

**ANÁLISE DA RACIONALIDADE ECONÔMICA E JURÍDICA DA
PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA E DO SEU REGISTRO**

São Paulo

2023

RUY VERIDIANO PATU REBELLO-PINHO

**ANÁLISE DA RACIONALIDADE ECONÔMICA E JURÍDICA DA
PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA E SEU REGISTRO**

Dissertação apresentada à Universidade Presbiteriana
Mackenzie para obtenção do Diploma de Mestre
Profissional em Economia e Mercados.

Orientadora: Profa. Dra. Roberta Muramatsu

São Paulo

2023

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da Mackenzie
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

R291a	<p>Rebello - Pinho, Ruy Veridiano Patu.</p> <p>Análise da Racionalidade Econômica e Jurídica da Propriedade Imobiliária e seu Registro : [recurso eletrônico] / Ruy Veridiano patu Rebello - Pinho. 1300 KB ; il.</p> <p>Dissertação (Mestrado Profissional em Economia e Mercados) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2023. Orientador(a): Prof(a). Dr(a). Roberta Muramatsu. Referências Bibliográficas: f. 112-126.</p> <p>1. Propriedade. 2. Registro. 3. Registro De Imóveis. 4. Garantias. 5. Law And Economics. I. Muramatsu, Roberta, <i>orientador(a)</i>. II. Título.</p>
-------	---

Bibliotecário(a) Responsável: Jaqueline Bay Inácio Duarte - CRB 8/9509

RUY VERIDIANO PATU REBELLO PINHO

ANÁLISE DA RACIONALIDADE ECONÔMICA E JURÍDICA DA
PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA E DO SEU REGISTRO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Economia e Mercados da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial à obtenção de título de Mestre em Economia.

Aprovado em 13 de fevereiro de 2023.

BANCA EXAMINADORA



Profa. Dra. Roberta Muramatsu
Universidade Presbiteriana Mackenzie



Prof. Dr. Paulo Rogério Scarano
Universidade Presbiteriana Mackenzie



Prof. Dr. Fabio Barbieri
Universidade de São Paulo (USP)

Para Renata, Gabriel, David e Dora, com amor.

AGRADECIMENTOS

À minha orientadora Professora Doutora Roberta Muramatsu por todos os *nudges*, livros, *papers* e observações. Diversos caminhos de pesquisa se abriram após conhecer sua disciplina e sua orientação *sniper*.

Aos Professores Fábio Barbieri e Paulo Scarano, pelos comentários nas bancas que em muito colaboraram com o desenvolvimento deste trabalho.

Ao meu querido Professor José Predebon, que me apresentou os *deslimites* e a teoria das aberturas.

Aos companheiros do mestrado pela parceria em nossos trabalhos em grupo: nada disso teria sido possível sem vocês.

À Alba, Meika e Uzume, pela companhia.

E ao Mateus Bonetto Pacini, sempre esteve com o extintor de incêndio na mão.

RESUMO

Este trabalho apresenta duas racionalidades distintas, que fundamentam disciplinas diferentes, a Economia e o Direito, para melhor compreender a propriedade imobiliária e o seu registro. Através de uma pesquisa bibliográfica, se realiza uma análise que combina as racionalidades jurídica e econômica a fim de expandir a compreensão das vantagens e desvantagens dos modelos de registro imobiliário no mundo contemporâneo e quais suas consequências. É apresentada pela ótica do Direito e da Economia, a partir do espaço de encontro dessas disciplinas que é a Análise Econômica do Direito ou *Law and Economics*, a evolução histórica do conceito de propriedade e dos modelos de registro imobiliário, conhecidos como “Registro de Direitos”, em que uma autoridade jurídica realiza a depuração dos direitos para determinar e dar conhecimento geral de quem é proprietário e qual é a propriedade, e como “Registro de Títulos”, em que esse trabalho jurídico prévio não existe. O trabalho conclui que os Registros de Direitos são mais eficientes que os Registros de Títulos.

Palavras-chave: Propriedade, Registro, Registro de Imóveis, Garantias, *Law and Economics*.

ABSTRACT

This work presents two distinct rationales, which underlie different disciplines, Economics and Law, to better understand real estate property and its registration. Through a bibliographical research, an analysis is carried out that combines legal and economic rationales in order to expand the understanding of the advantages and disadvantages of real estate registration models in the contemporary world and what their consequences are. It is presented from the perspective of Law and Economics, the meeting space of these disciplines, the historical evolution of the concept of property and models of real estate registration, known as “Registries of Rights”, in which a legal authority performs the clearance of rights to determine and give general knowledge of who owns and what the property is, and as “Registries of Titles”, in which this prior legal work does not exist. The work concludes that “Registries of Rights” (Deed System), are more efficient than “Registries of Titles” (Title System).

Keywords: Property, Registration, Land Registry, Real Estate, Law and Economics.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1: Crédito Imobiliário/PIB (2004).....	16
Figura 2: Crédito Imobiliário/PIB (2014-2022).....	17
Figura 3: Carteira Hipotecária Espanhola //PIB (2004).....	18
Figura 4: Relação entre Registro Imobiliário e Crescimento Econômico.....	69

*To enter the lists with Goliath has always been a fearful undertaking;
but in this instance, as of old, he who is called to take the part of David
enters the combat with a stout heart, no relying upon his own ability
but upon the excellence of his cause.*

(Eugene Carter Massie)

*Make believe I'm everywhere, hidden in the lines
Written on the pages is the answer to a Never Ending Story
Never Ending Story*

(Giorgio Moroder & Keith Forsey)

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	12
2. O ENCONTRO DA ECONOMIA COM O DIREITO	22
2.1. O caminho interdisciplinar	22
2.2. Análise Econômica do Direito.....	27
2.2.1. Breve História da Análise Econômica do Direito	27
2.2.2. Análise Econômica do Direito e a <i>Common Law</i>	31
2.3. Conceitos Fundamentais da Análise Econômica do Direito	36
2.3.1.1. Escassez	37
2.3.1.2. Agente Racional, Custos e Incentivos.....	38
3. A PROPRIEDADE NA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	41
3.1. Propriedade e Crescimento Econômico	41
3.1.2. Custos de Transação e Instituições	43
3.1.3. Custos de Transação e <i>Public Choice</i>	48
3.2. Breve História da Propriedade	52
3.3. Estrutura do Direito de Propriedade.....	58
3.3.1. Direito de Uso e de Exclusão	60
3.3.2. Proibição de Direitos Equivalentes Contraditórios.....	62
3.3.3. Direitos <i>Numerus Clausus</i> e Custos de Informação.....	64
3.3.4. Consentimento do Titular do Direito.....	65
4. O REGISTRO DE IMÓVEIS NA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	68
4.1. Modelos de Registro de Imóveis	70
4.1.1. Modelo do Registro de Títulos	74
4.1.2. Modelo do Registro de Direitos.....	77
4.2. Breve História do Registro de Imóveis	81
4.2.1. Breve História do Registro de Imóveis no Mundo.....	82
4.2.2. Breve História do Registro de Imóveis no Brasil.....	88
4.3. <i>Trade-Off</i> entre os Modelos	93
4.3.1. Fortalecimento da definição do direito de propriedade	94
4.3.2. Fortalecimento do exercício do direito de propriedade	97
4.3.3. Redução do custo de exercitar o direito de propriedade.....	99
4.3.4. Internalização das Externalidades da Propriedade	105
5. CONCLUSÃO.....	108
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	112

1. INTRODUÇÃO

A propriedade é a base jurídico-econômica da civilização em que vivemos, como concordam perspectivas tão diversas quanto as de Karl Marx e Friedrich Hayek (HAYEK, 2003, p. 54,107-108; MARX, 2010, p. 105)¹.

Seres humanos *merecem*² e *necessitam*³ da propriedade, pois é o fruto de seus esforços físicos ou intelectuais, próprios, de seus antepassados ou da sociedade em que vivem (BECKER, 1993; FACCHIN, 2001; AFORI, 2004; CULLET, 2007, JONES, 2013)

O fortalecimento da propriedade permite ampliar tanto a liberdade individual como o crescimento de uma sociedade humana que encoraja uma justa e eficiente distribuição de oportunidades econômicas (TORSTENSSON, 1994; GOLDMITH, 1995; DE SOTO, 200; ACEMOLGLU et al., 2002; MOURA et ali, 2009).

Neste trabalho, o foco está na propriedade sobre bens imóveis⁴, dada a sua importância relativa para se ter *instituições de proteção da propriedade mais desenvolvidas* (ARRUÑADA, 2004).

A propriedade imobiliária é importante especialmente nos países em desenvolvimento, correspondendo de 45% a 75% da riqueza existente. Na agricultura, a

¹ Mesmo no pensamento marxista, a superação do capitalismo pelo comunismo dependeria da superação da propriedade, com o risco de ser implementado um “comunismo rude” no lugar de um “comunismo verdadeiro”, ou seja, um retorno à simplicidade sem conseguir superar a propriedade (MARX, 2010, p. 105).

² Para John Locke, um fundamento da propriedade é que toda pessoa tem direito sobre si mesma e, por conseguinte, sobre os frutos de seu trabalho. Já para Georg Hegel, a propriedade é necessária para o desenvolvimento da liberdade, para a autonomia e o autodesenvolvimento humano (BECKER, 1993b; AFORI, 2004; CULLET, 2007).

³ O direito à subsistência é um direito humano (JONES, 2013). Há diversas limitações jurídicas que impedem a perda da propriedade de bens necessários à subsistência da pessoa e de sua família. No Brasil, podemos citar a nulidade da doação de todos os bens (artigo 584 do Código Civil), a impenhorabilidade do bem de família (Lei 8.009/90) e a Teoria do Patrimônio Mínimo, desenvolvida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Edson Facchin (FACCHIN, 2001).

⁴ O imóvel é o local territorial em que os homens vivem, portanto além de *urbs*, estrutura física, é *polis*, comunidade ou conjunto de pessoas que dão vida a um lugar (DIP, 2012).

propriedade imobiliária é o mais importante fator de produção. Especialmente nas pequenas e médias empresas, é o segundo centro de custo depois do trabalho. Para as famílias pobres, é o maior veículo de poupança e o maior item de gastos. O crédito imobiliário é a principal modalidade de crédito à pessoa física do mundo e ocupa posição central no processo de desenvolvimento econômico (GALAL, RAZZAZ, 2001; CASTELO, 2007; VIANA, 2007).

A propriedade imobiliária, por seu valor, pela qualidade de meio de produção, ou por alavancar investimentos ao servir de garantia ao crédito, tem sido imprescindível para o desenvolvimento econômico ao longo da história.

Nos últimos quatro mil anos, todas as civilizações que prosperaram tiveram como base a propriedade privada imobiliária, além de um sistema de registro de direitos sobre imóveis⁵. No contexto da propriedade imobiliária, as questões institucionais⁶ do século XXI seguem as mesmas que as da Grécia Antiga, da Mesopotâmia de Hamurabi ou da Idade Média: segurança jurídica para proprietários e credores, de modo que a sociedade e as famílias possam se beneficiar do crescimento econômico (POZO, 1994; ARRUÑADA, 2003, MONTES, 2005; LAGO, 2008; BOUCKAERT, 2010; BRANDELLI, 2015).

Como o juiz de Direito Richard Posner reconhece, o problema de transferir direitos de propriedade (ou dá-los em garantia⁷ ao crédito, evidentemente), faz parte de um problema maior que é decidir *quem tem a propriedade* e “um sistema de registros será de grande ajuda” (POSNER, 2014, p. 80). Afinal, se um direito de propriedade não pode ser confirmado de modo sumário, esse direito nada vale, ou vale muito pouco, pois o seu exercício é muito custoso (GONZÁLEZ, 2012).

Para lidar com os problemas de informação e definição da titularidade da propriedade imobiliária ou dos direitos de garantia sobre ela, os governos estabelecem mecanismos institucionais de registro de transferências de direitos, além da constituição

⁵ Esse trabalho possui uma seção denominada “Breve História do Registro de Imóveis” para demonstrar esse fato.

⁶ Como salienta Douglass North, criar instituições que alteram os custos e os benefícios em favor de cooperação em trocas impessoais envolvem um processo complexo, pois requerem a preexistência de *apropriadas instituições políticas* (NORTH, 1994).

⁷ A tarefa de fazer valer uma garantia sobre a propriedade imobiliária que beneficia o credor tem a vantagem de o bem imóvel ser duradouro e pouco deteriorável. Este baixo custo de *enforcement* da garantia é revelado pelo uso desta em operações de aquisição imobiliária, incorporação imobiliária ou mesmo em garantia de dívidas em geral (ARRUÑADA, 2004).

de garantias reais, como a hipoteca ou a alienação fiduciária. Sem essas instituições, a propriedade é *capital morto*, em razão dos enormes custos de transação para assegurar quem é o proprietário, estabelecer contratos de transferência do direito ou de este servir como garantia para operações de crédito. Quando as transações de propriedade e de suas garantias são inscritas em um registro público, esses direitos passam a ser *certos e confiáveis*, ocorrendo a redução dos custos de transação subjacentes. Como efeito da formalização da propriedade, aumenta o valor do bem, o acesso ao crédito, o investimento em habitação e renda, a felicidade, e, até mesmo, reduz-se o trabalho infantil (DE SOTO, 2000; GALAL, RAZZAZ, 2001; MOURA *et al.*, 2009; MOURA, 2013, VELENCOSO, 2013)⁸.

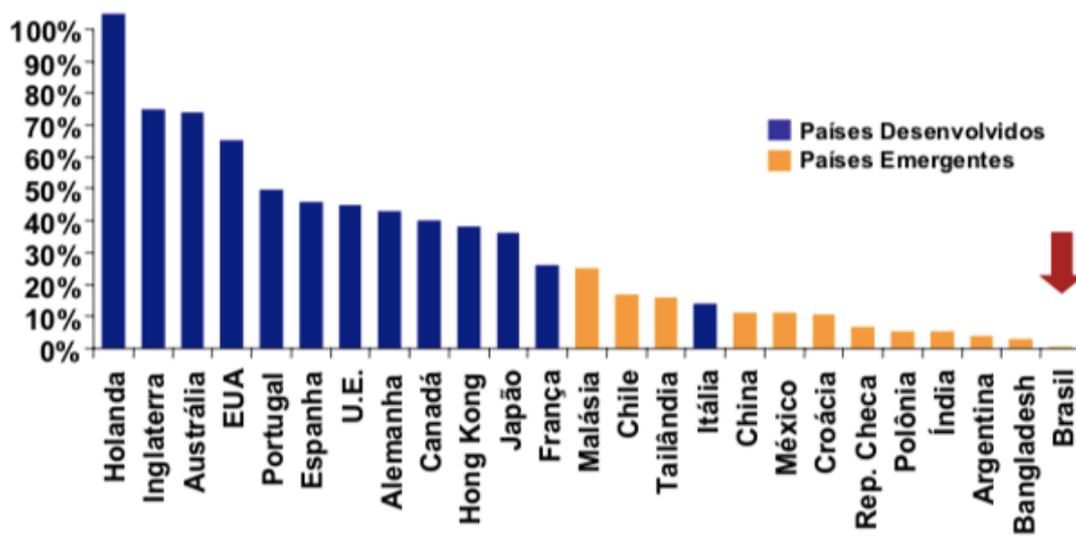
Essa complexidade se deve à sua função fundamental no desenvolvimento econômico, ao servir como garantia ao crédito, ao reduzir os custos de transação da atividade creditícia e a viabilizando em grande escala (ARRUÑADA, 2004). Por outro lado, mesmo que superados os efeitos econômicos deletérios da informalidade fundiária e do capital morto, os registros de propriedade imobiliária envolvem procedimentos burocráticos com evidentes custos de transação. Se o modelo de registro for eficiente, levará à melhor utilização dos recursos, aumentando o acesso público ao crédito imobiliário pela facilidade de utilizar a propriedade como garantia em operações de crédito, a grande alavanca da economia contemporânea. (GALAL, RAZZAZ, 2001; STANLEY *et al.*, 2011; GONZÁLEZ, 2012).

No Brasil, o mercado de crédito imobiliário passou por um grande crescimento, passando de 1,5% para quase 10% do PIB entre 2003 e 2018, com 99,3% das operações viabilizadas por garantias imobiliárias, predominantemente a alienação fiduciária, que funciona com três modelos: o Sistema Financeiro de Habitação – SFH, o Sistema Financeiro Imobiliário – SFI e o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social (CASTELO *et al.*, 2007; MORA, 2015; FURTADO, FIORAVENTE, 2017; JARDIM, LORRANY, 2020)⁹.

⁸ A regularização fundiária, ou o registro de propriedades informais, reduziu o trabalho infantil em oito horas semanais na Comunidade do Caju, no Rio de Janeiro, além de gerar uma relação positiva entre registro e felicidade (MOURA *et al.*, 2009; MOURA, 2013).

⁹ “O financiamento imobiliário no Brasil remonta à criação do Banco Nacional de Habitação (BNH), em 1964. Esse fomento inicial perde força nas décadas de 1980 e 1990, e é retomado gradualmente, em formato distinto, a partir dos anos 2000. Esse recomeço é fundado na criação do SFI, em 1997, bem como na recuperação orçamentária que dá suporte ao SFH, a partir de

Figura 1: Crédito Imobiliário/PIB (2004)



Fonte: © Carlos Viana – Banco Central do Brasil, 2007

É recorrente o argumento de que o crédito imobiliário em relação ao PIB no Brasil é bem inferior ao dos outros países, o que demonstraria, para alguns, uma necessidade de reforma institucional para fomentar esse instrumento como mola propulsora do desenvolvimento em geral, para realizar a política social de habitação e zerar o déficit habitacional brasileiro (CASTELO *et al.*, 2007)¹⁰.

