the same thing, the enhancement of property rights. A variety of institutions enhance property rights: the firm, contracts, families, courts, the common law, and the state. All of these institutions have been interpreted as maximizing wealth net of transaction costs.”

Estes custos também existem em face do pressuposto que a NEI admite, qual seja, o reconhecimento incapacidade cognitiva dos agentes, que são racionalmente limitados, desconhecem grande parte das possibilidades existentes no mundo real e agem de forma oportunista. Neste sentido, Bueno (2004, p. 370) pondera que

“o significado de custos de transação é exatamente este: os custos incorridos pelos indivíduos quando, ao deixarem de ser auto-suficientes economicamente, passam a depender dos outros para obter os bens que necessitam” e, “se referem aos riscos contratuais existentes na transação especificada.”

A firma, na visão de Coase (1993), deixa de ser uma função de produção e passa a ser concebida como um complexo de contratos firmados em uma economia onde as relações contratuais e as instituições se revestem de importância fundamental. É por isto que, em seu entendimento, a coleta das informações e a

negociação dos acordos entre os agentes são os elementos que definem os custos de transação.

É a partir deste trabalho que os economistas deixam de ver as transações sendo apenas reguladas pelo mecanismo de preços, incluindo, em sua análise, os “mecanismos lastreados nos contratos”, partindo-se para um tratamento que aproximou do mundo real “o fenômeno que denominamos firma vista como um feixe particular de contratos cuja coordenação reflete as limitações impostas pelo ambiente institucional e os objetivos estratégicos”. (SZTAJN, 2005)

Segundo a lição de SZTAJN (2005, p.), a mitigação dos custos transacionais relativos aos riscos é indispensável ao incentivo ao investimento, bem como à maximização dos negócios através da especialização. Para ela,

“vistas como um conjunto de contratos, as firmas representam arranjos institucionais desenhados de modo a coordenar (governar) as transações que concretizam as promessas definidas em conjunto pelos agentes. Assim, são consideradas arranjos contratuais aqueles internos às firmas que definem as relações entre agentes especializados na produção, bem como os arranjos externos às firmas que regulam as transações entre firmas independentes, podendo ser estendidos para as transações entre o Estado e o setor privado (regulação)”.

Acrescenta ainda, SZTAJN (2005), que a forma dos contratos ou a escolha dos seus termos é uma função do sistema legal, da coercibilidade do Judiciário e dos “mecanismos privados de salvaguardas para os agentes envolvidos com os contratos”.

Para North (1990, p. 253) “contracts contain the provisions specific to particular agreement in exchange”. Em sua lição, afirma que

“the increasing complexity of societies would naturally raise the rate of return to the formalization of constraints (which became possible with the development of writing), and technological change tended to lower measurement costs and encourage precise, standardized weights and measures. The creation of formal legal systems to handle more complex disputes entails formal rules; hierarchies that evolve with more complex organization entail formal structures to specify principal/agent relationships”

Em relação às influências sofridas, tanto pelo direito de propriedade, quanto pelos contratos, aponta que estes são especificados e *enforced* (se fazem cumprir) através da tomada de decisões políticas, havendo, igualmente uma influência econômica na estrutura política. Ou seja, a regra descende da política aos direitos de propriedade e ao contrato. Este último, reflete a estrutura de estímulos e desestímulos ligada à estrutura dos direitos de propriedades (e suas características de *enforcement*). (NORTH, 1990)

Antigamente o contrato era tido como algo simples, completo e claro, que se referia a uma troca de produto unidimensional em um único momento. Todavia, com a evolução do sistema econômico, o contrato passa a ser multidimensional (que se referem as características físicas e dos direitos de propriedade como troca) e se prolonga no tempo, sendo necessário que as partes enunciem e prevejam muitas disposições, mesmo assim, sendo o contrato tido como incompleto. Isto faz com que as partes prefiram designar a um terceiro ou ao Poder Judiciário a resolução das lides que surgirem ao longo do pacto contratual. (NORTH, 1990)

North (1990) destaca, ainda, que os contratos fornecem uma estrutura explícita da qual derivam as evidências empíricas sobre as formas das organizações (sendo a fonte da base empírica dos testes de hipótese a seu respeito). Também informam indícios da maneira pela qual as partes de uma troca irão estruturar formas mais complexas de organização. Esta é a razão pela qual os contratos assumem as mais variadas formas, facilitando os negócios, inclusive naquelas formas mais complexas que ocorrem de forma simples e contínua no mercado para uma verticalização integrada. (NORTH, 1990)

Mais recentemente, o estudo de BARZEL (1992, p. 26) aponta que

“The study of contracts inevitably reveals the nature of various costs of transacting - for instance, the costs of finding exchange partners and the costs of contract stipulations. More importantly, the study reveals what lawyers have been well aware of - that transactions have numerous attributes and that it is too expensive to cover every conceivable eventuality in even the simplest transaction”