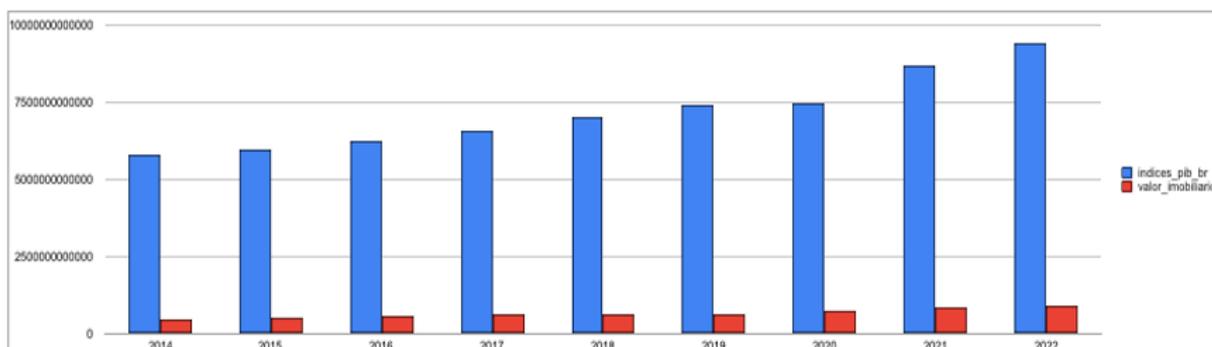
De acordo com dados do Banco Central do Brasil, de 2014 a 2022, a relação Crédito Imobiliário / PIB permanece próxima a 10%.

2003. O SFI é um programa de securitização de crédito que capta recursos no mercado de títulos a taxas livremente negociáveis, por meio de certificados, letras e cédulas. O SFI não tem restrição de atendimento e cobre empreendimentos residenciais ou comerciais. Em contraste, o SFH é lastreado em fundos específicos do governo, financia apenas imóveis residenciais e opera com taxas reguladas” (FURTADO, FIORAVENTE, 2017).

¹⁰ Como exemplo, o PL-4188 de 2021 apresentado pelo governo Bolsonaro é justificado nestes termos: “Cabe destacar que reduzir a subutilização das garantias do país tem urgência, tendo em vista que períodos pós-crise se destacam pela falta de lastro para operações de crédito ao sistema produtivo, o que tende a impactar negativamente a possibilidade de retomada econômica”. Da mesma forma, Carlos Viana propõe redução de prazos e custos para o Registro de Imóveis, bem como uma agência central de garantias, sem levar em conta as diferenças dos modelos de registro, do funcionamento dos direitos de propriedade nos países referência ou dos custos envolvidos com sua proposta. O modelo espanhol, citado como exemplo, é um registro de direitos tal qual o registro de imóveis brasileiro (VIANA, 2007).

Figura 2: Crédito Imobiliário/PIB (2014-2022)

ano	indices_pib_br	indices_imobiliario_pib_br	valor_imobiliario
2014	5778953000464	0,0836	483.120.470.838,7900
2015	5995786999867	0,0928	556.409.033.587,6580
2016	6269328000161	0,0958	600.601.622.415,4240
2017	6585479000297	0,0947	623.644.861.328,1260
2018	7004140999832	0,0918	642.980.143.784,5780
2019	7389131000532	0,0905	668.716.355.548,1460
2020	7467616389374	0,0990	739.294.022.548,0260
2021	8679489568000	0,0976	847.118.181.836,8000
2022	9415218956203	0,0986	928.340.589.081,6160



Fonte: Banco Central do Brasil, 2022

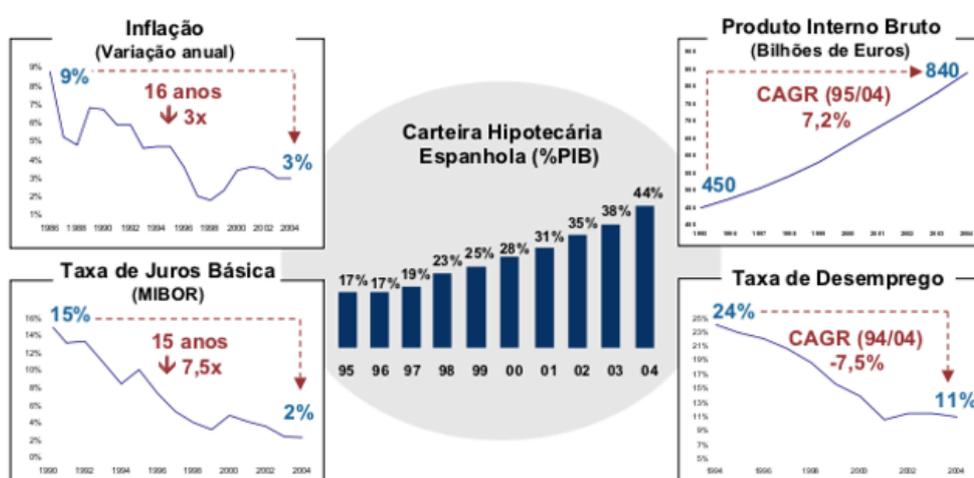
Nos países que aumentaram a utilização do crédito imobiliário, em que pese a relevância da estabilidade macroeconômica para a concessão desse tipo de crédito, *são fundamentais os aspectos relacionados ao funcionamento institucional da propriedade*¹¹ (VIANA, 2007).

Na Espanha, por exemplo, que conta com um sistema organizado como um *Registro de Direitos*, modelo que será apresentado mais adiante, verifica-se uma relação entre a

¹¹ Carlos Viana distingue melhoras em fatores socioeconômicos como (a) menor inflação, (b) menor taxa de juros básica, (c) crescimento econômico, (d) crescimento da classe média, (e) capacidade da indústria da construção em atender a oferta, e em fatores específicos como (a) melhorias no processo de Registro de Imóveis; (c) padronização do processo de avaliação, (d) agilização na execução das garantias, (e) ambiente competitivo de financiamento; (e) fortalecimento do mercado secundário e (f) subsídio para a população de baixa renda (VIANA, 2007).

melhoria nos indicadores econômicos e a maior utilização de crédito no período de 1995 a 2004.

Figura 3: Carteira Hipotecária Espanhola // PIB (2004)



Fonte: © Carlos Viana – Banco Central do Brasil, 2007.

Em que pese a longa história e a importância econômica que concretamente possuem no Brasil e no mundo, há um grande desconhecimento tanto por parte da Economia como do Direito sobre a utilidade e função dos Registros.

Se o tema é antigo e importante, também é *urgente*.

Há um contínuo impulso de reforma dos Registros e das garantias ao crédito a nível mundial, estimulado pelo *ranking Doing Business* do Banco Mundial, que mede a *eficiência econômica de 190 países*¹² com base no (a) *custo de entrada* no sistema de registros e no (b) *número de etapas realizado por cada registro nacional*, sem levar em conta qual é o tipo de registro público, o modelo de propriedade e dos direitos envolvidos, bem como a função jurídico-econômica de cada etapa de registro realizada¹³.

¹² Todos os 190 países possuem sistemas de registros de propriedade. Todos os países da União Europeia possuem Registros de Imóveis (LAPUENTE, 2004).

¹³ Seria como medir a eficiência de uma cirurgia cardíaca pelo seu custo e pela quantidade de suas etapas, sem medir a sobrevivência ou a qualidade de vida do paciente.

Embora sua intensa influência no debate institucional global, foi recentemente descontinuado¹⁴ em razão de sua metodologia ter sido aplicada de forma desigual¹⁵, além de envolver conflitos de interesse e manipulações¹⁶ na implementação das mudanças institucionais propostas (ARRUÑADA, 2021).

Mesmo se funcionasse de maneira coerente, o principal problema metodológico é que o *Doing Business não mede os benefícios dos sistemas de registro na redução de custos de transação futuros*. Ele só mede custos *ex ante* explícitos, sem considerar todos os custos envolvidos.

O *ranking* trata os registros como uma “barreira ou regulação de entrada” a um mercado (DJANKOV et al., 2002; ARRUÑADA, 2007; DJANKOV, 2009, 2016). Ocorre que os registros são coisa *completamente diversa*. Ao longo deste trabalho se demonstrará que os registros de imóveis são, jurídica e economicamente, instituições que viabilizam o mercado imobiliário ao dar certeza jurídica sobre os direitos e sobre os titulares destes direitos.

O *Doing Business* *desconsidera até mesmo a hipótese de que os custos das atuais etapas do processo de registro, pagos hoje pelos interessados na transação, podem reduzir os custos de transação pagos amanhã por toda a sociedade* (ARRUÑADA, 2007). O que não parece coerente com propostas e estudos anteriores ao *ranking* (GALAL, RAZZAZ, 2001).

¹⁴ Em 15 de setembro de 2021, foram apresentados ao *Board* e aos diretores executivos do banco relatório sobre a investigação de irregularidades de dados no *Doing Business* 2018 e 2020 pela consultoria WilverHale (MACHEN *et al.*, 2021). No dia seguinte, o Banco Mundial anunciou o encerramento definitivo do relatório, em razão de seu descrédito progressivo (ARRUÑADA, 2021). Em 21 de outubro de 2021, o Fundo Monetário Internacional, em seu *Press Release* no. 21/297, declarou que o relatório do Banco Mundial não teria sido conclusivo a respeito de condutas impróprias de seus funcionários (IMF, 2021).

¹⁵ Por exemplo, se o critério tivesse sido aplicado corretamente, os Estados Unidos da América teriam caído no ranking de 2007 da 3ª para a 57ª posição, em companhia de El Salvador, Lituânia e Serra Leoa, e, em 2009, para a 94ª posição, o que seria inviável para o Banco (ARRUÑADA, 2021).

¹⁶ “Além disso, eles desenvolveram trabalhos de consultoria, gerando evidente conflito de interesse, uma vez que aqueles que assessoravam, indicando como e o que reformar, estavam muito próximos daqueles que avaliariam as reformas”. E continua: “Não só a metodologia era tendenciosa, nem mesmo era aplicada uniformemente, permanecendo sua aplicação à mercê da capacidade de influência de distintos países” (ARRUÑADA, 2021).

A adesão¹⁷ ao *Doing Business* foi fomentada pela autoridade do Banco Mundial, e também pelo *framing*¹⁸ de sua apresentação como um *ranking*, “como uma liga esportiva”, levando diversos países a se concentrarem em melhorar sua posição na “competição” sem atentar para as deficiências metodológicas envolvidas¹⁹ (ARRUÑADA, 2021).

O desconhecimento sobre as funções econômicas e jurídicas do Registro na redução de custos de transação retroalimenta a dificuldade de compreender o valor econômico e jurídico de um sistema de registros. Como Lênio Streck sintetiza a posição de Heidegger, para se compreender é preciso *pré-compreender*, a partir de atitude, visão e conceitos prévios (STRECK, 2010, p. 686).

¹⁷ O enorme esforço de adesão do Brasil ao *Doing Business* é descrito em um documento produzido após o seu encerramento, denominado “Relatório Executivo versão 2.0 – Projeto *Doing Business*”, de autoria da Diretoria de Modernização do Ambiente de Negócios, em fevereiro de 2022. Desde o seu lançamento, o Brasil nunca figurou entre os 100 melhores do ranking. Em 22 de janeiro de 2019, em Davos, o presidente Bolsonaro prometera no Fórum Econômico Mundial colocar o país “no ranking dos 50 melhores países para se fazer negócios”. Apesar dos esforços, no último relatório, em 2020, o país caía da 109ª para a 124ª posição, dentre as 190 “economias monitoradas”. A partir de 2019, a Secretaria Especial de Modernização do Estado ficou responsável pela coordenação no âmbito do governo federal das ações junto aos órgãos de governo, entidades e Banco Mundial sobre o *Doing Business*. Foram criados 10 Grupos Temáticos de Ação – GTA – com o objetivo de fazer um diagnóstico e apresentar propostas de medidas e ações. Foi desenvolvida uma ferramenta de simulação, com base em um estudo estatístico dos dados, para avaliar o impacto das mudanças. O monitoramento dos Planos de Modernização do Ambiente ocorria por meio de reuniões trimestrais com a presença da alta direção dos órgãos envolvidos, como Secretários Especiais, Diretor-Geral da Aneel, Diretores do Banco Central e Presidente da CVM. Em 2019, o Banco Mundial promoveu *workshop* contando, além dos coordenadores do GTA, com representantes do governo federal, estadual, municipal, agências reguladoras, notários e registradores. Foram elaborados relatórios prestando contas ao Banco Mundial dos avanços realizados, denominados “Data Update” e com os escritórios de advocacia mais relevantes no processo de resposta ao *Doing Business* (BRASIL, 2022)

¹⁸ De acordo com a Economia Comportamental, o enquadramento ou *framing* de uma apresentação é capaz de influenciar a sua resposta (TVERSKY, KAHNEMAN, 1981). Se o objetivo do Banco Mundial era promover uma adesão às propostas de mudança institucional contidas no *Doing Business*, nada melhor do que apresentá-las sob a forma de *ranking* e com a pergunta implícita: quer melhorar a posição de seu país o *ranking*? Se a pergunta mudasse para, no caso dos Registros de Imóveis: *quer que o sistema de registros de seu país gere pouco ou muito valor para proprietários e credores?* Neste caso, a própria metodologia teria que ser alterada.

¹⁹ Em que pese todas as críticas existentes ao *Doing Business* antes de seu encerramento, o Brasil, no governo Bolsonaro, contratou a consultoria do Banco Mundial e realizou diversas alterações institucionais, via Medida Provisória, com mínimo debate social e no parlamento, com o objetivo de melhorar sua nota no ranking produzido pelo próprio banco, configurando o conflito de interesses apontado por Benito Arruñada. Mesmo após o encerramento do ranking, a Diretoria de Modernização do Ambiente de Negócios, em fevereiro de 2022, publicou simulações, em seu relatório final, de qual *teria sido* o impacto das alterações realizadas (BRASIL, 2022).

O que não se pré-compreende não se mede, e o que não se mede não aparece nos debates sobre o funcionamento das instituições.

Por anos, Benito Arruñada criticou a metodologia que impedia a consideração dos *trade-offs* realmente envolvidos, o que prejudicava institucionalmente os países que adotavam as medidas, pois promoviam “registros que produzem informação sem valor, mas rapidamente”. (ARRUÑADA, 2007, 2008, 2009, 2021).

Este é o cenário atual.

De um lado, o risco de reformas globais baseadas em medições falhas, com metodologia desconectada da função econômica e jurídica que os registros idealizam; de outro, disciplinas que não conseguem, para os juristas, demonstrar a função econômica, e para os economistas, a função jurídica, o que facilita a propagação e a aceitação acrítica de soluções simples e erradas.

Este trabalho apresenta duas racionalidades distintas, que fundamentam disciplinas diferentes, a Economia e o Direito, para melhor compreender a propriedade imobiliária e o seu registro.

Tem como objetivo:

- (1) Analisar a evolução histórica do conceito de propriedade pela ótica do Direito e da Economia, a partir do espaço de encontro dessas disciplinas que é a Análise Econômica do Direito ou *Law and Economics*;
- (2) Apresentar a evolução histórica dos modelos de registros imobiliários contemporâneos, examinando seu funcionamento jurídico e suas consequências econômicas em termos de custos, ganhos e benefícios para compreender quais os *trade-offs* envolvidos. Serão confrontados em suas características os sistemas de registro conhecidos como “Registro de Títulos” e “Registro de Direitos”; e
- (3) Examinar as implicações do estudo informado pela Economia e pelo Direito para o desenho de melhores arranjos institucionais. Após estabelecido o conceito de propriedade e compreendidos em sua dimensão jurídica e econômica cada sistema de registro, será possível sinalizar o melhor sentido de desenvolvimento institucional para esta finalidade bem como apontar desdobramentos possíveis da pesquisa.

Para realizar estes objetivos, será utilizado o método da pesquisa bibliográfica econômica e jurídica.

A Economia produziu molduras teóricas para explicar as escolhas dos agentes quer no âmbito privado, quer no âmbito público, na criação e mudança das instituições, e foi capaz de oferecer análises a partir de perspectivas históricas abrangentes.

Essa riqueza teórica é muito útil para a compreensão da propriedade imobiliária, seu sistema de registro e até mesmo compreender interesses econômicos e forças políticas interessadas em aumentar custos de transação e estabelecer situações rentistas, capturando decisões de agentes públicos e privados em nível global.

Esse trabalho, ao final, conclui que:

- (1) A Propriedade Imobiliária e os Registros de Imóveis somente são compreensíveis quando se combinam conhecimentos em Direito e Economia;
- (2) A Análise Econômica do Direito é o ambiente ideal para que possa se desenvolver a atividade de síntese teórica a respeito dos Registros por se tratar de uma interdisciplina, em que o método econômico é aplicado no exame de normas jurídicas; e
- (3) Os Registos de Direitos são mais eficientes que os Registos de Títulos.

2. O ENCONTRO DA ECONOMIA COM O DIREITO

A apresentação das lentes²⁰ do Direito e da Economia nos permite compreender melhor a propriedade, o direito central que viabiliza as trocas econômicas e os sistemas de registro desta propriedade.

A interdisciplinaridade²¹ decorrente da combinação entre *as racionalidades distintas*, da Economia e do Direito, hoje é uma tradição acadêmica estabelecida, reconhecida como Análise Econômica do Direito ou *Law and Economics*.

De forma geral, a interdisciplinaridade surge como proposta metodológica na década de 1920, passando a ser usado nas ciências sociais a partir do final da Segunda Guerra Mundial (VICK, 2004, p. 164-165). Como exemplo da perspectiva mais ampla, Oliver Williamson nos lembra que o lema do *Carnegie Institute of Technology* no início dos anos 1960 era: “Seja disciplinado; seja interdisciplinar; tenha uma mente ativa” (WILLIAMSON, 2007).

2.1. O caminho interdisciplinar

A formação de *interdisciplinas* pode ser compreendida como um desenvolvimento de uma transição, o começo de uma síntese evolucionária do conhecimento humano não apenas *dentro*, mas *entre* a ciência, a tecnologia e as humanidades, realizando permanentes integrações e sínteses de métodos e conhecimentos

²⁰ Autores como Edgar Morin, que propõem um pensamento interdisciplinar ou transdisciplinar, fazem essas abordagens sincréticas em razão da natureza essencialmente provisória do conhecimento e dos perigos da hiperespecialização das disciplinas acadêmicas (MORIN, 2002).

²¹ Essa metodologia é uma tentativa de responder à incerteza decorrente do *oceano de desconhecimento* (BECK, 2006) de uma contemporaneidade que tem as características da *volatilidade* (natureza, velocidade e magnitude da mudança em decorrência de digitalização, conectividade, inovação e globalização), *incerteza* (falta de previsibilidade e dificuldade de previsão), *complexidade* (multiplicidade de forças conectadas sem cadeia de causa e efeito aparente) e *ambiguidade* (falta de clareza quanto ao significado e causas de um evento), reunidos no acrônimo *VUCA* pelo *US Army War College* para descrever o mundo multilateral que surgiu após queda do muro de Berlim, em 1990, e que constitui a *nova normalidade* contemporânea (LAWRENCE, 2013).

para solucionar a crescente complexidade das situações a partir de uma abordagem holística²² (ACKOFF, 1973).

As disciplinas²³ são ramos fracionados e compartimentalizados de conhecimento e de experiência humana, com objetivos, conceitos, metodologias e habilidades distintas e que correspondem a comunidades de especialistas cujos membros compartilham experiências, valores, estéticas e discursos (NISSANI, 1995).

Sem as disciplinas, o aprendizado seria impossível. A divisão de conhecimento dos gregos antigos persistiu nas universidades medievais e, por fim, a estrutura estabelecida no Renascimento, expandida com as ciências sociais e humanidades surgidas nos séculos XIX e XX, chegou até os dias de hoje. As disciplinas são o resultado de construção social ao longo do tempo, experimentando forças históricas, políticas e imperativos institucionais. Após a internalização de uma disciplina durante o aprendizado, que estabelece no sujeito uma estrutura cognitiva ou um modelo mental simplificado, a informação subsequente *tende* a ser filtrada por esta *disciplina-mãe*. Uma vez formada, essa estrutura cognitiva exerce uma força poderosa na definição de significados, pois está ligada à *identidade coletiva* que une os membros de uma disciplina (VICK, 2004). A cada geração, o homem de ciência vem reduzindo sua órbita de trabalho e perdendo o contato com as demais partes da ciência e de uma interpretação integral do universo e “chega a chamar diletantismo a curiosidade pelo conjunto do saber” (ORTEGA Y GASSET, 2005, p.180-181).

Diferentemente do homem moderno, o objetivo grego antigo era obter a visão mais ampla para compreender *o mundo como um todo orgânico*²⁴ (NISSANI, 1997).

De fato, a abordagem *unidisciplinar* muitas vezes se revela insuficiente. Há diversos exemplos históricos de erros, muitas vezes fatais, causados por políticas recomendadas por

²² As disciplinas continuarão úteis para solucionar problemas menos complexos (ACKOFF, 1973).

²³ A palavra disciplina tem origem na palavra latina *discipulus*. Disciplinar é treinar um comportamento, obtendo obediência ou punição para corrigir. Portanto, como afirma Balkin, “uma disciplina é a disciplina de um grupo, um grupo que garante essa disciplina por punições que disciplinam membros a se disciplinar a aderir a uma disciplina. A disciplina cria discípulos”. E continua: “Disciplinas acadêmicas, portanto, tem a ver com autoridade, e em particular com autoridade dentro de certos grupos de pessoas que pensam de maneira parecida em razão de treino e disciplina” (BALKIN, 1996).

²⁴ Os Jogos Olímpicos gregos tinham o objetivo de testar a excelência geral - *arete* - não apenas uma única habilidade especializada. Seu maior evento era o pentatlo. A maratona, criada nos tempos modernos, seria considerada uma monstruosidade (NISSANI, 1997).

especialistas com conhecimentos parciais e unidimensionais²⁵. *Experts* tendem a ignorar complexidades e seu escopo é muitas vezes limitado pelas disciplinas. Vivemos em um mundo de especialistas em que uma pessoa *extremamente bem educada* pode ser surpreendida pelos efeitos perniciosos de suas decisões justamente *pela falta de conhecimento de outras disciplinas*²⁶ (NISSANI, 1997).

Em que pese não haver um consenso a respeito de sua definição ou do seu valor metodológico, no mínimo, interdisciplinaridade significa *espaço de encontro* no qual podem ocorrer *diversos graus de síntese* (NISSANI, 1997; VICK, 2004, BALKIN, 1996).

A interdisciplinaridade pode ser definida como a *tentativa* de um especialista de usar informações, perspectivas, questões e regras de uma outra disciplina e, em seguida, misturar *de alguma maneira*²⁷ com as ferramentas que já adquiriu (BALKIN, 1996).

²⁵ A metodologia do relatório *Doing Business*, do Banco Mundial, bem como a utilização nos Estados Unidos da América de registros da empresa MERS, Inc, são exemplos de falhas decorrentes da falta de conhecimento acerca do funcionamento econômico e jurídico dos registros públicos.

²⁶ O especialista não é um sábio, pois ignora formalmente o que não pertence à sua especialidade, mas não é um ignorante, pois é um “homem de ciência” e conhece muito bem sua “porciúncula do universo”. Para Ortega y Gasset: “Devemos dizer que é um sábio ignorante, coisa sobremodo grave, pois significa que é um senhor que se comportará em todas as questões que ignora, não como um ignorante, mas com toda a petulância de quem na sua questão especial é um sábio”. (ORTEGA Y GASSETT, 2005, p.183)

²⁷ Balkin identifica quatro abordagens interdisciplinares com o Direito: (a) usar informações de uma disciplina para, em seguida, utilizá-las no Direito; (b) ler textos jurídicos da forma como foram compreendidos em outras disciplinas; (c) tentar resolver problemas identificados por outra disciplina aplicando métodos desta em um aspecto do Direito; (d) criar uma nova disciplina com novas questões e técnicas a partir da consideração de outra disciplina, esta a mais difícil de todas, pois é necessário uma comunidade de especialistas aderentes para haver uma disciplina (BALKIN, 1996).

Em nível pessoal, a *abertura*²⁸ para a jornada da interdisciplinaridade decorre da intenção do sujeito de examinar o conjunto dos conhecimentos para além dos limites tradicionais das disciplinas, com o objetivo de compreender a realidade *como um todo*²⁹.

Ainda, certos temas – e este trabalho argumenta que é justamente o caso da propriedade imobiliária e seu registro - são melhor compreendidos e ensinados por meio da integração holística de diversas disciplinas, da mesma forma que combinamos criativamente alimentos distintos e formas de preparação inusitadas para compor pratos mais saborosos³⁰ (NISSANI, 1997)³¹.

Outra maneira de perceber a interdisciplinaridade decorre da perspectiva do *conflito*³² intelectual, acadêmico e político entre grupos de especialistas e suas disciplinas, capazes de colonizar outras disciplinas ou capitularem.

²⁸ A importância dessa abordagem na síntese selecionada de Moti Nissani: (a) criatividade muitas vezes requer o encontro de duas ideias previamente não relacionadas, v.g. Mendel e seu conhecimento estatístico revolucionou a biologia, (b) imigrantes muitas vezes fazem importantes contribuições à nova disciplina, tal como os físicos revolucionaram a biologia molecular nos anos 1950-1970, (c) erros podem ser melhor detectados por pessoas bem versadas em duas disciplinas, v.g. a lei da genética Hardy-Weinberg decorre do fato de Hardy, um matemático, ter encontrado um erro em um artigo de um biólogo consagrado, (d) a interdisciplinaridade nos lembra do ideal da unidade do conhecimento. Por exemplo, Einstein, Russell, Popper, Koestler, Asimov, Aristóteles, Descartes, Goethe e Huxley buscaram ver o todo, e não apenas a parte, (e) os grandes problemas da humanidade não conseguem ser resolvidos por uma única disciplina: egoísmo, apatia e cobiça, que estão na base dos problemas da humanidade, não são resolvidos pelas ciências ou humanidades, (f) a interdisciplinaridade mostra os pontos cegos de nossos sistemas de crenças, o que nos permite distinguir a verdade da aparência da verdade (NISSANI, 1997). José Predebon (2010) trata de técnicas para provocar aberturas e desenvolver a criatividade.

²⁹ Balkin identifica que *Law and Economics* tem sido encarada como uma atividade interdisciplinar entre Direito e Economia, e não como uma metodologia de estudar o Direito (BALKIN, 1996).

³⁰ Como adverte Edgar Morin, “O fechamento disciplinar, associado à inserção da pesquisa científica nos limites tecnoburocráticos da sociedade, produz a irresponsabilidade em relação a tudo o que é exterior ao domínio especializado (MORIN, 2002, p. 93-97).

³¹ Os custos e riscos da Guerra Fria, por exemplo, têm origem na visão unidimensional dos tomadores de decisões e de seus conselheiros da academia (NISSANI, 1997).

³² Balkin ressalta a importância dos migrantes com a seguinte metáfora: a maior parte da luta interdisciplinar é realizada por vira-casacas ou traidores de sua disciplina original, o que considera ser o seu próprio caso pessoal, e são esses que tomam a maior parte das balas no debate acadêmico (BALKIN, 1996).

A capacidade de uma disciplina de invadir outras está em, *comparativamente à outra disciplina*³³, possuir um método forte, compartilhado por especialistas e reforçado pela educação, e que consiga produzir resultados interessantes. É o caso da Economia, na pluralidade de suas escolas.

Ao contrário, uma disciplina será atacada se faltar um consenso sobre sua metodologia central ou se estiver passando por uma crise de integridade enquanto disciplina. É o caso do Direito³⁴. A interdisciplinaridade ocorre quando uma disciplina faz uma tentativa fracassada ou incompleta de colonizar outra. Se há sucesso, o trabalho não é mais visto como interdisciplinar (BALKIN, 1996)³⁵.

A especificidade do Direito, neste processo de embate de epistemologias denominado interdisciplinaridade, decorre de esta disciplina ser, especialmente, o treinamento para o exercício de uma profissão jurídica como advocacia, magistratura, os registros, entre outras, e de ter sido permeável a influências da Filosofia, Teoria Literária, História, Ciência Política e Economia, com o objetivo de treinar seus discípulos a melhor argumentar perante Tribunais ou Legislaturas e obter resultados no campo prático do Direito³⁶.

O Direito, portanto, é uma atividade profissional prática cujo modo de reprodução não ocorre exclusivamente na academia³⁷ (BALKIN, 1996).

³³ Balkin aponta que a Economia, com suas abordagens plurais, conseguiu colonizar outras disciplinas com, por exemplo, teoria dos jogos e modelos de ação racional, ao mesmo tempo que tem sido colonizada pela Estatística e pela Matemática (BALKIN, 1996).

³⁴ Como falaremos mais adiante, a dimensão cultural do Direito implica em sua abertura como uma colagem heterogênea, um híbrido entre argumentação técnica e poder político (LEGRAND, 1996).

³⁵ Visto dessa forma, a disciplina não é o resultado apenas da busca individual pela verdade, mas também o produto das forças da normalização e educação, dos sistemas de punição e recompensa, funcionando metaforicamente como *softwares culturais* por meio dos quais o acadêmico se torna quem é, aprendendo que livros ler ou não ler, como criticar, quem criticar, o que é um bom argumento, uma boa evidência ou uma boa prova, bem como conhecer seus heróis e vilões (BALKIN, 1996).

³⁶ Ressalte-se a existência do movimento plural denominado *Law and Literature*, direcionado à interpretação do Direito, à compreensão da implicação do Direito na vida humana, na narrativa como argumentação jurídica ou ainda na multiplicidade de narrativas e perspectivas conflitantes sobre o mesmo tema (BARON, 1999).

³⁷ De forma independente do que se estuda nas universidades, seres humanos tomam decisões jurídicas em todo o mundo, nos setores público e privado, contrapondo-se ou aderindo a escolas de pensamento, e produzem ações no mundo real que, reflexivamente, serão analisadas na academia.

2.2. Análise Econômica do Direito

A proposta interdisciplinar de realizar o encontro entre Direito e Economia deu origem ao *espaço de encontro* hoje conhecido como Análise Econômica do Direito ou *Law and Economics*³⁸³⁹.

A formação jurídica prepara para o jurista para o estudo de textos legais com pouco enfoque nos efeitos sociais do Direito, os quais costumam ser relegados à província das Ciências Sociais, até mesmo em razão dos avanços tecnológicos que colocam à disposição uma infinidade de textos legais. A Análise Econômica do Direito realizou os maiores avanços no Direito recente em razão do modelo econômico da escolha racional que é um conceito que unifica as ciências sociais (MACKAAY, 2021).

O método econômico permitiu perceber que as regras jurídicas eram formuladas para maximizar o bem-estar social, e que muitas vezes correspondiam ao que os juristas intuía como regras justas. A Análise Econômica do Direito permite (a) que sejam percebidas e antevistas consequências de regras jurídicas, (b) compreender a racionalidade econômica das regras existentes e (c) averiguar quais regras são desejáveis ou inadequadas (MACKAAY, 2021).

2.2.1. Breve História da Análise Econômica do Direito

É possível estabelecer uma linhagem de precursores da Análise Econômica do Direito em trabalhos em que o comportamento humano é analisado *como resultado de uma escolha racional a partir de cálculos de custos e benefícios de determinadas*

³⁸ Há quem entenda, como Posner, que a Análise Econômica do Direito é parte da Economia, enquanto outros, como Finkentscher, que faz parte do Direito (SALAMA, 2017). É possível, portanto, se fazer *Economia e/ou Direito com a Análise Econômica do Direito*. Trata-se de um campo que pertence, simultaneamente, às duas disciplinas e pode ser percebido com ênfase em uma das duas racionalidades.

³⁹ Para Balkin, a expressão “*law and economics*” paradoxalmente demonstra que o Direito recebe bem a outra disciplina e se mantém separado desta (BALKIN, 1996).

políticas ou normas, e que oferecem conselhos de economia política válidos até hoje, como Bentham, Maquiavel ou Hobbes⁴⁰ (MACKAAY, 1999; EIDENMÜLLER, 2012).

A preocupação seguinte desse movimento, inicialmente composto por *economistas*, no século XIX, foi *compreender como a propriedade e outros direitos foram determinados historicamente e funcionalmente por diferentes sociedades*.

A concepção dos séculos anteriores, ligada à concepção do Direito Natural⁴² e anterior a qualquer lei escrita, era insatisfatória para o pensamento pós-Revolução Industrial, que pretendia estabelecer relações de causas e efeitos entre propriedade privada e condições econômicas. Nesse sentido, estão as contribuições de John R. Commons, Gustave de Molinari e Carl Menger, entre outros. A sua tese central é a de que *o Direito é contingente às condições econômicas e sociais*, criando um senso comum que depois seria apropriado por Karl Marx. Em seguida, os juristas participaram do movimento, como Rudolph von Jhering, Otto von Gierke e Henry Maine. Seus estudos demonstraram a variabilidade histórica do Direito em razão das condições socioeconômicas e investigaram, neste contexto, os direitos individuais e os bens comuns, estabelecendo considerações sobre custos de transação e percebendo a sabedoria contida em instituições jurídicas que evoluíram ao longo da história ocidental⁴³. Esse movimento decaiu (a) pela especialização, que forçou os economistas a se preocuparem com temas inquestionavelmente relativos aos mercados, e (b) pela metodologia cada vez mais aberta

⁴⁰ Tanto Hobbes como Rousseau tinham uma “clara compreensão do dilema do prisioneiro”. (MACKAAY, 1999)

⁴¹ Adam Smith percebia o Direito de uma forma pragmática, contribuindo para o bem comum da sociedade de forma prática, recompensando os inventores ao permitir que esses lucrem na medida da utilidade de suas invenções. No campo do direito penal, Beccaria e Bellamy viam o efeito de dissuasão do crime gerado pelas punições criminais. David Hume, contemporâneo de Smith e, como este, um pensador do *iluminismo escocês*, apresentava o Direito como uma regra de convenções às quais a sociedade teria aprendido a se conformar para tornar a cooperação possível, em um mundo de *escassez e de conhecimento limitado*⁴¹ (MACKAAY, 1999).

⁴² A noção de Direito Natural, ligada a uma era teológica e sua metafísica, tem sido questionada desde então, em que pese ser possível ligar a maior parte de ideias e instituições de hoje a esta origem, tais como os direitos humanos, constituições escritas, casamento civil e organizações internacionais (DUFOR, 1982)

⁴³ Perspectiva que Hayek desenvolveria no século XX, relacionando a ordem espontânea da sociedade com a propriedade privada (MACKAAY, 1999). Nas palavras de Hayek: “A percepção verdadeira que a instituição da propriedade privada cumpria uma função necessária para a manutenção da ordem espontânea da sociedade levou à crença de que, para este fim, era necessário um poder de direção de alguma autoridade – uma opinião até expressamente expressa em constituições de alguns países que foram elaborados sob inspiração positivista” (HAYEK, 1998)

que esse movimento usava, até por ser anterior à revolução marginalista da Economia, dependendo de conceitos abertos e fluídos como “espírito nacional”, “vontade coletiva”, além do uso de narrativas que soavam cada vez mais heréticas aos economistas e juristas subsequentes⁴⁴ (MACKAAY, 1999).

O programa de pesquisa em *Law and Economics* surge nos Estados Unidos da América como uma evolução da reação aos movimentos jurídicos que o antecederam, especialmente ao formalismo jurídico, insular e formal, desinteressado de suas consequências práticas na vida humana, podendo ser considerado uma evolução do realismo jurídico americano, de autores como Oliver Wendell Holmes Jr, Benjamin Cardozo e Roscoe Pound, e posteriormente de Karl Llewellyn e Jerome Frank. Holmes questionava os fundamentos do formalismo, retirando o caráter lógico do Direito, a experiência humana, profundamente influenciada pelas condições pessoais do intérprete. Holmes também via o Direito como uma ferramenta direcionada ao bem-estar social (SILVEIRA, 2022).