Como anteriormente foi destacado, o contrato pode ser escrito com características de execução (*enforcement*) de troca em mente, mas, devido ao alto custo de mensuração das informações dos agentes, ele se torna incompleto, motivo pelo qual as restrições informais apresentam um papel importante no negócio, já que

é delas que emana a idéia de reputação na sociedade (há uma forte aceitação das normas de conduta, já que o comportamento dos agentes é de fácil observação), assim como as convenções que surgem das interações repetitivas. (North, 1990)

O negócio de arranjo complexo se manifesta através de um contrato formal, “que é carregado de salvaguardas e provisões para eventos futuros que possam afetar o comprometimento das partes com os termos inicialmente acordados”. O tardio interesse econômico pela análise dos arranjos contratuais é explicado pela visão da Teoria Econômica da época e seus pressupostos, que aceitam um agente com capacidade cognitiva ilimitada, que atuava em um mercado no qual dominava todas as informações necessárias, que eram apreendidas sem custos. Além disso, tinham a utilização do sistema Judiciário à custo zero. Neste contexto, onde não há custos “em se transacionar é pouco relevante discutir o modo de que uma transação é feita, ou seja, qual é o desenho dos contratos para cada transação”. (AZEVEDO, 2005, p. 113)

Neste contexto é que a ciência Econômica, a partir dos anos 60, começa a incorporar os elementos que caracterizam os custos de uma transação, a exemplo da assimetria de informações, que influi na forma do contrato, que passa a ser visto como uma determinante da economia. Por isto que

“a informação assimétrica pode resultar na não efetivação de relações econômicas socialmente desejáveis (seleção adversa) ou em práticas indesejáveis, em desacordo com os termos negociados pelas partes (risco moral). Em outras palavras, contratar é uma atividade custosa e, portanto, o modo de se proceder a contratação é relevante para atenuar esses custos, com efeitos diretos sobre o desempenho econômico. Paralelamente, as análises que tomaram como fundamento que as pessoas têm limites cognitivos e que o uso do Judiciário na é instantâneo e sem custos mostraram que o desenho dos contratos era um dos principais fundamento do custo das interações humanas e, portanto, das possibilidades de desenvolvimento econômico e do desempenho das empresas. Os contratos conquistaram, então, um espaço de destaque na Economia”. (WILLIAMSON, 1994, p. 113)

Na visão de WILLIAMSON (1994), “harmonizing the contractual interface that joins the parties, thereby to effect adaptability and promote continuity, becomes the source of real economic value”, destacando que a Nova Economia Institucional se situa em uma abordagem da eficiência do contrato. Ela distingue entre as abordagens onde são enfatizados os alinhamentos de incentivo (a exemplo dos

estudos de verticalização) e aqueles que caracterizam economias do custos de transação, já que a primeira está focada na análise *ex ante* dos contratos. Ressalta que os contratos podem ser descritos como (1) de planejamento, (2) de promessa, (3) de concorrência e, (4) de governança (ou de ordenação privada). Para saber em qual destas descrições ele irá se enquadrar necessária a indagação sobre a dependência do pressuposto de comportamento a que pertence à troca e os atributos econômicos do bem ou serviço em questão.

Em um mercado encontramos a racionalidade limitada, o oportunismo e a especificidade de ativos unidos. Em razão da presença da racionalidade limitada, o planejamento passa a ser visto como necessariamente incompleto, podendo-se afirmar que, mesmo os contratos que apresentam alto grau de complexibilidade são necessariamente incompletos, já que é humanamente impossível prever todas as possibilidades de ações das partes envolvidas. Com o oportunismo, temos a quebra da previsibilidade - todo contrato implica riscos, motivo pelo qual a confiança entre os contratantes não pode apenas se basilar nela, necessário que o agente seja cômico da existência e da possibilidade dos riscos decorrentes do oportunismo das partes. Por causa da especificidade dos ativos a identidade das partes passa a ter relevância. Desta forma, para salvaguardar as transações contra o oportunismo e economizar a racionalidade limitada, pode-se criar valor adicionado através da criação de diferentes formas organizacionais. Nas palavras de WILLIAMSON (1994, p. 77):

“this is the world of governance. Since the efficacy of court ordering is problematic, contract execution falls heavily on the institutions of private ordering. This is the world with which transaction cost economics is concerned. The organizational imperative that emerges in such circumstances is this: organize transaction so as to economize on bounded rationality while simultaneously safeguarding them against the hazards of opportunism. Such a statement supports a different and larger conception of the economic problem than does the imperative ‘maximize profits!’”.