A seguinte fusão de ideias econômicas no Direito ocorreu no ambiente multidisciplinar da Universidade de Chicago, na década de 1940, em que se combinaram as disciplinas do Direito, da Economia e da Contabilidade, conduzida pelo economista Aaron Director na *Chicago Law School*. Director demonstrou a utilidade do método econômico para casos de direito concorrencial ou antitruste. Na visão da época, pós depressão e New Deal, a indústria tinha que ser regulada para ser competitiva. Director demonstrava que o monopólio na maior parte das vezes era apenas uma alegação desconectada da realidade (MACKAAY, 1999; SILVEIRA, 2022)⁴⁵.

⁴⁴ Esse movimento deu lugar à sociologia do Direito e ao Realismo jurídico, com contribuições de Menger (por Hayek), Commons (por Williamson) e, por fim, já no fim do século XX, as instituições foram reavivadas por Ronald Coase e Douglass North.

⁴⁵ Nos anos 1940, Aaron Director chega à faculdade de Direito causando enorme impacto, ao demonstrar, nas aulas de antitruste ou direito concorrencial, que as ferramentas da análise econômica e da teoria dos preços eram superiores à abordagem jurídica tradicional para analisar o fenômeno da concorrência. O monopólio era visto como transitório, resultado potencial do processo competitivo e que logo seria eliminado por pressões competitivas. Portanto, a aplicação do direito antitruste era considerada desnecessária e, mesmo em face das ineficiências do monopólio, a “cura” estatal era vista como pior que a doença. A escola antitruste de Chicago tornou-se extremamente influente. A partir da experiência do Antitruste, Director estabeleceu o primeiro programa de Direito e Economia dos E.U.A e, em 1958, fundou o *Journal of Law and Economics* com uma poderosa ideia econômica subjacente, de que a regulação é uma função para os mercados, e não para o Estado. Em que pese essa posição de Director, nos trabalhos publicados há grande ambivalência sobre se o Estado deve ou não intervir na economia, sendo denominador

Na década de 1960, o projeto de *Law and Economics* de Chicago se renovou, especialmente com Richard Posner, expandindo seu escopo para além do direito antitruste, aplicando métodos econômicos para o contrato, a propriedade, e a responsabilidade civil decorrente de obrigações extracontratuais (*tort law*) e até mesmo direito penal, abarcando todas as regras, instituições e procedimentos de maneira não convencional e em termos de “falha de mercado⁴⁶” (MACKAAY, 1999; SALAMA, 2017).

Ao longo da segunda metade do século XX, a disciplina econômica também ampliava seus domínios teóricos, pois a descoberta da interdependência dos fenômenos de mercado e da regularidade e invariâncias de fenômenos permitia, como afirma Mises, *distinguir problemas sociais de problemas éticos*, e superar a noção de que, *com homens honrados qualquer utopia seria realizada no plano dos fatos*. Antes, se pensava que os homens poderiam realizar qualquer reforma social, com os homens aderindo aos bons princípios morais. Após, se percebeu que existem leis da ação humana e da cooperação social que divergem dos juízos sobre a moralidade ou a justiça. Portanto, as ações humanas podem ser estudadas “como um físico estuda as leis da natureza”, superando a noção de motivação pelo lucro em um mercado, insatisfatória tanto para Ludwig von Mises como para Gary Becker. A Economia evoluiu de uma teoria de preços de mercado para uma *teoria geral da escolha humana*, da qual os problemas das relações de trocas e dos preços está embutida. *A questão central que a economia tem que responder é sobre a relação entre sua teoria e a realidade da ação humana em geral* (MISES, 2010).

A Análise Econômica do Direito pode ser percebida como uma expressão desta onda expansionista da abordagem econômica, cujo âmago é a habilidade de *olhar para os problemas de uma certa maneira* (POSNER, 1975).

Por exemplo, o livro *Economic Analysis of Law*, de Richard Posner, que, em 1973, focava em temas típicos de *common law*, como propriedade e contratos, nas últimas edições passou a tratar de direito societário, de trabalho, de consumo, de produção de

comum a percepção de que, já que ocorre a intervenção, cumpre às faculdades de Direito colaborar para que esta ocorra corretamente (SILVEIRA, 2022, p. 177-181).

⁴⁶ Por exemplo, Gary Becker, grande influência da Análise Econômica do Direito, ampliou o escopo da Economia e analisou a atividade criminosa sob a perspectiva econômica, concluindo que o criminoso não redistribui recursos de uma sociedade, mas pratica *rent-seeking* ao gastar recursos em armas e tempo planejando crimes, de forma socialmente improdutiva, além de investir o dinheiro arrecadado em novos crimes. (BECKER, 1993)

provas, de separação de poderes – um dos temas clássicos do direito pós-Montesquieu – liberdade de expressão, liberdade religiosa, dentre outros.

A obra de Posner passa a ser, como se vê, *um projeto de descrição histórica do fenômeno jurídico em geral a partir do ferramental microeconômico de explicação da ação humana e sua racionalidade*, e tendo como objeto imediato o direito americano. Tudo sob a premissa de que a *common law* americana teria se estruturado *para permitir que o sistema se aproximasse dos resultados que um mercado com competição perfeita proporcionaria para a sociedade*⁴⁷ (SALAMA, 2017).

O Direito, na perspectiva da Análise Econômica do Direito, (a) não é externo, mas faz parte da estruturação da atividade econômica, (b) permite concluir e exigir o cumprimento dos contratos e da propriedade, e (c) define as *regras e riscos* que os participantes de um mercado devem obedecer e arcar (EIDENMÜLLER, 2012).

Além disso, a EAD permite avaliar e fazer prognósticos acerca do funcionamento das regras jurídicas em uma sociedade, assumindo um comportamento racional para todos os participantes, relacionando as *consequências* com os objetivos legislativos ou constitucionais (SALAMA, 2017; EIDENMÜLLER, 2012).

2.2.2. Análise Econômica do Direito e a *Common Law*

Se atualmente a Análise Econômica do Direito pode ser encontrada em diversos países que participam da tradição jurídica da *civil law*, seu nascimento se deve à cultura da *common law*⁴⁸, *uma cultura jurídica* que decorre da experiência histórica da

⁴⁷ Para Bruno Salama, o projeto de Posner implica em distinguir em termos teóricos o utilitarismo da própria economia, baseada na maximização de riqueza, as seguintes vantagens: (a) a *disposição de pagar* é superior operacionalmente ao critério da felicidade, pois é mais fácil conhecer as preferências das pessoas em um mercado livre do que tentar adivinhar preferências subjetivas; (b) o critério *eficientista* protege a propriedade privada e impede o distributivismo de riquezas pela mão do Estado, que o utilitarismo não consegue obstar; (c) o *eficientismo* incentiva esforços produtivos e criativos dos agentes (SALAMA, 2017).

⁴⁸ Se, nos Estados Unidos da América, o *Law and Economics* é uma linha respeitável de interpretação do Direito, no Brasil, o chamado “consequencialismo”, ou seja, a consideração não formalista das consequências do discurso jurídico na vida real é fenômeno recente, tanto na academia como na prática do Direito (SILVEIRA, 2022).

comunidade inglesa e americana, e sua combinação com a economia política (LEGRAND, 1996; SALAMA, 2017).

Essa distinção é importante para que compreendamos por que essa tradição deu origem à Análise Econômica do Direito⁴⁹.

O Direito não é, simplesmente, um punhado de regras, conceitos e textos legais. Esse conjunto é a *superfície* do Direito e todos estes elementos são *contingentes, efêmeros e frágeis*. São capazes de informar a aparência superficial do Direito, mas nada indicam sobre as profundas estruturas dos sistemas jurídicos, que se constituem como *culturas jurídicas, ligadas às experiências históricas⁵⁰ das comunidades a que pertencem* (LEGRAND, 1996; MAKAAAY, 2021).

Em sentido semelhante, Douglass North compreende as instituições políticas, jurídicas e econômicas como a estrutura de incentivos de uma sociedade que é moldada, ao longo do tempo, pelo processo de aprendizado coletivo subjacente que é passado, *pela cultura*, de geração em geração (NORTH, 1994).

Durkheim sustentou como consciência coletiva, superior que às consciências individuais, o conjunto de crenças e sentimentos comuns dos membros de uma sociedade que formam um sistema com vida própria, capaz de criar costumes⁵¹, culturas nacionais, regionais, artes, técnicas, além de formas políticas e econômicas. A noção de mentalidade foi elaborada por historiadores franceses ligados à revista *Annales D'Historie Economique et Sociale*, fundada em 1929. Contrariamente à tese marxista, eles defendem que os valores predominantes de uma sociedade não são mero produto de suas condições econômicas, mas com estas possuem relações de interdependência, podendo criá-las ou transformá-las (COMPARATO, 2018, p. 24-25).

Instituições ou regras jurídicas, portanto, emanam de uma cultura jurídica. São produzidas, reproduzidas e modificadas pela ação humana dentro de estruturas

⁴⁹ Aquele que compara mentalidades jurídicas, o comparatista, embora “nunca deixe de atravessar a fronteira, nunca chega do outro lado”, em razão de estar imbuído, ele mesmo, de uma mentalidade, e o máximo que poderá fazer é imaginar a outra mentalidade. (LEGRAND, 2021, p. 30).

⁵⁰ Em sentido semelhante, Douglass North reconhece como parte das instituições, ou das regras do jogo, as *regras informais à margem do Direito formalmente vigente* (NORTH, 1990).

⁵¹ Cada classe social tem o seu próprio critério de comportamento moral e, muitas vezes, seus integrantes são julgados nos tribunais de maneira contraditória (COMPARATO, 2018, p. 28).

institucionais e em procedimentos legais, em contínua negociação e renegociação. Essa dimensão sociocultural está oculta à primeira vista, mas é inerente a cada uma das regras. A perspectiva da cultura jurídica implica que o Direito não é uma instância que possa ser *analiticamente separada da realidade social de cada comunidade*. A homogeneização entre sistemas jurídicos é tão problemática quanto a convergência dessas mesmas sociedades. A mentalidade jurídica de cada cultura jurídica implica atitudes, aspirações, antipatias e assunções que não conseguem ser alteradas por uma lei. Somente após um longo processo cultural, por meio da experiência, aprendizado e racionalização, é possível haver mudança em uma cultura jurídica (LEGRAND, 1996)⁵².

Existem diferenças epistemológicas, ou de mentalidade, entre as duas grandes tradições, ou culturas, jurídicas mundiais: a *civil law* e a *common law*. Cada uma delas são *maneiras diferentes de experimentar o mundo e o direito, o que implica em diferentes custos e incentivos econômicos*.

A origem da *common law* é incerta, estando além das memórias ou dos registros. A *common law* inglesa já existia antes da Inglaterra ser tomada por William I, o Conquistador, o primeiro rei normando daquele país, que a governou na segunda metade do século XI. A *civil law* tem seu marco temporal ligado à data de publicação, vigência e efeitos dos textos legais aos quais seus especialistas procuram sistematizar. (LEGRAND, 1996).

O Direito na *common law* não é lógico, mas *experiência*, afirmava Oliver Wendell Holmes no final do século XIX (HOLMES, [1891],2013)⁵³. Essa experiência não é a

⁵² A Companhia das Índias surge em 1601, com 1.143 investidores, e aí se inicia um mercado secundário dessas ações, o qual é, posteriormente, em 1720, utilizado pelos Países Baixos para a negociação de títulos de dívida pública. Já havia estudos sobre os contratos de derivativos para contratos de grãos em Amsterdã no século XVI (PETRAM, 2011, p.1-5).

⁵³ Note-se a posição Oliver Wendell Holmes, em 1881, alguns anos antes de assumir uma posição como Justice da Suprema Corte americana: “A vida do Direito não tem sido lógica, tem sido experiência. As necessidades de cada tempo, a moral prevalecente e as teorias políticas, as intuições de políticas públicas, conscientes ou inconscientes, e até mesmo os preconceitos que os juízes compartilham com a sociedade, tiveram mais importância que os silogismos na determinação das regras pelas quais os homens devem ser governados. O Direito incorpora a história do desenvolvimento de uma nação por muitos séculos e não pode ser resumida em axiomas ou corolários de um livro de matemática. Para se saber o que é, precisamos saber o que foi e o que tende a ser. Precisamos consultar a história e as teorias do Direito. Mas o trabalho mais difícil será compreender a combinação destes dois em um novo produto a cada vez. A substância do Direito, em cada tempo, corresponde muito aproximadamente ao que então era compreendido como conveniente, mas sua forma ou o grau em que será capaz de alcançar os resultados desejados pender muito do seu passado” (HOLMES, 2013).

pessoal, do juiz, mas *da comunidade a qual o juiz faz parte e a cuja tradição deve respeito*, como sustentava o juiz da Suprema Corte Norte Americana, Benjamin Cardozo (SALAMA, 2017).

A *common law* permanece no método indutivo, é empírica, relativa ao conflito que se decide, muitas vezes, metaforicamente. O direito inglês e o direito americano fazem parte da *common law*. Esta nunca foi ou será sistematizada, pois é *expressão de uma mentalidade pragmática, mais interessada no resultado, na efetividade e na função do que no método, no estilo ou na forma*. O direito é percebido como uma maneira reativa de solucionar conflitos de litigantes no presente e encontrar a melhor solução para a sociedade: por isso, a sistematização é simplesmente inútil. Por exemplo, a distinção entre direitos reais (*jus in rem*) ou direitos sobre coisas e direitos pessoais (*jus in personam*) ou direitos cujo objeto é uma prestação, e que são centrais na tradição da *civil law*, não existem de maneira firme na tradição da *common law*, pois não são necessários⁵⁴. *Na common law, a oposição estrutural está entre propriedade e contratos*⁵⁵ (STERN, 2017).

Os fatos têm importância central na *common law* e as decisões tratam *longamente* das minúcias dos fatos sob exame, pois o conhecimento emerge destes (*ex facto jus oritur*). A pergunta da *common law* é: *Quid facti?*⁵⁷ – para encontrar os fatos determinantes (LEGRAND, 1996).

Ao contrário, a *civil law* oferece um modelo mental dedutivo, em que o direito faz parte de um *sistema de conceitos complexos que transcende o caso concreto*. A *civil law*

⁵⁴ Conforme visto, há uma tendência no *Law and Economics* de abarcar o conceito jurídico de propriedade em um mundo de custos de transação positivos (MERRILL, SMITH, 2011, p. 100). Ainda, que há direitos *in rem*, vínculos de uma pessoa com um bem, e, portanto, essa coisa pode ser reivindicada de terceiros que injustamente interferiram neste vínculo, em contraposição a direitos *in personam*, vínculos entre pessoas, que se resolvem com perdas e danos.

⁵⁵ A estrutura da propriedade é, portanto, marcadamente distinta da estrutura do contrato (STERN, 2017, p. 1179).

⁵⁶ Como se verá adiante, um direito *in rem* é exercido em face de todas as pessoas, mesmo que não tenham contratado com o titular do direito, sua consequência é o *enforcement*, ou efetivação do próprio direito sobre o bem. Um direito *in personam* somente é exercido em face dos envolvidos na relação jurídica e se resolve em indenização ao lesado.

⁵⁷ Como não há um sistema conceitual de direitos (*rights*) é a violação (*wrong*) que mobiliza o sistema de Common Law. É o direito de ação, a possibilidade de litigar e de estabelecer uma responsabilidade civil o que movimenta o sistema e que permite que alguém tenha seu direito protegido (LEGRAND, 1996).

procura posicionar a disputa dentro de categorias e conceitos, que absorveriam todas as eventualidades factuais interpretáveis. Neste sentido, *a civil law* se projeta para o futuro. Nas decisões, os fatos são rapidamente eliminados em benefício de longo e profundo exame de uma ordem teórica, da qual se extrai o conhecimento (*ex regula jus oritur*). A pergunta da *common law* é: *Quid juris?*⁵⁸ – para encontrar o Direito aplicável (LEGRAND, 1996).

Essa mentalidade pragmática, aberta à compreensão dos fatos e suas consequências, bem como avessa a sistemas conceituais, permitiu ao *common law* a abertura necessária para o contato com a Economia Política na aplicação dos métodos do que posteriormente veio a se chamar Análise Econômica do Direito nas decisões jurídicas e se espalhou por outros sistemas jurídicos ligados à *civil law*^{59 60 61 62 63}. No Brasil há

⁵⁸ Nesta tradição, os direitos e, particularmente, o conceito de direito subjetivo é central, enquanto o direito de ação, ou seja, de mobilizar o Poder Judiciário, está separado em um código separado (LEGRAND, 1996). No caso brasileiro, o Código de Processo Civil é distinto do Código Civil e a cada um cabe uma disciplina jurídica, o Direito Civil e o Direito Processual, e uma comunidade de especialistas, os civilistas e os processualistas.

⁵⁹ Tudo isto que argumentamos acima não implica que países ligados ao sistema de *civil law* estão condenados ao subdesenvolvimento econômico. Artigo de Acemoglu e outros, ao analisar as consequências da adoção do *Code Napoleon* que implementou o código civil e diminuiu consideravelmente a atuação hermenêutica dos juizes em áreas ocupadas da Alemanha, não encontrou qualquer evidência de diminuição de crescimento econômico. Ao contrário, a superação do *Ancien Régime*, em especial as relações feudais e trabalhistas, impediam a industrialização e o crescimento econômico. Novamente, afirmam os autores, isso não quer dizer que a Revolução Francesa não teve efeitos negativos (ACEMOGLU *et al.*, 2011).