A racionalidade limitada (incapacidade de prever todas as possibilidades e de deter todas as informações necessárias para eliminação dos riscos) e oportunismo (ação do agente que é voltada para seu interesse próprio, de forma maliciosa e na intenção de tirar proveito, enganando, confundindo ou ludibriando a outra parte) são

dois pressupostos comportamentais atribuídos ao agente econômico, já que ele é incapaz de prever e de fixar medidas corretivas para os eventos ou condutas futuras relacionadas à determinada transação. Portanto, os custos de transação existem quando houver a presença destes dois pressupostos. A fonte do valor econômico real se volta para a harmonização da relação contratual que une as partes com intuito de adaptar e promover a sua continuidade, sendo, por isso, de extrema relevância o arranjo contratual. (WILLIAMSON, 1985)

Corroborando com esta tese a abordagem de PINHEIRO (2005, p. 137) já que para ele

“os contratos existem para comunicar a expectativa das condições de cumprimentos e objetivos das partes por um período de tempo. Regras formais nem sempre podem controlar as relações humanas; daí a importância de certos tipos de mecanismos que operam fora do contrato e exigem, como já se afirmou, negociação. Para que os mercados funcionem adequadamente, e considerando que o contrato pode ser afetado por riscos imprevisíveis na data de sua assinatura, o Estado de direito prevê mecanismos de solução de disputas ou controvérsias – como o Poder Judiciário. Em face das regras estabelecidas, desenham-se contratos cuja função é criar mecanismos de salvaguarda para as partes se algo no futuro não resultar conforme o planejado. A arbitragem também desponta como eficiente meio de solução de controvérsia nos contratos incompletos.”

A empresa pode adquirir os direitos legais de todas as partes e o reordenamento das atividades não se realizaria sobre um reordenamento dos direitos mediante um contrato, senão como resultado de uma decisão a nível administrativo sobre a forma que se deve usar estes direitos. (COASE, 1960)

Resta claro que foi através do trabalho pioneiro de Ronald Coase que a ciência Econômica voltou sua lente de análise para os contratos, desenvolvendo novos pressupostos, já que esta nova abordagem vê que as transações econômicas não são apenas reguladas pelo sistema de preço, sofrendo influência direta da forma contratual e mais, passando a conceber firma como um conjunto de contratos. Neste sentido destaca AZEVEDO (2006, p. 5)

“na literatura econômica, o marco divisório temporal do tratamento de relações contratuais (estruturas de governança) foi inspirado pela Teoria de Contratos Relacionais, datando da metade da década de 1980, quando Williamson publica seu livro *The Economic Institutions of Capitalism* (1985). Esse livro – apoiado nas contribuições seminais de Coase, Arrow, Simon e de Macneil – apresentou um caminho consistente para o tratamento de arranjos contratuais, a denominada

Economia dos Custos de Transação, que rompia com a abordagem predominante até então, sobretudo aquela apresentada pela literatura ortodoxa de Organização Industrial”.

SÍNTESE DO CAPÍTULO

Para GOMES (2008, p. 8) “a vida econômica desdobra-se através de imensa rede dos contratos que a ordem jurídica oferece aos sujeitos de direito para que regulem com segurança seus interesses”. Por esta razão afirma que a função econômica é inerente a todo e qualquer contrato, decorrendo dela a sua *causa*, enumerando as seguintes funções: a) de colaboração, b) prevenção de risco, c) promoção e circulação da riqueza, d) de prevenção e redução de controvérsias, f) concessão de crédito e g) de constituição de direitos reais de gozo ou de garantia. Em suma, o contrato é o responsável para que se desenrole a vida econômica. Destaca, ainda, que “tamanho é a importância dos contratos como *fato econômico*, que sua disciplina jurídica constitui a estereotipação do regime a que se subordina a economia de qualquer comunidade”.

Esta é a razão pelo atual reconhecimento da função social e econômica dos contratos, já que, nas palavras deste ilustre jurista

“o Direito intervém, tutelando determinado contrato, devida à sua função econômico-social. Em consequência, os contratos que regulam interesses sem utilidade social, fúteis ou improdutivos, não merecem proteção jurídica. Merecem-na apenas os que têm função econômico-social reconhecidamente útil.” (GOMES, 2008, p. 59)

Há quem afirme (XAVIER, 2006) que o contrato desde sua origem, apresenta-se com uma função econômica, tanto para o indivíduo, como para a sociedade como um todo. Neste sentido é que pode-se dizer que na “concepção pós-moderna do Direito” a função econômica do contrato volta a ter relevância, já que se

“passa a admitir a sua finalidade de instrumento de redistribuição. Em especial, no plano dos contratos, esses efeitos econômicos distributivos vêm à tona (...)No contexto atual, o contrato assume o papel de mecanismo propulsor da ordem econômica, representando um instrumento de concretização dos princípios que lhe servem de fundamento. é por meio do contrato que a ordem econômica se manifesta, devendo este, portanto, expressar os valores constitucionais que orientam a estrutura econômica” (XAVIER, 2006, p. 152)

Em suma, PINHEIRO (2005) consegue integrar a visão de ambas as ciências, ora abordadas, ao colocar que “o contrato é a promessa institucionalizada pelo sistema jurídico, sujeita que está à coerção, mas que é, sobretudo, estabelecida por mecanismos de incentivos econômicos”.

A verdade incontestável é que tanto a ciência Jurídica, quando a Econômica, reconhecem a sua interdependência quando se fala em contrato. Nas palavras de THEODORO JUNIOR (2005, p. 13) “o contrato sem função econômica simplesmente não é contrato”.

Conforme aponta GAGLIANO (2008, p. 18) “nos dias que correm, em que a massificação das relações contratuais subverteu radicalmente a balança econômica do contrato, a avença não é mais pactuada sempre entre iguais”.

O desenvolvimento e aprimoramento das formas de interação negocial, apontam para necessidade que os agentes (que atuam no mercado) têm de aprimorar a forma pela qual realizam suas trocas. Sendo o principal mecanismo de troca o contrato, imperioso que se dê atenção científica à sua análise, conhecendo, entendendo e percebendo as maneiras pelas quais ele se manifesta, gere e executa as suas tarefas.

Para tanto, faz-se necessário um aprofundamento das questões que envolvem as circunstâncias no meio em que é firmado o contrato, abordando os pressupostos de racionalidade limitada, dos riscos morais de seu cumprimento e, da forma pela qual determinada sociedade efetiva e assegura os direitos e deveres assumidos pelos agentes, para então criar mecanismos que desenvolvam, auxiliem, implementem um bom desenvolvimento da sociedade, seja através de leis, políticas ou outras formas de contribuição que se possa abarcar.

CONCLUSÃO

Como conclusão do trabalho, pretende-se retomar brevemente os principais pontos abordados neste estudo. Inicialmente retomaremos as principais contribuições do novo institucionalismo que foram consideradas fundamentais para o desenvolvimento deste trabalho. Após, enfrentamos a relação entre o Direito e a Economia e a sua visão do direito de propriedade e do contrato.

Conforme visto, o (velho) institucionalismo foi tido como fator de propulsão à crítica feita ao pensamento neoclássico e seus pressupostos, especialmente a severa crítica de que o mercado não possui uma única fonte, o sistema de mecanismos de preços. Para tanto, estes expoentes se *apropriam* de conceitos de outras ciências, a exemplo da psicologia, biologia e direito (seja pela teoria evolucionista, comportamental ou pela incorporação de definições técnicas como direito de propriedade e contrato), tentando explicar o sistema econômico através de novas lentes de análise.

O pensamento do velho institucionalismo funda e reconhece a importância das instituições para a Economia, já que elas afetam os fenômenos econômicos e, de que são a personificação das normas e valores coletivos, a exemplo da visão weberiana que desbrava o pensamento que ressalta a importância das condicionantes históricas da sociedade, na qual há uma apropriação e incorporação de referenciais de outras ciências afins, como, por exemplo, a idéia evolutiva darwiniana.

O mesmo ocorre com o desdobramento do institucionalismo denominado de Nova Economia Institucional. O foco inicial do trabalho foi apresentar uma visão geral das idéias desta importante corrente científica. Difundir suas idéias na academia pátria parece de suma importância, já que os preceitos apontados pelos mais diversos desdobramentos do pensamento da NEI, conseguem criar um elo entre as diversas ciências com as quais se relaciona como o exemplo das ciências sociais (em especial da psicologia e do direito).

Esta foi a razão que motivou a apresentação dos principais teóricos que difundiram e assentaram as bases científicas desta corrente. A visão histórica de North, por exemplo, é fundamental para demonstrar a forma como as instituições de uma sociedade importam, não só para a economia, mas também para as mais diversas áreas de atuação do ser humano, já que elas são as responsáveis pela criação de estímulos das mais diversas naturezas, sendo impostas pelo homem para que ele consiga alcançar uma interação pacífica com os demais membros da sociedade.

A visão da NEI volta seu foco principalmente para questão da mitigação dos custos de transação, acarretando em uma minimização das incertezas mediante a internalização das externalidades, gerando benefícios coletivos de comportamento cooperativo ou coordenado, a exemplo das idéias trazidas por Rutherford.

Uma das críticas de North ao pensamento neoclássico é pela inexistência de uma análise de outros fatores relevantes quanto a maximização da riqueza, o que afasta o seu referencial teórico da realidade, enfraquecendo a capacidade explicativa dos modelos neoclássicos sobre o desenvolvimento econômico. Por isso ele sugere a inclusão das mais diversas motivações do indivíduo nas escolhas econômicas, o que é feito com o instrumental microeconômico, utilizando, para tanto, o conceito de custo de transação. É neste ambiente que as instituições atuam, já que são elas as responsáveis pela mitigação dos custos, passando a ter importância em um ambiente onde os custos sejam relevantes.