⁶⁰ O precedente não é apenas anterior a uma decisão judicial, mas é a consequência de uma decisão política de tornar o costume o valor preeminente desta mentalidade ou cultura jurídica. O juiz relembra a comunidade de suas próprias decisões ou dela mesma, que experimenta seu passado como algo contemporâneo. Na *common law*, a força da Magistratura é superior aos demais poderes, pois ele é o guardião do precedente e, simultaneamente, pode alterá-lo por razões pragmáticas.

⁶¹ Paralelamente, preocupações sobre a legitimação de um sistema de decisões, que poderia ser atribuído a caprichos e arbítrios e que parecem exigir um sistema coerente de conceitos, tal qual é a proposta da *civil law*, chegaram à disciplina do Direito, mesmo para alguns juristas de tradição da *common law*, por meio da influência de Wittgenstein (ARULANANTHAM, 1998)

⁶² Como afirma Salama, “Desde os anos 1980, a disciplina vem ganhando cada vez mais visibilidade nos países da tradição de Direito Continental, inclusive no Brasil. Já há um bom tempo existem na Europa diversos centros onde a pesquisa em Direito e Economia está em estágio avançado, e há também considerável acervo bibliográfico em Direito e Economia produzido por acadêmicos de países da tradição do Direito Continental” (SALAMA, 2017, p. 21).

⁶³ Neste sentido, Richard Posner entende que os institutos desta específica maneira de compreender e praticar o Direito evoluíram no sentido de promover incentivos de eficiência econômica para a maximização da riqueza. A mentalidade jurídica da *common law* e de seus juizes teria como núcleo funcionalizar as normas em direção à eficiência econômica. Essa tese é

um crescente uso da argumentação econômica em decisões de cortes judiciais (PARDENGLER, SALAMA, 2014).

2.3. Conceitos Fundamentais da Análise Econômica do Direito

A Análise Econômica do Direito propõe a aplicação dos *métodos* da economia às instituições centrais do sistema jurídico, como os contratos, a propriedade, a responsabilidade civil e criminal e a administração judicial (POSNER, 1975, p. 759).

É a maneira da Economia de enfrentar as questões que define a disciplina, muito mais que o tipo de problema a ser enfrentado (BECKER, 1993). O sistema jurídico nunca se limitou a regular mercados e se dedica a normatizar diversas áreas em que as ações humanas externamente possam parecer impulsivas ou irracionais. Becker, ao contribuir para modelar as ações humanas fora do mercado, demonstrou aplicabilidade geral do método (POSNER, 1993).

As premissas da Análise Econômica do Direito são: (a) os indivíduos são racionais e, portanto, maximizadores de suas funções de utilidade, que representam a ordenação de suas preferências dentro e fora do mercado; (b) os indivíduos respondem a incentivos dentro e fora do mercado; e (c) as normas jurídicas e suas consequências podem ser avaliadas por sua eficiência. A Análise Econômica do Direito tem abertura⁶⁴ para diversas teorias econômicas, como Teoria do Agente, dos Custos de Transação, da Escolha Pública e Dos Jogos (SALAMA, 2017).

O método econômico pode explicar a ação humana em temas dispersos em diversas disciplinas, como sociologia, antropologia, história⁶⁵ e política, a partir de

controversa, e sua crítica decorre: (a) da dificuldade de avaliar todas as regras jurídicas por este critério, excluindo-se o critério moral, por exemplo, (b) das diferentes perspectivas envolvidas quando há vencedores e perdedores, como, por exemplo, royalties e pagamento de nações em desenvolvimento para nações desenvolvidas; (c) a racionalidade dos agentes não é ilimitada (SALAMA, 2017; MACKAAY, 2021).

⁶⁴ Para William Becker (2007), na teoria econômica, como na ciência em geral, não existem dogmas que não podem ser questionados.

⁶⁵ Para Douglass North, o objetivo da História da Economia é compreender a performance econômica ao longo do tempo, desenvolvendo uma teoria que nos permita compreender a mudança econômica (NORTH, 1994).

conceitos como (a) *escassez*, (b) *agente racional* e a *avaliação de custos e incentivos econômicos* (SALAMA, 2017).

2.3.1.1. Escassez

Escassez é o traço característico de um bem econômico, seja ele o trabalho, a matéria-prima, as ferramentas, ou o capital, consistindo precisamente na impossibilidade de realizar todas as melhorias ou saciar todas as necessidades não satisfeitas.

A ação humana é sempre limitada pelos “limitados poderes de sua mente, pelas características fisiológicas do seu corpo, pelas vicissitudes de seu meio ambiente e pela escassez de fatores dos quais depende seu bem estar” (MISES, 2010, p.100).

Os preços informam, os mercados estruturam e as ações alocam os recursos escassos de uma sociedade e coordenam suas ações, daí a impossibilidade do cálculo econômico sem propriedade privada e liberdade de contratar, ou seja, no socialismo, conclusão a que chegaram independentemente Mises, Weber e Brutzus (BARBIERI, 2013)⁶⁶.

Todas as escolhas humanas *para além do mercado*⁶⁷ são tomadas sob a consideração da escassez, basta considerarmos como ocorrem no processo político, na família, na empresa, na guerra ou na universidade (MISES, 2010; BECKER, 1993, 1998).

⁶⁶ “Essa comparação é feita em qualquer sociedade, seja qual for o seu grau de desenvolvimento. Em sociedades tribais, cuja economia é simples o bastante para que os usos alternativos dos recursos sejam razoavelmente percebidos por todos, as decisões produtivas são tomadas centralmente, não importa se por um chefe ou conselho tribal, não importa se ajudados por rituais mágicos ou tradição. Em sociedades mais ricas, cujo grau de especialização das tarefas é maior, não é possível que uma única mente ou grupo conceba conscientemente os usos alternativos dos recursos. O grau de complexidade dessas economias é apenas possível então devido ao cálculo econômico – a comparação de valores e custos de oportunidades com o auxílio de valores monetários derivados de um sistema de preços” (BARBIERI, 2013, p.84).

⁶⁷ Nas palavras de Becker: “Uma razão de porquê a abordagem econômica ao crime se tornou tão influente se deve ao mesmo aparato analítico poder ser usado para o estudo do *enforcement* de todo o direito”. E continua: “*The United States Sentencing Commission* explicitamente usou a análise econômica do crime para desenvolver regras a serem seguidas pelos juízes na punição de legislação federal” (BECKER, 1993).

2.3.1.2. Agente Racional, Custos e Incentivos

Fundamental para a compreensão desta escola é o modelo do *agente racional* e a importância dos *incentivos* e dos *custos econômicos*, a soma de tudo que precisa ser *abdicado para se obter um item mesmo que não-monetário*^{68 69} (STONE, 2015).

Um modelo não se presta a descrever toda interação social entre indivíduos, mas é suficiente para descrever um mundo, se este puder ser examinado tal como descrito pela teoria, ou um mundo “ergódico” (SALAMA, 2017).

O comportamento humano *racional* é conduzido por forças muito mais ricas em valores e preferências que o egoísmo e o lucro no sentido material, e os indivíduos maximizam sua utilidade em um sentido individual e independente (que pode ser compartilhado por um grupo⁷⁰), seja ele altruísta, leal, masoquista ou egoísta. (MISES, 2010; BECKER, 1993, 1998).

Sejam quais forem seus interesses pessoais, seres humanos racionais têm a intenção de maximizar seu bem-estar, seja na decisão de pagar impostos, de aceitar um acordo em um litígio ou de votar em um projeto de lei, em que se incluem benefícios monetários e não monetários, como poder, prestígio e sensação do dever cumprido. Em um ambiente com escassez, as decisões são tomadas se, e apenas se, os benefícios da escolha forem maiores que os custos, consideradas as alternativas *ex ante* (SALAMA, 2017).

Pessoas racionais tomam decisões *comparando custos*⁷¹ e *benefícios*, a fim de maximizar o bem-estar como cada pessoa o entende, seja estes egoístico, altruístico, leal, desleal ou masoquista. Logo, elas respondem a *incentivos*. (BECKER, 1993, p. 385).

⁶⁸ Stone exemplifica um custo não monetário como a dor psicológica de trabalhar em determinada função, o que seria um custo explícito (STONE, 2015). Custos não são apenas gastos pecuniários, incluindo o tempo gasto por uma pessoa procurando o bem para comprar ou aguardando o bem estar disponível para ser comprado (SILVEIRA, 2022, p. 240-241).

⁶⁹ Nem todos os custos são facilmente observáveis por terceiros (BECKER, 1998).

⁷⁰ Becker estudou os preconceitos raciais na relação de trabalho e o regime do *apartheid* sul-africano (BECKER, 1993, 1998).

⁷¹ Os recursos escassos e seus custos funcionam para o sistema econômico como os princípios de conservação da energia funcionam para os sistemas de energia. Becker explicita a diferença da perspectiva “econômica” marxista do que estamos tratando. Marxistas enfatizam que a organização da produção é decisiva e determina a superestrutura social e política, com ênfase nos

A consideração da escassez implica em escolhas e renúncias, ou *trade-offs*, e toda escolha tem um custo, que simultaneamente é um *custo de transação* ou da escolha, e que não poderá ser investido naquilo que não se escolheu. As decisões econômicas devem levar em conta o valor que geram com o valor que gerariam, *comparando* os custos e benefícios de *linhas alternativas de decisões*. (BARBIERI, 2013).

A relação entre incentivos externos e motivações internas não é simples. Podem funcionar no curto prazo e não no longo prazo, seu desenho depende uma compreensão profunda dos custos envolvidos, funcionam de maneira diferente da forma de como são dados, e há que se considerar o que acontece quando e se forem retirados (GNEEZY *et al.*, 2011).

Mesmo a racionalidade humana ao avaliar custos e benefícios vem sendo empiricamente abalada. Como a Economia Comportamental vem demonstrando, seres humanos usam *regras de bolso* para tomar decisões, tendem a preferir maiores ganhos mesmo com baixas probabilidades a menores ganhos com alta probabilidade e as respostas dependem do enquadramento da pergunta. Maximizar a utilidade continua a ser a melhor escolha econômica. Porém, a teoria da Economia Comportamental tem buscado compreender por que as pessoas, concretamente, tomam decisões que desviam da hipótese de maximização da utilidade esperada de outra forma⁷² (KAHNEMAN, TVERSKY, 1979; THALER, 2016).

Ainda, alguns agentes econômicos tentarão obter vantagens desses *desvios de racionalidade* organizando *armadilhas*, o que pode tornar custoso ser irracional e incentivar o aprendizado. O modelo da ação racional atribui aos seres humanos uma linha previsível de conduta (MACKAAY, 2021).

No mundo real, além da escassez quanto aos bens, há *incerteza* sobre o futuro e sobre os riscos futuros, não apenas em razão da complexidade da vida, mas também pela limitada capacidade humana de compreender e racionalizar, ou seja, administrar a informação para atuar coerentemente com seus objetivos (ACKOFF, 1967; MACKAAY, 2021).

conflitos de classe entre capitalistas e trabalhadores. Marx se concentrou no “dever ser” e não na capacidade preditiva de sua teoria. (BECKER, 1998).

⁷² A racionalidade ilimitada do ser humano é tão impossível quanto o cálculo econômico no socialismo, portanto, trata-se de uma racionalidade necessariamente *limitada*.

As dificuldades para a decisão do agente racional podem se apresentar muitas vezes mais pelo excesso de informações irrelevantes do que pela falta de informações relevantes (ACKOFF, 1967). Essas dificuldades decorrem, sempre, das instituições ou da forma como os custos, incentivos e comunicações se estruturam em uma sociedade. Como veremos, as instituições não são necessariamente ou mesmo normalmente criadas para ser socialmente eficientes; em geral, atendem aos interesses daqueles que têm poder de barganha na criação das regras (NORTH, 1994).

Os diversos agentes em uma sociedade procuram maximizar suas utilidades em um ambiente de escassez, simultaneamente. Assumindo-se a estabilidade⁷³ de suas preferências, ao longo do tempo, essas interações *rearranjam o equilíbrio existente*. Cada etapa é o resultado de escolhas transparentes e racionais dos agentes envolvidos no jogo (SALAMA, 2017).

O equilíbrio muda pois os agentes respondem aos incentivos para maximizar benefícios e minimizar custos.

Os preços em um mercado influenciam o comportamento de consumidores e produtores, sendo importantes para a alocação de recursos. Por exemplo, um preço alto em um mercado produz um *incentivo* para os compradores consumirem menos e para os vendedores produzirem mais. Essa abordagem pressupõe a existência de mercados que, com variados graus de eficiência, coordenam as ações de diferentes participantes, cujas preferências não mudam substancialmente ao longo do tempo, ou são muito diferentes entre culturas e classes sociais distintas (BECKER, 1998).

⁷³ Assumindo que as preferências dos sujeitos são estáveis, é possível explicar desde a (a) *relação entre o aumento do preço e redução da quantidade demandada*, seja de ovos no supermercado ou de filhos nas famílias, (b) *o aumento no preço aumenta a quantidade oferecida*, seja do valor da arroba do boi e o aumento da produção de gado até o aumento do salário de mulheres quando aumenta a participação destas no mercado; (c) *mercados livres e competitivos satisfazem as preferências dos consumidores de maneira mais efetiva que mercados monopolistas*, seja no mercado de alumínio ou de ideias; (d) *taxar um mercado implica reduzir um mercado*, seja este o mercado de gasolina, do crime, ou das relações laborais. Os preços (*explícitos ou implícitos*) permitem medir os custos de oportunidade do uso dos recursos escassos (BECKER, 1992)

3. A PROPRIEDADE NA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A aplicação do método econômico e a conseqüente avaliação da estrutura de incentivos que moldam as escolhas dos agentes racionais implica a compreensão de como *efetivamente funcionam os elementos jurídicos sob exame, em especial, a propriedade.*

Hayek identifica na propriedade uma instituição necessária para o surgimento da civilização e da manutenção de uma ordem espontânea na sociedade, unindo Direito, Liberdade e Propriedade como uma *triade inseparável*⁷⁴ (HAYEK, 2003, p. 54,107-108).

A propriedade privada é causa de importantes conseqüências simultâneas na esfera individual e na esfera coletiva da vida humana, ao estabelecer a estrutura de incentivos sob a qual os agentes tomarão decisões políticas e decisões de alocações de recursos. O fortalecimento da propriedade permite ampliar tanto a liberdade individual como o crescimento de uma sociedade humana que encoraje uma justa e eficiente distribuição de oportunidades econômicas (TORSTENSSON, 1994; GOLDMITH, 1995; DE SOTO, 200; ACEMOLGLU et ali, 2002; MOURA et ali, 2009).

Entretanto, a história humana demonstra que a evolução institucional não é um destino, mas uma escolha ou luta política que ocorre dentro da sociedade.

3.1. Propriedade e Crescimento Econômico

O crescimento econômico de uma sociedade depende da qualidade dos direitos de propriedade ali estabelecidos institucionalmente por meio de agentes políticos.

⁷⁴ De forma semelhante, diz Von Jhering: “Apropriando-me da coisa, imprimo-lhe o cunho da minha personalidade, e qualquer ataque dirigido a esse objeto me atacará, porque a minha propriedade sou eu: a propriedade não é mais que a periferia da personalidade estendida a uma coisa” (VON JHERING, [1872], 2009).

Como anteriormente examinado, o modelo do agente racional permite examinar as motivações individuais dos agentes a partir do dilema entre custos e benefícios. Nesta perspectiva, o direito de propriedade é condição *sine qua non* para a existência de mercados e sua existência incentiva e trocas e os investimentos em desenvolvimento tecnológico⁷⁵ e capital humano em uma sociedade⁷⁶ (DEMSETZ, 1976; NORTH, 1994; ACEMOGLU *et al.*, 2005; SALAMA, 2017).

O crescimento econômico ocorre quando instituições políticas alocam poder em grupos de interesse ao garantir eficácia jurídica ou *enforcement* de *direitos de propriedade bem definidos*. Sem direitos de propriedade, os indivíduos não possuem incentivos para investir; e sem mercados, esses recursos não conseguem ser alocados da forma mais eficiente (ACEMOGLU *et al.*, 2005).

Ao contrário, se um bem permanece de acesso comum, isso levará ao *sobreuso* de seus recursos, gerando a *tragédia dos comuns*⁷⁷, *em que cada consumidor de recursos impõe custos aos demais* (HARDIN, 1968; MERRILL, 2002). A propriedade de uso comum resulta em grandes externalidades, já que os custos das ações individuais não são arcados pelo agente, mas pela coletividade (DEMSETZ, 1967).

Como visto anteriormente, as instituições *estruturam uma rede de custos e benefícios* que alteram o comportamento dos indivíduos, determinando a extensão do investimento social em desenvolvimento tecnológico ou capital humano. Um aspecto essencial de uma política de desenvolvimento é a *criação e imposição de direitos de propriedade eficientes* (NORTH, 1994).

Direitos de propriedade criam incentivos para a melhor utilização do bem, incentivam trocas, indiretamente melhoram a vida social ao permitir a diversificação dos

⁷⁵ North vem se dedicando a compreender a relação entre mudança tecnológica e instituições, bem como Nathan Rosenberg e Joel Mokyr (NORTH, 1994).

⁷⁶ O direito contratual incentiva a cooperação (boa-fé) e combate o oportunismo (má-fé), enquanto a responsabilidade civil reduz os custos sociais dos danos não contratuais. O direito societário regula os problemas de agência que surgem dentro de uma pessoa jurídica, demonstrando que economia de mercado e estado de direito se relacionam intimamente (SALAMA, 2019).

⁷⁷ Os bens comuns somente se justificam sob condições de baixa densidade populacional e vem sendo, ao longo do tempo, abandonados, v.g. na produção de alimentos e nos depósitos de lixo. (HARDIN, 1968).

⁷⁸ A menos que os ocupantes tenham título formal à terra, o que inclui a proteção contra invasores (ALSTON *et al.*, 2011).

bens consumidos para além da produção dos próprios agentes e, ao estabelecer deveres de respeito gerais, criam custos para as disputas e incentivam inovações e investimentos (EINENMÜLLER, 2012).