A outra abordagem da Nova Economia Institucional apresentada, encontra-se nos estudos elaborados por de Ronald Coase e por Oliver Williamson, na denominada teoria da firma, focando-se na entidade que é a responsável pela produção e organização das riquezas na economia, surgindo do simples questionamento feito por Coase, do motivo pelo qual as firmas existem.

São eles que introduzem o estudo sobre a estrutura de governança como noção de firma, já que ela se origina e desenvolve num ambiente de racionalidade limitada e de oportunismo dos indivíduos, onde os custos de transação interferem nas suas escolhas.

O grau de probabilidade de prejuízo que é envolvido em uma transação é o que define o espaço da produção e da sua coordenação, o que ocorre tanto pelos contratos como pela definição de direito de propriedade. Este é o ponto central do estudo da relação entre a Ciência Jurídica e a Econômica, já que para haver uma

aproximação da teoria à realidade fática, é necessário que os conceitos e a forma como estas duas ciências abordam estes institutos estejam relacionadas e adequadas à realidade.

Em relação ao direito de propriedade, podemos dizer que tanto na visão do Direito, quanto da Economia, a sua maior preocupação se assenta na forma como a definição deste direito afeta o comportamento dos agentes. Isto porque segurança, assim como uma boa definição deste instituto mitiga os custos envolvidos nas transações, acarretando uma melhor distribuição e alocação dos fatores existentes no mercado.

A doutrina jurídica é uníssona ao apontar a importância, dentre outras, da função econômica do direito de propriedade, a exemplo das idéias abarcadas por Gagliano, Cooter, Pereira, Fiani, Zylberstjan e Theodoro Júnior.

Em suma, a sua definição em nosso sistema legal pode ser aplicada tanto para bens materiais e imateriais, móveis, imóveis ou semoventes. A definição da literatura econômica se aproxima do conceito jurídico, mas, por vezes, acaba se confundindo com aquilo que na teoria jurídica é denominado de direito subjetivo, ou seja, aquele direito que a pessoa possui, caracterizando-se tanto por um direito real, quanto obrigacional. Ele está relacionado a um direito de ação (que, na Ciência Jurídica, é a forma pela qual a pessoa efetiva o seu direito – é o mecanismo de implementação do direito assegurado que foi ferido).

A importância dos contratos é inquestionável. Diariamente realizamos inúmeras trocas que são regidas por este instituto. Muitas vezes, sequer percebemos que o singelo ato de ingressar no transporte público e pagar pela prestação daquele serviço, nada mais é do que uma relação contratual de prestação de serviço. Mas os contratos não servem apenas para regular atos simplórios – são verdadeiros mecanismos de salvaguarda e de efetivação dos direitos das partes. Além disso, são eles que permitem a organização interna das firmas. São os contratos que mitigam os custos das transações - até mesmo a distribuição de uma ação para que seja apreciada pelo Poder Judiciário apresenta custos que refletem o pagamento pelos serviços jurídicos prestados pelo Estado. Esta é a razão pela qual a Nova Economia Institucional se preocupa tanto com seu estudo.

Não é diferente o que ocorre com a preocupação científica do Direito. Um das teorias mais extensas e complicadas é a que aborda as questões obrigacionais e, por consequência a contratual.

Em relação ao contrato, fica próxima a forma pela qual estas duas ciências o define, interpreta e destaca sua importância. Tanto uma abordagem, quanto a outra, aponta para a indispensabilidade das funções jurídicas e econômicas decorrentes do contrato. Ambas destacam a sua importância e a multivariada forma com que este se apresenta.

Não obstante, o presente estudo pretendeu instigar outros debates que se aprofundem nos mecanismos legais de efetivação das garantias do cumprimento dos contratos e do direito de propriedade dos agentes. Para tanto, encerramos nosso trabalho com o pensamento de ZYLBERSZTAJN (1995, p. 231):

“Perguntas bem feitas são motivadoras dos humores dos investigadores. As respostas definitivas são menos importantes do que o processo aberto pelo questionamento. Esta é a contribuição de Coase e Williamson bem como de Goldberg, tendo sido o presente estudo uma tentativa de explorar as interfaces das contribuições destes autores. Termina com a permanente sensação do investigador, de que a pergunta formulada por Coase continua a incomodar”.

REFERÊNCIAS

BIBLIOGRÁFICAS

AGUILAR FILHO, Hélio Afonso de; SILVA FILHO, Edison Benedito da. *A crítica novo-institucionalista ao pensamento da Cepal: a dimensão institucional e o papel da ideologia no desenvolvimento econômico*. Campinas: Economia e Sociedade, v. 19, n. 2 (39), p. 211-232, ago. 2010.