A maneira específica, em cada momento de uma sociedade, de estruturar o direito de propriedade *altera custos e benefícios* que as pessoas enfrentam, modificando assim seus comportamentos.

Sob esta perspectiva, surgem duas questões.

A primeira é *por que as pessoas aderem ou não às determinações das normas jurídicas?* Na Economia, ocorre um julgamento entre custos e benefícios sob a perspectiva dos agentes racionais e, portanto, *qualquer comportamento pode ser induzido por normas jurídicas* (KREPS, 1997).

No Direito, avalia-se a *efetividade do direito* ou *aproximação entre o dever ser normativo e o ser da realidade social*. Efetiva, para o Direito, é a norma jurídica que enseja a concretização do direito que nela se prevê, propiciando o desfrute real do bem jurídico assegurado (BARROSO, 2001).

Já a segunda questão é: *quais são os custos e incentivos que pautam a criação destas normas jurídicas?* Essas criam custos e incentivos para a escolha racional de indivíduos na sociedade.

3.1.2. Custos de Transação e Instituições

Este debate se inicia com Ronald Coase nos artigos *The Nature of the Firm (1937)* e *The Problem of Social Cost (1960)*, que se ocupam em compreender as regras jurídicas sob o ponto de vista da eficiência econômica. *O foco de Coase está em direcionar as atenções para os custos de transação em um mercado.*

O Teorema de Coase sustenta que, *se os custos de transação são zero, não importa o arranjo inicial de alocação de direitos, pois, ao longo do tempo, as partes vão corrigir esta alocação desde que os direitos estejam bem definidos e as possíveis medidas legais sejam fáceis de se antecipar* (COASE, 1960, p. 19).

Do Teorema de Coase, derivam três proposições.

Primeiro, cumpre ao Direito *minimizar os custos de transação de um mercado*. Quando o Direito define claramente os direitos de propriedade, torna-os transferíveis. Segundo, se os custos de transação de um mercado permanecem altos, o direito deve atribuir direitos de propriedade aos usuários de maior valor, tal qual o mercado faria⁷⁹. Terceiro, se houver custos de transação positivos o resultado eficiente pode não acontecer sob todas as normas jurídicas em vigor. *Portanto, a norma que deveria prevalecer é aquela que minimiza os efeitos dos custos de transação*⁸⁰ (SILVEIRA, 2022, p. 183)

Coase demonstrou como a introdução de custos de transação na análise econômica determina as formas organizacionais e as instituições, o que demonstra a importância do Direito na determinação dos resultados econômicos. No mundo real, os custos de transação são positivos e as instituições legais impactam significativamente o comportamento dos agentes econômicos. Atores econômicos sempre querem reduzir os custos de transação sob suas perspectivas a fim de obter benefícios de interações econômicas no menor custo possível (PETRAM, 2011, p. 6).

A proposta de Coase poderia levar à conclusão de que instituições ineficientes, com custos de transação elevados, não resistirão e que haveria uma convergência ao longo do tempo às melhores instituições.

Ocorre que instituições são determinadas pelas *escolhas políticas* de uma sociedade e determinam não apenas o crescimento, mas a sua *distribuição na sociedade*. O conteúdo de um direito não é preexistente, mas o palco e o território a ser conquistado em batalhas políticas cuja duração excede a vida humana individual. Todas as grandes conquistas do Direito, como a abolição da escravidão, a eliminação dos servos, a livre disposição da propriedade, a liberdade de empreender e de consciência não têm sido incorporadas sem lutas de vários séculos (VON JHERING, [1872], 2009).

⁷⁹ Por exemplo, a doutrina do uso justo (*fair use*) de direitos autorais, que permite aos escritores publicarem citações curtas de um trabalho protegido por direitos autorais sem negociar com os detentores de tais direitos. O custo de negociar autorizações é na realidade proibitivo, e a teoria propõe o resultado que o mercado traria, caso transações de mercado fossem viáveis

⁸⁰ Coase era contrário ao formalismo econômico por serem meras aproximações e não realidade observável. O valor da mão invisível de Adam Smith é que se trata de metáfora que chama atenção para os fenômenos visíveis, as práticas econômicas e as instituições, que podem ser observadas, descritas e comparadas. Coase propõe comparar Estados reais e mercados reais, e jamais Estados ideais e mercados reais, quando da consideração de intervenção na economia (SILVEIRA, 2022, p. 193-194).

Instituições políticas que constituem os poderes jurídicos e a distribuição dos recursos decorrentes levam à constituição de *poderes de facto*. *Se poderes políticos concentram poderes jurídicos em um único indivíduo ou em um pequeno grupo, as instituições que protegeriam os direitos de propriedade e de igualdade de oportunidades para o restante da população dificilmente conseguem se manter*⁸¹ (NORTH, 1994; ACEMOGLU *et al.*, 2005).

Custos de transação, instituições e poderes políticos de fato se articulam na definição do direito de propriedade, ao longo da história.

Nesse sentido, Harold Demsetz formulou influente hipótese de que a propriedade privada surge quando *os benefícios sociais de estabelecer estes direitos superam seus custos sociais*. Para tanto, exemplifica como a existência de propriedade privada entre os índios Montagnes do Quebec, em razão do mercado de peles de castor, que incentivava o cruzamento planejado e criava custo para o excesso de caça, frente à ausência de propriedade privada para os índios americanos do Sudoeste, que caçavam animais em vastos territórios e não corriam os mesmos riscos decorrentes da escassez (DEMSETZ, 1967; MERRILL, 2002).

No mesmo sentido, Daren Acemoglu, Simon Johnson e James Robinson apontam que a falta de direitos de propriedade na Europa na Idade Média para fazendeiros⁸², mercadores e *proto-industriais* impactou negativamente o crescimento econômico do período. Enquanto os monarcas tinham incentivos a proteger seu próprio direito de propriedade, não tinham incentivos para proteger os direitos de propriedades alheios. Ao contrário, monarcas comumente realizavam expropriações, imposição de tributos arbitrários, transferência de recursos da sociedade para aliados políticos. A falta de crescimento econômico, de um lado, era o reflexo do poder político das monarquias medievais. Até o século dezessete, na Inglaterra, não havia maneira de se obter poderes de facto suficientes para resistir à monarquia, mas mudanças nas regras da propriedade

⁸¹ Uma dificuldade ainda, para países em desenvolvimento, é a ausência de modelos atentos a estas realidades institucionais e mentalidades culturais, ressalvado que, no longo prazo, crescimento somente ocorre ao longo de um Estado de Direito, e não em regimes autocráticos (NORTH, 1994; ACEMOGLU *et al.*, 2005).

⁸² Coste, em 1695, identificava que a ascensão social de uma classe alta ligada à terra, *english gentry*, que não eram nobres, ou burocratas, mas simplesmente *bons bourgeois*, distinguia a dinâmica da ilha e a do continente. Em 1815, Bunert escreveu que a Coroa nunca havia se recuperado da venda das terras por James I, não apenas em razão das rendas, mas porque, com isso, cortaram-se os laços que uniam os inquilinos e a monarquia (TAWNEY, 1941).

imobiliária e a expansão do comércio do Atlântico gradualmente aumentou as fortunas dos mercantes e fazendeiros, que passaram a atuar para fortalecer seus direitos de propriedade, no presente e no futuro (ACEMOGLU *et al.*, 2005).

A Guerra Civil de 1642 e Revolução Gloriosa de 1688, compreendidas nesse novo arranjo de poderes políticos, levaram a uma reconfiguração institucional que *desenvolveu os direitos de propriedade e passou a limitar os poderes dos monarcas*. Como consequência, deram início a um rápido crescimento econômico que culminou na Revolução Industrial⁸³ e, portanto, a uma produção e distribuição de recursos econômicos completamente distinta daquela da Era Medieval (ACEMOGLU *et al.*, 2005).

Acemoglu e Robinson (2013) oferecem uma teoria simples, sem a pretensão de descrever todos os detalhes da realidade, mas proporcionando uma justificativa útil e empiricamente fundamentada sobre a riqueza e a pobreza. Nesta teoria, o extrativismo institucional é o culpado por manter países na penúria e os impedir de encontrar o caminho do crescimento econômico. Não se trata de determinismo histórico, geográfico ou cultural, mas de um arranjo institucional que mantenha incentivos *inclusivos*, apoiado em pluralismo político, e que afaste *incentivos viciosos* extrativistas, apoiado em centralizações políticas em benefício de oligarquias. Ao longo do tempo, estes incentivos moldaram as situações de pobre e riqueza que encontramos concretamente na realidade. Os autores promovem uma interpretação institucional da História e da história das instituições nas nações. As instituições são políticas, jurídicas e econômicas. Se inclusivas, asseguram os direitos de propriedade, criam condições igualitárias para todos e incentivam os investimentos em novas tecnologias e competências e tem mais chance de promoverem riqueza que instituições extrativistas, moldadas para que poucos possam extrair recursos de muitos e incapazes de promover os direitos de propriedade ou fornecer incentivos para inovação e atividade econômica. Elementos inclusivos já presentes nas instituições, amplas coalizões ou contingências históricas são capazes de reiniciar uma

⁸³ Para Joel Mokyr, a Revolução Industrial ocorreu devido a desenvolvimentos tecnológicos e, embora exista a percepção de que os direitos de propriedade intelectuais estabelecidos na Inglaterra em 1625 tenham sido úteis, as instituições necessárias para o desenvolvimento tecnológico são diferentes daquelas que apoiam o crescimento de mercados que protegem os direitos de propriedade. Os inventores capturaram pouco valor de suas invenções no período e um sistema de patentes mais acessível e de forte proteção, promovendo monopólios e bloqueios de patentes, teria tido o efeito de desacelerar as mudanças e o progresso (MOKYR, 2009).

instituição extrativista em uma renovada instituição inclusiva, mantendo a oligarquia impedida de promover o extrativismo⁸⁴.

No mesmo sentido, Peter Boettke e Rosalino Candela (2017) entendem que o planejamento central socialista criou as condições institucionais por meio das quais os piores homens, aqueles mais capazes de desejosos de exercer a força em um ambiente totalitário, chegaram ao topo da hierarquia política. Para tanto, aproveitaram-se da hipocrisia econômica soviética, em que formalmente teria havido a abolição da propriedade privada e do mercado privado mas, de fato, havia mercado negro, economia racionada e competição pelo controle dos recursos por meio da disputa pela liderança do Partido Comunista. Boettke e Candela exploram a noção de que a centralização política *selecionou líderes que estavam desejosos em usar a força bruta contra outros homens*. Para estes, totalitarismo não decorre da corrupção ou de acidentes históricos, mas *consequência lógica dos incentivos institucionais de uma economia centralizada politicamente*.

Deirdre McCloskey (2015) faz a crítica deste argumento da perspectiva cultural. Argumenta que o que mudou na Inglaterra da Revolução Industrial não foram as instituições, mas a ética. Economia está baseada na ética, em metáforas e narrativas. Não são instituições extrativistas, mas fracasso ético, o real problema a ser enfrentado. O desenvolvimento não surge com incentivos mais fortes decorrentes de um novo arranjo institucional, mas com a chegada de uma nova cultura e de uma nova dimensão moral. Para ela, liberdade e dignidade não são fáceis de alcançar pois implicam em aceitar o lucro comercial, rejeitar protecionismo tribal, resistir a tentações como planejamento e regulação e ideologicamente abraçar a igualdade das mulheres, pobres e demais castas de baixo status social. Foi exatamente a ideia de tratar todos como iguais, livres e honrados

⁸⁴ As elites extrativistas têm interesse no crescimento econômico, para ter mais o que extrair. As instituições extrativistas costumam gerar algum crescimento sob seu regime autoritário, mas o crucial é que não é sustentado pois não há inovação criativa como também desestabiliza as relações estabelecidas de poder na política, tornando o poder político disputado por inúmeros grupos e indivíduos, emergindo forças poderosas que empurram as sociedades sob instituições extrativistas para a instabilidade política. Mudanças institucionais significativas são resultado da interação entre circunstâncias fáticas e instituições existentes, sendo a resolução do conflito social a situação que promove a mudança institucional. Portanto, não é possível promover mudança na sociedade sem compreender as instituições extrativistas e a política que os sustenta e impedem o desenvolvimento de um mercado livre com desenvolvimento tecnológico e inovações, garantindo a impossibilidade de alteração do *status-quo* por meio das chamadas destruições criativas do modelo monopolista (ACEMOGLU, ROBINSON, 2013)

que fez os países imensamente ricos. Instituições tem significado humano e não podem ser vistos como uma rede de incentivos e restrições mecânicas desvinculadas da ética e de virtudes como a coragem ou a fidelidade. Portanto uma teoria que desconsidera significado humano, narrativa, identidade e ética não é capaz de descrever completamente a realidade^{85 86}.

3.1.3. Custos de Transação e *Public Choice*

A visão institucional acrescenta complexidade ao exame da propriedade, pois se um grupo político tem muitos recursos econômicos frente aos demais, há um aumento de *poderes de facto* e da *capacidade de manipular as instituições em benefício de seus interesses*⁸⁷.

Para Bertrand Russell, o poder é o conceito fundamental das ciências sociais. O núcleo semântico do poder, segundo Fábio Konder Comparato, é a “capacidade de imposição de uma vontade à outra”. Toda relação de poder implica a submissão de alguém ao comando de outrem, pela força ou violência⁸⁸. Na tradição grega, os regimes se classificam em função do titular do poder supremo (*kurios*), se um só (*monos*), monarquia; os melhores cidadãos (*aristoi*), aristocracia, ou o conjunto da população, (*demos*), democracia. Na visão de Aristóteles, cada regime possui uma versão entre uma

⁸⁵ McCloskey (2006) afirma: “Instituições não meramente restringem comportamento humano, dando preços ao que as pessoas tem incentivos para responder. Elas expressam humanidade dando-as significado”.

⁸⁶ McCloskey (2015) refuta especialmente a compreensão histórica de Acemoglu e Robinson sobre a propriedade medieval que para ela não explica o Medieval, a Revolução Industrial ou a contemporaneidade com base em incentivos, restrições, ineficiências e eficiências. McCloskey é refratária à intervenções estatais que impedem o pleno funcionamento na realidade das virtudes da dignidade e da liberdade burguesas e que, conforme demonstram a experiência comunista soviética, resultou em fome antiburguesa.

⁸⁷ Qualquer transição, seja para eficiência ou ineficiência, é uma escolha política realizada por um mecanismo político (BANNER, 2002).

⁸⁸ O vínculo estreito entre violência e poder é ilustrado na mitologia grega pelos dois titãs irmãos, Kratos e Bia. No *Prometeu Acorrentado*, de Êsquilo, Prometeu é punido porque havia, contra as leis divinas, ensinado o fogo aos homens. A lição do mito é que todo poder acarreta ao infrator o uso legítimo da força e que, “inversamente, a força ou violência não fundada no poder é sempre ilegítima”, “exatamente o contrário do que afirma Mefistófeles no segundo Fausto, de Goethe (quinto ato): Quem detém a força possui o Direito” (COMPARATO, 2018, p. 12-13).

forma boa, ligada ao bem comum, e uma forma má, ligada aos próprios interesses dos governantes. Na contemporaneidade, essa oligarquia, a degeneração da aristocracia, é sempre dissimulada, sob a falsa aparência de um regime popular que oculta a verdadeira soberania ou poder supremo (ARISTÓTELES, 1998; COMPARATO, 2018, p. 12-15).

A noção de que indivíduos que produzem decisões de políticas públicas não considera maximizar o próprio bem, mas apenas “o bem-estar social da população” se revela problemática em face do modelo do agente racional (DOWNS, 1957).

A principal hipótese de Anthony Downs é a de que as políticas formuladas são apenas meios de obter o poder e permanecer no poder⁸⁹. *O objetivo dos governantes é obter a renda, o poder e o prestígio que existem em cada função pública*. A forma de obter essa posição social difere: democracia, totalitarismo ou aristocracia. E a maneira de exercer esse poder depende da natureza do equilíbrio de poder entre governantes e governados, ou a chamada constituição “real”⁹⁰.

⁸⁹ Por isso Anthony Downs propõe os seguintes axiomas: (1) Cada grupo político deseja o poder para aproveitar o prestígio, renda e poder que acompanham os cargos; (2) a coalização vencedora controla o poder até a próxima mudança de poder institucionalizada; (3) Os poderes econômicos do governo são ilimitados; (4) A oposição não pode ser impedida, salvo se tentar obter o poder pela força; (5) Todos os agentes políticos do modelo atuam racionalmente – somente agem quando o ganho marginal exceder o custo marginal (DOWNS, 1957).

⁹⁰ Até o surgimento desta escola teórica, os economistas descreviam o governo como se fossem dirigidos por perfeitos altruístas cuja única motivação seria “maximizar o bem-estar social”. Enquanto fizeram isso, ficaram impedidos de incorporar à teoria econômica, ou seja, a premissa de que todos os seres humanos tomam decisões que privilegiam o seu interesse pessoal.

Se o governo maximiza o bem-estar social (o que quer que isso queira dizer) depende apenas de quão competitiva é a luta pelo poder e a influência desta luta no comportamento dos agentes políticos⁹¹92 (DOWNS, 1957; MONTEIRO, 2007).

De acordo com George Stigler, a regulação (*o que inclui a regulação*⁹³ *sobre a propriedade privada, é evidente*) é um bem submetido a um leilão⁹⁴ dos políticos, que vendem a legislação para a tutela do grupo de pressão disposto a pagar por ela ao preço mais alto em termos econômicos, sob as seguintes condições: (a) setor específico com destinatários identificáveis; (b) alto grau de necessidade de desenvolvimento de normas técnicas, tal como no setor ambiental; (c) tomador de decisão é um agente público, de nomeação política (STIGLER, 1971; DAL BÓ, 2006; PETRILLO, 2022).