ALBERT, Carla Estefania; BAGOLIN, Izete Pengo; QUADROS, Marcelo Pereira de. *Aportes da economia institucional e da psicologia: hábitos e costumes na construção da escolha do agente econômico*. Chapecó: cadernos de economia - curso de ciências econômicas - unochapecó. Ano 12, n. 22, jan/jun. 2008

ALLEN, Douglas W. *Property rights, transaction costs and Coase: one more time*. in: MEDEMA, Steven. *Coasean economics: law and economics and the new institutional economics*. Boston: Kluwer Academic Publishers, 1997.

ALMEIDA, Maria Hermínia Tavares de. In: VEBLEN, T. *A teoria da Classe Ociosa*.

ASHER, Cheryl C.; MAHONEY, James M.; MAHONEY, Joseph T. *Towards a Property Rights Foundation for a Stakeholder Theory of the Firm*. Journal of Management and Governance, v. 9, n. 5. 2005.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico – existência, validade e eficácia*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

AZEVEDO, Paulo Furquim. *A Nova Economia Institucional e a Defesa da Concorrência: reintroduzindo a história*. Rio de Janeiro: IE UFRJ, Série Seminários de Pesquisa: 2006.

_____. *Contratos – uma perspectiva econômica*. in: ZYLBERSZTAJN, D. e SZTAJN, R. *et al, Direito e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 112-133.

ANDERSON, Terry L. *Donning Coase-coloured glasses: a property rights view of natural resource economics*. Australian Agricultural and Resource Economics Society Inc. and Blackwell Publishing Ltd 2004

BARROSO, Lucas Abreu. *Direito dos contratos: teoria contratual, contratos em espécie*. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2008.

BARZEL, Yoram; KOCHIN, Levis A. *Ronald Coase on the Nature of Social Cost as a Key to the Problem of the Firm*. The Scandinavian Journal of Economics Vol. 94, No. 1 (Mar., 1992), pp. 19-31

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1976.
_____. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977.

BOBBIO, Norberto *et al.*, *Dicionário de Política*. Tradução de Carmen C. Varialle. 7. ed. v. 2. Brasília: UnB, 1995.

BUENO, Newton Paulo. *Lógica da Ação Coletiva, Instituições e Crescimento Econômico: Uma Resenha Temática sobre a Nova Economia Institucional*. Revista Economia. Brasília, v.5, n. 2, p.362-420. 2004.

_____. *Possíveis contribuições da nova economia institucional à pesquisa em história econômica brasileira: uma releitura das três obras clássicas sobre o período colonial*. Estud. Econ. [online]. 2004, vol.34, n.4, pp. 777-804

BYRNS, R.T.; STONE, G.W. *Microeconomia*. São Paulo: Makron, 1996.

COASE, Ronald. *The new institutional economics*. Nashville: The American Economic Review. 1998 .

_____. *The nature of the firm*. In: WILLIAMSON, O.; WINTER, S. G. (Ed.) *In the nature of the firm origins, evolution, and development*. New York: Oxford University Press, 1993. 256 p.

_____. *The Nature of the Firm*. In: *The firm, the market and the law*. Chicago, London, University of Chicago Press.1988

CONCEIÇÃO, Octavio Augusto Carmargo. *A relação entre processo de crescimento econômico, mudança e instituições na abordagem institucionalista*. Porto Alegre: Ensaios FEE, v. 23, Número Especial, p. 603-620. 2002.

_____. *Os institucionalistas e a constituição de uma teoria econômica das instituições*. Recife: V Encontro de Economistas da Língua Portuguesa, 5 - 7 de novembro de 2003.

COOTER, R.; ULEN, T. *Law and Economics*. Glenview, Scott, Foresman and Company, 1988. In: MUELLER, Bernardo; SZTAJN, R.; ZYLBERSZTAJN, D.

Economia dos direitos de propriedade, in: ZYLBERSZTAJN, D. e SZTAJN, R. *et al*, *Direito e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 84-101.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Romano*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DEMSETZ, Harold. *Toward a Theory of Property Rights*. The American Economic Review, Vol. 57, No. 2, Papers and Proceedings of the Seventy-ninth Annual Meeting of the American Economic Association. (May, 1967), pp. 347-359.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 3º Volume. São Paulo: Saraiva, 23. Ed. 2007.
_____. *Curso de direito civil brasileiro*. V. 4. Ed.Rev. 23. São Paulo: Saraiva. 2008.

FARINA, Elizabeth M. Mercier Q.; AZEVEDO, Paulo; SAES, M. Sylvia M. *Competitividade: Mercado, estado e organizações*. São Paulo: Ed. Singular. 1997.

FEIJÓ, Carmen Aparecida; VALENTE, Elvio. *A firma na teoria econômica e como unidade de investigação estatística: evolução nas conceituações*. Revista de Economia Contemporânea. Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 351-376, 2004.

FIANI, Ronaldo. *Crescimento Econômico e Liberdades: A Economia Política de Douglass North*. Campinas: *Economia e Sociedade*, v. 11, n. 1, p. 45-62, 2002.