Nesse mesmo sentido, Douglass North afirma que, se os custos são significativos, *as instituições são importantes, pois são estas que pautam as escolhas dos agentes e o fluxo da história*. Não há garantias, em razão das forças políticas envolvidas na construção das regras, que a evolução institucional levará ao crescimento econômico. Criar instituições que alteram os custos e os benefícios em favor de cooperação em trocas

⁹¹ Downs (1957) separa a natureza da decisão pública em dois contextos: em um mundo em que conhecimento e informação não possuem custos, em que as preferências dos cidadãos são igualmente consideradas, e noutro, em que são custosos. Nesse último cenário, (a) os grupos políticos não sabem exatamente o que os cidadãos querem, (b) que os cidadãos não sabem exatamente o que os grupos políticos na oposição e o governo fazem ou farão, (c) *informação é custosa e, portanto, há espaço para persuasão, ideologias e ignorância racional*, (d) desigualdade na influência política dos cidadãos, conforme os recursos em obter conhecimento e influência. Para Anthony Downs, até mesmo as ideologias são consequência desse ambiente de conhecimento imperfeito que existe nas sociedades, pois simplificam para o cidadão o mecanismo de julgamento e avaliação a respeito de toda e qualquer atuação governamental. Ele aponta que a função de lobby em uma sociedade somente existe porque, em uma sociedade de conhecimento imperfeito, governo, exploradores e explorados atuam racionalmente.

⁹² Em razão do panorama teórico e metodológico acima, a especificidade da escola da *Public Choice* no Brasil é acrescentar um paradigma analítico que permite examinar as escolhas dos agentes públicos de forma a evidenciar (a) os ganhos e perdas dos grupos políticos envolvidos na tomada da decisão e nos resultados da decisão e (b) os mecanismos que viabilizam a irracionalidade individual do público, mediante a ação de grupos de interesse, partidos políticos, lobby e mídia, cuja baixa informação implica na adoção de ideologias e mecanismos psicológicos de aceitação do *status quo* (MONTEIRO, 2007).

⁹³ A disciplina fundamental do direito de propriedade, inclusive no liberalismo econômico, rege-se por normas de ordem pública, com interferências crescentes especialmente após a Constituição alemã de Weimar, de 1919, que inaugura o Estado de Bem-estar social. (ALVIM, 2009, p. 179).

⁹⁴ Sobre isso, afirmou Fábio Comparato: “Constitui, aliás, um dos múltiplos ludibrios ideológicos do sistema de dominação capitalista sustentar que ele independe do Estado e se esforça por limitar o poder estatal, em nome da livre iniciativa. Na civilização capitalista, a realidade sempre foi outra”. (COMPARATO, 2018, p. 17).

impessoais é um processo complexo, pois, além de criar instituições econômicas, requer a preexistência de apropriadas instituições políticas (NORTH, 1994).

O caso brasileiro ainda conta com uma *mentalidade* ligada historicamente ao *latifúndio e ao escravismo*⁹⁵, com as características do (a) *rentismo* (*rent seeking*)^{96 97}, com a captura das instâncias regulatórias^{98 99} para obtenção de privilégios em prol de grupos de interesse; (b) *personalismo*, a administração e a política se caracterizam pela atuação, conflitiva ou amigável, de alternativas de paternalismo protetor, fazendo do espaço público o prolongamento do espaço privado; (c) *predomínio dos sentimentos sobre racionalidade*, como se dizia na República Velha, “aos amigos, tudo, aos inimigos, a lei”; (d) *dissimulação e duplicidade do caráter das instituições*¹⁰⁰, fazendo que oficialmente e na forma a instituição brasileira se equipare às modernas, mas materialmente vigore¹⁰¹ as mentalidades e costumes que estruturam o poder e a força dos

⁹⁵ “Escravidão e latifúndio, somados e conjugados, fizeram-nos construir uma determinada ideia do que é ser pessoa, do que é coisa, e dos papéis reservados às pessoas e às coisas (...). É que, como ensinou Paolo Grossi, “a propriedade é, sobretudo, uma mentalidade” (MARTINS-COSTA, 2014, p. 455-456).

⁹⁶ Competição por lucro no modelo competitivo não é *rent-seeking*, pois cria valor como novos produtos e a alocação de recursos para usos de maior valor. O *rent-seeking* é improdutivo e destrói valor ao desperdiçar recursos valiosos. O conceito de *rent-seeking* foi desenvolvido por Tullock em 1967, e recebeu contribuições relevantes de Krueger, Posner e Buchanan.

⁹⁷ Em muitas economias de mercado, as restrições governamentais sobre atividades econômicas permitem *rentismos* de uma grande variedade de formas, dando origem à competição pelo *rentismo*. Algumas vezes, essa competição é legal; em outras, geram corrupção e mercados negros (KRUEGER, 1974).

⁹⁸ “Quanto à burocracia estatal, ela usufrui de seus cargos (...). É por isso que somente ingressamos na fase do capitalismo industrial no século XX e, em parte, graças aos imigrantes europeus ou japoneses, com seus costumes ancestrais de poupança e trabalho pessoal” (COMPARATO, 2018, p. 30).

⁹⁹ “Embora o poder real seja absoluto, as autoridades subalternas se sentem de tal forma fortalecidas pelas distâncias, que podem opor mil entraves à execução das ordens do soberano, quanto estas contrariam algum dos seus interesses.” “Assim, em um país no qual uma longa escravidão fez, por assim dizer, da corrupção uma espécie de hábito, os magistrados, libertos de qualquer espécie de vigilância, podem impunemente ceder às tentações” (SAINT-HILAIRE 1938, p. 309).

¹⁰⁰ “Sob esse aspecto, encarnamos à perfeição o poeta fingidor de Fernando Pessoa. Fingimos tão completamente, que chegamos a pensar que existe e é regularmente obedecido o direito ideal estabelecido em nossa Constituição e em nossos Códigos” (COMPARATO, 2018, p.121).

¹⁰¹ Para Comparato “sem dúvida, a parte mais lamentável do serviço público durante o Brasil Colônia foi a do Judiciário”. A administração da justiça cabia aos poderosos do sertão, unindo força militar e poderio econômico. Para equilibrar as relações e compadrio dos magistrados com as famílias locais, foram criados os *juizes de fora*. Havia o problema do analfabetismo dos juizes e do fato costumeiro de magistrados tornarem-se comerciantes mesmo com a incompatibilidade

grupos oligárquicos; (e) *multissecular costume da corrupção*, desde o primeiro século da colonização. Por isso que, no Brasil, nunca houve um Estado de Direito, em que as instituições se controlam mutuamente; (f) *centralização do poder pela conciliação*, com origens na Reconquista, em que o monarca português transformou os antigos nobres em comandados¹⁰² e implementou uma relação de hierarquia militar de origem visigótica, havendo se somado o histórico de conciliação ente burgueses e velha aristocracia portuguesa, na Baixa Idade Média, o que viabilizou as grandes navegações, acordo este que levou a caminho bem diverso do tomado pela Revolução Francesa¹⁰³ (COMPARATO, 2018, p. 28-53; 71).

3.2. Breve História da Propriedade

Como visto, a existência da propriedade privada e da possibilidade de suas transmissões se relacionam amplamente com a própria estrutura de poder político de uma sociedade e com as possibilidades reais das pessoas exercerem sua liberdade e prosperarem.

legal do desempenho desta função. Como observou Saint-Hilaire, “os pleiteantes temem a ignorância dos juízes ordinários e a venalidade dos juízes de fora”. Para Comparato, “a corrupção sempre grassou fundamente no serviço judiciário português, seja na metrópole, seja nas colônias” e “na maior parte dos casos, o serviço judiciário existiu não para fazer justiça, mas para extorquir dinheiro”, como denuncia o “Sermão de Santo Antônio Pregando aos Peixes”, de Padre Vieira. Como exemplo, ainda, aponta o caso do desembargador Pero Borges, condenado por corrupção em Portugal em 1547 e no ano seguinte nomeado como ouvidor-real do Brasil. Aqui chegando, enviou ofício para o reino, qualificando o quadro da colônia como “uma pública ladroíce e de grande malícia”. (COMPARATO, 2018, p. 77-80). Sobre a corrupção no período monárquico, “alguns ilustres viajantes estrangeiros – e o próprio imperador D. Pedro II – fizeram questão de pôr em foco a generalizada corrupção da magistratura, que grassou durante o período monárquico”. (COMPARATO, 2018, p. 107).

¹⁰² Conforme as Leis de Afonso II, de 1211, “Porque nenhuma Lei, pelo Rey feita, o obriga, senão em quando ele, fundado em razão e igualdade, quiser a ella submeter seu Real poder (Livro 2º, título XXV, 21) (COMPARATO, 2018, p. 36).

¹⁰³ O objetivo já não era dominar populações e conquistar territórios, mas obter monopólio comercial sobre especiarias, produtos agrícolas, metais preciosos e escravos (adquiridos por troca de mercadorias das ilhas atlânticas, ou por produtos agrícolas do Brasil, como mandioca, açúcar, tabaco, algodão e aguardente de cana. No início do século XVI, a renda do comércio ultramarino representava dois terços da renda total da Cora portuguesa (MONTESQUIEU, 2000; COMPARATO, 2018).

Nos primórdios das civilizações indo-europeias a propriedade era coletiva, da família ou comunidade, e os bens inalienáveis (LAGO, 2008).

O templo sumério catalisou o complexo processo histórico da formação das cidades-estados como (a) centro de culto, (b) aglomeração urbana e (c) unidade econômica, com atuação agrícola, pecuária, industrial e comercial (DEL POZO, 2001). O conceito de propriedade foi primeiramente codificado na região da Mesopotâmia, nas Leis de *Eshnunna*, em cerca de 1930 AEC. Uma pessoa livre poderia adquirir a propriedade de diversos objetos, podendo proteger seu direito em face de terceiros com a ajuda da sociedade. Diversos documentos legais atestam a existência de terras possuídas por indivíduos, que as dão em pagamento, oneram, compram ou arrendam de outros. No sul da Mesopotâmia, a propriedade privada era residual; no Norte, na Babilônia e Nippur, tinha um papel muito relevante. A regulamentação da propriedade é semelhante, em linhas gerais, ao modelo feudal (DEL POZO, 2001; HOOFS, 2010).

No antigo Egito, o faraó era um monarca absoluto, proprietário de todas as terras. Ainda assim, a propriedade poderia ser objeto de transações, sendo a terra tratada “como se fosse da propriedade dos indivíduos”. Além disso, ainda havia conceitos derivados da propriedade como servidões (caminhos de acesso de um imóvel por meio de outro) e cauções (garantias sem a transmissão de propriedade) (HOOFS, 2010).

A Grécia antiga igualmente conhecia as propriedades pública, sagrada e privada. Aos cidadãos era destinada a propriedade da terra. O direito grego conhecia três formas de garantias reais, (a) *enechyrion*, ou penhor, em que o objeto da garantia, geralmente um bem móvel, tinha sua posse transferida ao credor, (b) *hypotheke*, em geral para bens imóveis, em que o devedor permanecia na posse do bem enquanto o crédito era pago e, se houvesse inadimplemento, o credor poderia vender o bem para se pagar, (c) *prasis epi lusei*, uma venda realizada pelo devedor do bem com pacto de retrovenda, para fins de garantia. A hipoteca como direito real de garantia sobre bem imóvel surge com a superação da inalienabilidade da terra após o terrível impacto da Guerra do Peloponeso, ocorrida em 431 a 404 AEC, e não antes, na época de Sólon (FINE, 1951; SMITH, 1952; HOOFS, 2010).

Em geral, abordagens históricas sobre a propriedade começam no Direito Romano, em razão de sua grande influência no direito privado ocidental. O chamado Direito das Coisas é a parcela do Direito Civil mais vinculada ao Direito Romano e, ainda,

o ramo em que há mais semelhanças no direito comparado do mundo ocidental (ALVIM, 2009, p. 178; HOOFS, 2010).

As duas mais influentes codificações romanas possuem quase mil anos de distância entre si: a Lei das Doze Tábuas (*Lex Duodecim Tabularum*), de 451 AEC e o *Corpus Iuris Civilis*, composto pelas *Institutas (manual para estudantes)*, *Digesto ou Pandectae* (coleção de opiniões de juristas como Gaio, Ulpiano, Celso e Papinian), *Codex* (as leis imperiais) e *Novelas* (compilação posterior de leis imperiais), e de iniciativa do Imperador bizantino Justiniano I, em meados do século VI DEC, após a queda do Império Romano do Ocidente (HOOFS, 2010; POUSADA, 2012)¹⁰⁴¹⁰⁵.

O Direito Romano do período clássico¹⁰⁶ concebia a propriedade, *dominium*, como um *direito absoluto do proprietário sobre o bem*, em oposição ao Direito Germânico, que mesmo sob a influência daquele, admitia um caráter social da propriedade cujo exercício deveria *considerar os interesses de terceiros na comunidade*. Por exemplo, a destruição do bem é contrária ao conceito germânico de propriedade. O

¹⁰⁴ A Lei das Doze Tábuas surge logo após a República Romana, de 510 AEC, em uma sociedade estratificada em diferentes classes sociais: os *patrícios*, oligarquia aristocrata responsável pela deposição dos reis etruscos, e os *plebeus*, que ignoram o direito aplicado, por ser de conhecimento exclusivo dos patrícios que exercem a função de pontífices. A plebe, composta por diversos grupos de origem distintas, nasce como grupo coeso e com reivindicações em meio à crise econômica e alto endividamento dos trabalhadores, artesãos e pequenos comerciantes. Para o historiador romano Tito Lívio, o poder dos côsules mostrava-se excessivo e intolerável numa cidade livre (HOOFS, 2010; MADEIRA, 2015). Apesar de não estabelecer uma igualdade jurídica entre os diferentes grupos sociais, favoreceu a situação da plebe, por exemplo, ao não lhe interditar legalmente o acesso às magistraturas (CENTENO, 2014). Sua importância para os romanos foi tão grande que Cícero afirmou que esta valia mais que a obra de todos os filósofos, e Tito Lívio, que estas eram a fonte de todo o direito público e privado. A semelhança entre a *Lex Duodecim Tabularum* e o *Corpus Iuris Civilis* demonstra a influência deste marco jurídico inicial (HOOFS, 2010; MADEIRA, 2015; SIQUEIRA, PENCHEL, 2021).

¹⁰⁵ Com a queda de Roma e a deposição do último imperador romano do ocidente, Romulus Augustulus, em 476 DEC, se inicia a Alta Idade Média e o declínio do Direito Romano no que havia sido o Império Romano do Ocidente e que passava a ser governado por reis germânicos independentes. Neste período, ocorreu o equivalente ocidental ao *Corpus Iuris Civilis*, a *Lex Romana Visigothorum* ou Breviário de Alarico, obra recompilatória do Direito Romano, que continha um resumo das Instituições de Gaio (comentários sobre as Leis das 12 Tábuas escrito cerca de 600 anos depois destas) e das Sentenças de Paulo, uma versão muito incompleta do *Codex Theodosianus*, edições intensamente vulgarizadas e resumidas de leis imperiais e que obteve grande difusão durante a Alta Idade Média (HOOFS, 2010; WARD-PERKINS, 2005; POUSADA, 2012; BRITO, 2012).

¹⁰⁶ “Propriedade familiar, propriedade dividida, copropriedade, todos estes conceitos existiam no período pré-clássico, antes que o absoluto caráter do domínio fosse formado. Mesmo a denominação “*dominium*” somente ocorrerá no primeiro século AEC.” (PRINGSHEIM, 1944, p. 62)

dominium romano poderia ser defendido por uma ação (*actio*) denominada *rei vindicatio*, movida contra qualquer pessoa que estivesse na posse injusta do bem, *mesmo que de boa-fé*, e a *actio negatoria*, em face de quem interferisse no controle da propriedade (PRINGSHEIM, 1944; HOOFS, 2010).

O direito germânico, inicialmente não escrito, desconhecia a propriedade privada imobiliária, que pertencia à comunidade. Com a conquista do Império Romano do Ocidente e a partir do *Codex Euricianus*, de 480 DEC passou a ser escrito e influenciado pelo Direito Romano e pelo Direito Canônico da Igreja Católica, aplicado como um direito internacional entre países cristãos. No Direito Canônico, a boa-fé¹⁰⁷ (*bona fides*, oriunda do direito romano) recebia grande peso em disputas de propriedade para evitar comportamentos oportunistas¹⁰⁸ produzidos por contratos incompletos, em razão dos custos de transação e de informação envolvidos no caso concreto. A boa-fé como parâmetro de julgamento permite que o magistrado possa atuar contra oportunismos entre contratantes (JARDIM, 2005; HOOFS, 2010; BERTOLINI, 2017).

No século VIII, com o esfacelamento político centralizado no Império Romano do Ocidente, o Direito Feudal se estabeleceu, de maneira independente do Direito Romano e Germânico, baseado nos costumes e nas relações entre suseranos e vassalos, que passavam a viver em ambiente politicamente descentralizado configurando uma “grande civilização possessória”, como afirma Paolo Grossi (ALVIM, 2009, p.187).

Durante o período, o Direito Romano continuou¹⁰⁹ sendo utilizado para explicar as relações entre os diversos tipos de relações de propriedade entre vassalos e lordes sob o feudalismo. No Direito Romano, a enfiteuse¹¹⁰ era uma modalidade locatícia, perpétua,

¹⁰⁷ Em contraste, no Direito Inglês (*common law*), os juízes tradicionalmente rejeitam o dever de boa-fé entre as partes comerciais, salvo se uma expressa previsão contratual, especialmente em contratos relacionais como *joint ventures*, franquias ou distribuição (BERTOLINI, 2017).

¹⁰⁸ A incompletude contratual pode ser causada por fatores externos como (a) complexidade da transação, (b) incerteza sobre o futuro, (c) vagueza na linguagem, ou por fatores internos como escolha deliberada das partes em não apresentar todas as informações a partir de considerações estratégicas, criando oportunidade para comportamentos oportunistas. (BERTOLINI, 2017, p. 46-47).