FORMAINI, Robert L.; SIEMS, Thomas F. *Ronald Coase The Nature of Firms and Their Costs*. Dallas. Economic Insights, Dallas, v. 8, .n. 3. 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Ricardo Pamplona. *Novo curso de direito civil*, volume IV: contratos, tomo 1 e 2. São Paulo: Saraiva, 4 ed. ver. e atual, 2008.

GIORDANI, José Acir Lessa. *Curso básico de direito civil: contratos*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008.

GOMES, Orlando; VARELA, Antunes. *Direito econômico*. São Paulo: Saraiva, 1977..
São Paulo: Saraiva, 1977.
_____. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 26 ed.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Direito das coisas*. São Paulo: Saraiva. 5 ed. 2010.

GRANOVETTER, M. Business Groups. In: SMELSER, Neil J.; SWEDBERG, Richard. *The handbook of economic sociology*. New York: Princeton University Press. 1994

IEZAK, Graça Maria Vassão; MIRANDA, Elizeu de Oliveira. *A revisão contratual no código civil de 2002 e a teoria da imprevisão*. Revista Científica da FAJAR, v.1, n.8, p. 210-237, jan./jun., 2009

KERSTENETZKY, J. *Firmas e mercados: uma análise histórico-institucional do problema da coordenação*. Tese (Doutorado) – Departamento de Economia, UFRJ, Rio de Janeiro, 1995

KLEIN, P. G. *New Institutional Economics*. Julho, 1999. In: BOUCKAERT, BOUDEWIJN, DE GEEST & GERRIT (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics , Cheltenham, Edward Elgar, 1094 p. 2000

KIM, Annette M. *A market without the 'right' property rights*. Oxford: The European Bank for Reconstruction and Development. 2004.

LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. *Direito das cousas*. Rio de Janeiro: Ed. J. Ribeiro dos Santos, 1908. v. I e II in: GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Direito das coisas*. São Paulo: Saraiva. 5 ed. 2010.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MAIA, Anna Carolina Resende de Azevedo. *A evolução principiológica dos contratos*. DF: Revista CEJ , v. 8, n. 24, p. 62-66, jan./mar. 2004.

MARQUES, Isabel. *Política Industrial no Contexto Europeu*. Lisboa: Caminho, 2000.

MATTIETO, Leonardo. *O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos*. in *Problemas de direito civil constitucional*. Coord. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MATHIAS, Maria Ligia Coelho; DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. *Direito civil: contratos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2001, v. 5, 11.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1979. V. 4, I

MUELLER, Bernardo; SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio. *Economia dos direitos de propriedade*, in: ZYLBERSZTAJN, D. e SZTAJN, R. *et al, Direito e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 84-101.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil, v. 3: contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno. Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001.

NORTH, Douglass C.. *Custos de transação, instituições e desempenho econômico*. Rio de Janeiro : Instituto Liberal, 1998.

_____. *Structure and Change in Economic History*. New York : WW Norton, 1981.

_____. *Institutions*. *The Journal of Economic Perspectives*, Vol. 5, No. 1. (Winter, 1991), pp. 97-112.

_____. *The New Institutional Economics and Third World Development*. In: HARRISS, J., HUNTER, J. & LEWIS, C. M. *The New Institutional Economics and Third World Development*. London: Routledge, 2004.

_____. *Institutions, Institutional Change, and Economic Performance*. Cambridge University Press, Cambridge, 1990.

OLIVEIRA, Álvaro Borges de. *Uma definição de propriedade*. Fortaleza: Pensar, v. 13, n. 1, , jan./jun. 2008, p. 48-56.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier-Campus, 2005.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas* Rio de Janeiro: tipografia Baptista de Souza, 1922; edições de 1940 e 1943, Rio de Janeiro: Editora e Livraria Freitas Bastos. in: RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Coisas: lei nº. 10.406, de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEREIRA^b, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 12 ed. 2007.

PINTO, José Augusto R. *Sociedade e direito, o equilíbrio vital de opostos. in: GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Ricardo Pamplona. Novo curso de direito civil, volume IV.* São Paulo: Saraiva, 2008.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Coisas: lei nº. 10.406, de 10.01.2002.* Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade.* São Paulo: Companhia das letras, 2000.

SOUZA, Nali de Jesus de. *Curso de economia.* São Paulo: Atlas, 2 ed, 2003.

SIMON, Herbert. *Comportamento administrativo: estudo dos processos decisórios nas organizações administrativas.* Rio de Janeiro: FGV, 1979. In: MEYER, C. A. *Planejamento formal e seus resultados: um estudo de caso.* São Paulo: Caderno de pesquisas em administração, v. 2, n. 5, 2 sem/97.

_____. *Administrative behavior.* New York: Macmillan, 2 ed. 1957 in: WILLIAMSON, Oliver. *The economic analysis of institutions and organisations - in general and with respect to country studies.* Paris: OECD. 1993.

SZTAJAN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio; AZEVEDO, Paulo Furquim. *Economia dos contratos. in: ZYLBERSZTAJN, D. e SZTAJAN, R. et al, Direito e economia.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2005

THEODORO JUNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005

TIGRE. P. B. *Inovação e teorias da firma em três paradigmas.* Rio de Janeiro: revista de economia contemporânea, n. 3, jan-jun. 1998.

TOYOSHIMA, Silvia Harumi. *Instituições e Desenvolvimento Econômico - Uma Análise Crítica das Idéias de Douglass North.* Est. Econ. São Paulo, V. 29, n. 1, P. 95-112, 1999.

VEBLEN, Thorstein. *A teoria da classe ociosa : um estudo econômico das instituições.* 2. ed. São Paulo : Nova Cultural, 1987.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos.* 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1999.

WILLIAMSON, Oliver E., *The Economic Institutions of Capitalism Firms, Markets, Relational Contracting*. New York: Free Press, 1987.

_____. *The Economic Institutions of Capitalism Firms, Markets, Relational Contracting*. New York: Free Press, 1987.

_____. *Por que direito, economia e Organizações?* In *Direito & economia: análise econômica do direito das organizações*. ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2005.

_____. *Strategizing, Economizing, and Economic Organization*. In: RUMELT. R., SCHENDEL, D. e TEECE, D. *Fundamental Issues in Strategy*. Harvard Business School Press, 1994.

_____. *The economic analysis of institutions and organisations - in general and with respect to country studies*. Paris: OECD. 1993.

_____. *Transaction cost economics: how it works, where it is headed*. *De Economist*, 146, n. 1, 1998

XAVIER, José Tadeu Neves. *A nova dimensão dos contratos no caminho da pós-modernidade*. Tese de doutorado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 2006

ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Direito & economia : análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro : Elsevier, 2005.

_____. *Estruturas de governança e coordenação do agrobusiness: uma aplicação da nova economia das instituições*. Tese apresentada ao Departamento de Administração da USP para obtenção do Título de Livre Docente. São Paulo – SP, 1995.

VIRTUAIS

ALLEN, Douglas W. *Transaction costs*. 1999. Disponível em <<http://www.sfu.ca/~allen/allentransactioncost.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2010.

BAGOLIN, Izete Pengo; ALBERT, Carla Estefania; VIEIRA, Cilane da Rosa. *Crescimento e desenvolvimento econômico do Brasil: uma análise comparativa da desigualdade de renda per capita dos níveis educacionais*. Disponível em <http://www3.pucrs.br/pucrs/ppgfiles/files/faceppg/ppge/texto_3.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2010.

BARZEL, Yoram. *Economic Analysis of Property Rights*. Cambridge University Press, 2003. Livro eletrônico, disponível em <http://books.google.com.br/books?id=UlfxgF4qqAwC&printsec=frontcover&dq=yoram+barzel+Economic+Analysis+of+Property+Rights&source=bl&ots=JD9YjHvjzy&sig=0Uwl5iNQ4w7XXE4dMj5v_zVgnQg&hl=pt-br&ei=aLp7Te3cNYz1gAemy9jVBw&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=2&ved=0CB4Q6AEwAQ#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 11 nov. 2010.

BUENO, Newton Paulo. *A Revolução de 1930: uma sugestão de interpretação baseada na Nova Economia Institucional*. Estud. Econ. [online]. 2007, vol.37, n.2, pp. 435-455. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ee/v37n2/08.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2010.

COASE. *El problema del costo social*. The Journal of Law and Economics. 1960. Disponível em <http://www.cepchile.cl/cgi-dms/procesa.pl?plantilla=%2fdmsdoc%2ehtml&id_doc=1363&id_archivo=632&download=1>. Acesso em: 23 out. 2010.

CONCEIÇÃO, Ronald Jesus da; COSTA, Armando João Dalla. *Custos de transação e estruturas organizacionais: Um estudo de caso para o setor petrolífero*. XIII SIMPEP - Bauru, SP, Brasil, 2006. Disponível em <http://www.simpep.feb.unesp.br/anais/anais_13/artigos/508.pdf>. Acesso em: 23 out. 2010.

NORTH, Douglass. *The new institutional economics and development*. Disponível em <<http://qed.econ.queensu.ca/pub/faculty/lloyd-ellis/econ835/readings/north.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2010.

RUTHERFORD, Malcolm. *Institutional Economics: then and now*. Journal of Economic Perspectives. V. 15, n. 3, summer 2001. p. 173-194 disponível em

<<http://www.econ.units.it/download/pub/TEORIA%20DELLE%20ISTITUZIONI%20I%20-%20BUSANA/corso%202008-2009/letture/Rutherford%20Institutional%20economics%20then%20and%20now.pdf>>. Accesso em: 11 nov. 2010.