¹⁰⁹ Para Ward-Perkins, ambos os grupos evoluíram: os romanos derrotados adotaram a identidade política dos germânicos vencedores, se tornando Visigodos ou Francos (e, portando, franceses), enquanto os germânicos adotaram a moldura cultural superior dos romanos, especialmente abandonando linguagem nativa e adotando nova religião (WARD-PERKINS, p. 80, 2005).

¹¹⁰ O nome é grego, *emphytheusis*, mas a origem grega da instituição é discutida. Caio Mário da Silva Pereira apresenta completo exame da questão em PEREIRA, 1967.

realizada pelos municípios e corporações sacerdotais. Posteriormente, os glosadores¹¹¹ medievais, como Bartolus de Saxoferrato (1313-1357) e Baldus de Ubaldis (1327-1400), passaram a justificar um desdobramento do direito de propriedade. A propriedade passou a ser dividida entre *dominium directum*¹¹² (*superior*), direito de vender a propriedade e de arrecadar o pagamento do vassalo, e *dominium utile* (*inferior*), direito de obter para si os frutos gerados pelo seu trabalho na terra, no modelo conhecido como enfiteuse ou aforamento¹¹³. Hugo Donellus, no século XVI, fez a distinção desenvolvida por Hugo Grotius e utilizada nos dias de hoje, *entre propriedade e direitos reais limitados*, de outro, como usufruto, direitos de garantia, entre outros (PEREIRA, 1967; HOOFS, 2010; COMPARATO, 2018)¹¹⁴.

Em Portugal, como aponta o historiador Alexandre Herculano, a tendência à centralização absoluta do poder monárquico, com origens na Reconquista, explica porque ali não houve existência das práticas feudais e, em seu lugar, predominou a *relação senhorial*¹¹⁵ e uma *regra de obediência* análoga à que se estabeleceu nos corpos militares, constituindo uma ordem de “dependência de uns em relação a outros na dimensão vertical da imposição de ordens, a exigir estrita e cega obediência”. No feudalismo havia justamente o contrário do senhorio português, a descentralização e fragmentação decorrente do esfacelamento do Império Romano do Ocidente, o que permitiu

¹¹¹ No século XIII, na Universidade de Bologna, Irnerius encontra uma coleção de direito *justinianeu* e inicia, com seus discípulos, a Escola dos Glosadores, que se utilizava do método literal de interpretação das passagens das fontes, elaborando pequenos comentários, ou glosas, inicialmente marginais, voltados a elucidar o trecho sob exame, sem maiores preocupações sistemáticas, mas em obter soluções a questões práticas da época (POUSADA, 2012).

¹¹² O domínio direto é denominado de nua-propriedade, para demonstrar a total amplitude do domínio útil (PEREIRA, 1967).

¹¹³ “Além de perpétuo, o aforamento é *indivisível* em benefício do senhorio direto, no sentido de que o vínculo enfiteutico não se fraciona na hipótese da passagem a diversos foreiros, seja por efeito de transmissão hereditária, seja por qualquer outra causa. Nesses casos, os consortes deverão eleger um *cabecel* que os represente perante o senhorio, e na omissão deles devolve-se a esse a faculdade de escolher um dentre os conforeiros” (PEREIRA, 1967).

¹¹⁴ Caio Mário da Silva Pereira define a enfiteuse como o direito real e perpétuo de possuir, usar e gozar de coisa alheia e de empregá-la na sua destinação natural sem lhe destruir a substância, mediante o pagamento de um foro anual e invariável (PEREIRA, 1967).

¹¹⁵ “Os *latifundia* romanos, que prosperavam em toda a extensão do império, eram posições de senhorio, no fundo e na forma. Com o enfraquecimento dos laços de vassalagem, os antigos feudos tornaram-se autênticos senhorios, os quais subsistiram ainda por vários séculos após o desaparecimento do feudalismo, e acabaram por transformar-se, com a abolição da servidão pessoal e a simplificação dos direitos reais, na propriedade rural regulada pelos Códigos do século XIX (COMPARATO, 2018, p. 55).

politicamente um reequilíbrio de poderes tal qual o previsto na Magna Carta inglesa de 1215. Enquanto na sociedade feudal, desigual, as pessoas mantinham relações de direitos e deveres, *a sociedade senhorial foi estruturada em torno do poder do proprietário diante do qual não há direitos, mas dependência* (COMPARATO, 2018, p. 53-54).

Nessa perspectiva política hierárquica e senhorial, a propriedade dividida foi o modelo utilizado pelo Reino de Portugal, desde 1375, nas chamadas *sesmarias*, com a finalidade de enfrentar a falta de investimentos do Reino português na agricultura, bem como combater a fome, o êxodo rural, as doenças, a mendicância e a diminuição de população¹¹⁶. Os senhores eram obrigados a tornar a terra agriculturável, por si ou outrem, *sob pena de confisco*. A prestação de serviços, inexistente na enfiteuse romana, demonstra o caráter feudal da legislação adaptada ao centralismo português e a previsão do confisco. (PEREIRA, 1967; SUEYOSHI, 2007; HOOFS, 2010; COMPARATO, 2018).

Com a ruptura do feudalismo¹¹⁷ e a Revolução Francesa de 1789, o sentido romano da propriedade retorna, com a proibição da perpetuidade da enfiteuse em leis do período revolucionário e, por fim, com a previsão de que a propriedade se exerce “da maneira mais absoluta”, como se prevê no art. 544 do *Code Napoléon* de 1804. A propriedade desde então volta a se estabelecer no continente europeu. Como sustenta Windscheid, no século XIX, a propriedade não é a soma de faculdades singulares, mas a plenitude do direito. (ALVIM, 2009, p. 181). Sobrevive o conceito de propriedade dividida ainda na Inglaterra, em que o rei permanece formalmente como o único proprietário da terra. Neste país, o sistema feudal foi estabelecido por William, o Conquistador, em 1066: toda a terra pertencia ao rei que, topo da pirâmide feudal, distribuía o *dominium utile* entre seus seguidores. (PEREIRA, 1967; HOOFS, 2010).

¹¹⁶ Para Ward-Perkins, os séculos pós-Romanos viram um dramático declínio econômico com impacto em toda a sociedade, da produção de alimentos até a alta cultura, atingindo reis, senhores e vassallos. A escrita desapareceu em diversas regiões e ficou muito restrita em outras e é bem provável que tenha ocorrido uma dramática queda populacional (WARD-PERKINS, p. 183, 2005).

¹¹⁷ “Fernando Rey Martínez aponta como início do processo de dissolução do feudalismo o estatuto *Quia Emptores*, de 920, que permitiu a alienação dos domínios feudais aos servos sem o consentimento do senhor feudal, possibilitando a desvinculação entre o aproveitamento econômico da terra e o poder político” (CORTIANO JR., 2001).

No Brasil, a enfiteuse foi extinta¹¹⁸ no Código Civil de 2002, em razão das críticas às cobranças de laudêmio quando da transferência do domínio útil. Mantiveram-se aquelas sobre terrenos de marinha, entre a União e particulares, e permanecendo as já existentes até sua extinção sob o regime do Código Civil de 1916.

Em que pese a regra, no mundo, ser a propriedade una e exercida de maneira absoluta, quase todos os países possuem exceções¹¹⁹. Por outro lado, é economicamente útil a possibilidade de separar as funções de proprietário e de titular de direitos reais inferiores ou dependentes da propriedade, pois se trata de um bem que não se move e que é menos sujeito à depreciação e que, com isso, exerce bem a função de garantia. Constantemente estão se desenvolvendo novos direitos reais como, por exemplo, a multipropriedade ou *time-sharing*, que especializou a propriedade no tempo e no espaço (ARRUÑADA, 2004).

3.3. Estrutura do Direito de Propriedade

Como Merrill e Smith apontam, a propriedade *saiu de moda* em discussões econômicas. Uma das razões, é o conceito de propriedade como “pacote de direitos”, em que (a) *propriedade é simplesmente o rótulo de qualquer pacote a que um indivíduo tem direito* e (b) *rotular algo como propriedade não predetermina que direitos o seu detentor efetivamente tem* (MERRILL, SMITH, 2001).

Para Douglas Allen, haveria um sentido jurídico de propriedade, *segundo a definição da lei*, e o sentido econômico de propriedade, *a possibilidade de fazer escolhas* (ALLEN, 2002).

¹¹⁸ Art. 2.038. Fica proibida a constituição de enfiteuses e subenfiteuses, subordinando-se as existentes, até sua extinção, às disposições do Código Civil anterior, Lei n.º 3.071, de 1.º de janeiro de 1916, e leis posteriores. § 1.º Nos aforamentos a que se refere este artigo é defeso: I - cobrar laudêmio ou prestação análoga nas transmissões de bem aforado, sobre o valor das construções ou plantações; II - constituir subenfiteuse. § 2.º A enfiteuse dos terrenos de marinha e acrescidos regula-se por lei especial.

¹¹⁹ Para Hoofs, dois exemplos notáveis: na Alemanha o *Treuhand* possui similaridades com o *Trust* da *Common Law*, e na França, a *Fiducie* introduzida em 2007 no Código Civil. No Brasil, são vigentes os Direitos de Superfície previstos no Código Civil e no Estatuto da Cidade.

Ocorre que a Análise Econômica do Direito somente será possível se o método econômico for utilizado sobre conceitos jurídicos tal qual operam na realidade. É preciso que Economia e Direito compartilhem, sob o nome de propriedade, um mesmo conceito.

Afinal, por estarmos em um mundo de custos de transação positivos, *custos de contratar, compreender e defender a propriedade, e cada um dos direitos reais*, é importante usar o *conceito jurídico de propriedade* (MERRILL, SMITH, 2011, p.100).

Como identifica Benito Arruñada, existe uma desconexão entre a Economia da propriedade e o Direito de propriedade, o que tem, de um lado, feito países e agências internacionais gastado fortunas para simplificar registros e regularização fundiária sem resultados aparentes.

Para Arruñada, a confusão na gestão das instituições de registro está na falta de compreensão de que o direito de propriedade não é um problema bilateral, como um contrato, mas uma transação “sequencial”: a propriedade envolve mais do que as partes contratantes, incluindo todos os membros de uma sociedade. Diversos estudos econômicos tratam a propriedade como uma questão de uma única troca, entre vendedor e comprador, desprezando o aspecto processual ou sequencial da propriedade e suas transmissões ao longo do tempo. E essa perspectiva que ignora o funcionamento do direito e das transmissões do direito ao longo do tempo tem criado metodologias econômicas equivocadas, tal como o *Doing Business* do Banco Mundial, preocupadas apenas com uma única transação, sem estar consciente do aumento dos custos de transação para as transmissões seguintes, ou sequenciais (ARRUÑADA, 2017).

Todas as estruturas jurídicas geram decorrentes estruturas de incentivos e custos de transação que incidem sobre as pessoas e os grupos, modificando as ações humanas e, conseqüentemente, o desempenho econômico de uma sociedade. Portanto, simultaneamente, tanto a percepção das *externalidades* como a dos *custos de transação*, a partir do método econômico, são essenciais para que a interpretação jurídica possa definir melhor o alcance da propriedade, do contrato, da responsabilidade civil e da administração judicial (POSNER, 1975; SALAMA, 2017).

É preciso considerar o direito de propriedade em sua característica *in rem*, ou seja, capaz de ser oposto em face de todos (*ergam omnes*) os membros de uma sociedade, excluindo o acesso de todos ao bem e, portanto, afetando terceiros ao contrato, e não apenas o vendedor e comprador (ARRUÑADA, 2017).

3.3.1. Direito de Uso e de Exclusão

Uma primeira característica conceitual da propriedade é que ela é, em regra, exercida de maneira *absoluta*, funcionando como *um direito de uso e de exclusão de outros para o uso de um bem*, quando comparada a bens de uso comum e livre. *O proprietário pode usar o bem e impedir terceiros de fazer o mesmo*. Todos devem respeitar a propriedade de uma pessoa sobre determinado bem.

O *fracionamento do direito de propriedade nos termos da lei, como veremos a seguir*, é denominado como *direito real*¹²⁰ que (a) tem como objeto coisa corpórea, imóvel ou móvel; (b) põe a coisa em relação imediata com o sujeito ativo do direito, sem dependência de ato ou prestação de pessoa determinada; (c) os terceiros possuem a obrigação *geral* de respeitar seu exercício pelo sujeito ativo do direito (o direito tem força contra todos ou *erga omnes*); (d) ações judiciais podem ser movidas contra quem usurpe ou ofenda o direito real (PEREIRA, 2004).

Aqui vale uma pequena pausa para distinguir entre direito pessoal e direito real, considerada na *civil law* a espinha dorsal do Direito Privado. Distinção idêntica ocorre entre direito dos contratos e propriedade na *common law* (DA COSTA, 1999; MERRILL, SMITH, 2000).

Ao contrário do direito real, o direito pessoal (ou direito das obrigações) tem por objeto atos ou prestações de um devedor específico. Somente o direito real tem como objeto as coisas ou a prestação imputável a todos os terceiros de um dever de abstenção e respeito ao direito do proprietário. Na nomenclatura do direito, estruturada no conceito de relação jurídica, há um sujeito ativo (que pode exigir a prestação) e um sujeito passivo (que deve prestar) a obrigação e o objeto do direito, o ato ou prestação. As ações devem ser movidas em face das pessoas vinculadas às obrigações (PEREIRA, 2004). O direito pessoal se opõe *unicamente a uma pessoa*, de quem se exige determinado comportamento. Está alocado no livro denominado *Direito das Obrigações* (GOMES, 2012, p.11). O *contrato sobre propriedade* imóvel produz somente o direito pessoal: a

¹²⁰ Os direitos reais são sistematizados no Código Civil no livro denominado Direito das Coisas (GOMES, 2012, p.11).

obrigação de fazer a entrega da coisa. O direito real ou propriedade surge após o registro na repartição pública competente, como veremos a seguir.

Em razão dessa característica de uso exclusivo e exclusão do uso de terceiros, a propriedade privada (a) concentra os riscos e recompensas de investimentos em indivíduos, assegurando correspondência entre aqueles que semeiam e colhem; (b) reduz ou elimina as externalidades ou *rent-seeking* ligados à tragédia dos bens comuns, atribuindo ao proprietário determinar o momento ótimo e o grau de uso do bem; (c) reduz aos proprietários e aqueles que forem afetados pelo seu uso eventuais deliberações e acordos; (d) aumenta o valor do bem (DEMSETZ, 1967; MERRILL, 2002).

Por outro lado, se os custos da propriedade privada excedem seu valor, ela pode ser revertida ao estado de bem comum¹²¹ (ALLEN, 2002).

Podemos distinguir entre propriedade privada individual, propriedade condôminial e propriedade estatal, além dos bens de uso livre e comum. O direito de propriedade em sua versão atual *combina direitos de uso próprio combinado com o de exclusão de uso de terceiros com algum nível de regulação estatal incidente*, cada qual com estrutura de custos diferente (SMITH, 2002).

Por exemplo, as limitações urbanísticas de construção e zoneamento (regulação estatal) se combinam com as limitações particulares de um loteamento (regulação privada), mas não se confundem, compatibilizando-se com os direitos de cada proprietário vender, dar em garantia, usar e alugar seu próprio bem, bem como recuperá-lo em face de terceiro. Cada violação a uma regulação ou do direito de propriedade alheio pelo proprietário o responsabiliza juridicamente. Nesse sentido, uma função econômica primária da propriedade é realizar uma maior internalização de externalidades. A concentração de custos e benefícios nos proprietários incentiva os recursos a serem

¹²¹ Allen apresenta diversas consequências interessantes do reconhecimento de que os custos de proteção da propriedade não são lineares: (a) diminuir custos de transação (em razão de mudanças institucionais ou físicas) podem aumentar o valor dos bens (v.g., o *Homestead Act* de 1862 reconhecia a propriedade de 62 hectares de terra para quem por 5 anos produzisse ali) e que impediu que terras sob disputa e *em partes hostis do país* permanecessem nos Estados Unidos da América e não sob poder dos mexicanos, espanhóis, russos, britânicos ou texanos; (b) diminuição do valor do bem para que o seu custo diminua ainda mais (v.g. remover o chifre do rinoceronte permite que seja viável protegê-los em parques); (c) explicação alternativa para as Colônias Penais, que, ao contrário do pretendido, ao levar presidiários para as terras não incentivavam a imigração livre e, simultaneamente, *diminuíam o valor das colônias de serem invadidas por outras potências coloniais*; e (d) idem para a baixa qualidade e conforto de bens em locais públicos, simplesmente para tornar barato a sua guarda diante de ladrões (ALLEN, 2002, 1991).

usados de maneira eficiente, pois *o direito de exclusão dos outros o permite poupar recursos escassos* (DEMETZ, 1967).

Nesse sentido, a *propriedade* tal como lentamente formulara o Direito Romano é o direito individual protegido pelo Estado, suscetível de aquisição por toda pessoa, física ou jurídica, em razão de uma transmissão onerosa ou gratuita, entre pessoas vivas ou *causa mortis* (em razão de uma sucessão de bens após a morte de uma pessoa) e significa a dominação absoluta (*plena potestas*) da vontade do proprietário sobre a coisa (domínio), a divisão do domínio em direitos elementares deslocados da pessoa do senhor (*domini*) e investidos em outros titulares. (PEREIRA, 2004)¹²².

3.3.2. Proibição de Direitos Equivalentes Contraditórios

Somente após se *compreender* o princípio da vedação de direitos contraditórios na propriedade é que se poderá enfrentar o tema dos custos de transação e informação incidentes e o tema do fortalecimento dos direitos de propriedade na perspectiva do crescimento econômico (STERN, 2017).

Um sistema de direitos de propriedade *proíbe a existência de direitos contraditórios ou incompatíveis como atributo nuclear do direito de propriedade*. O mesmo bem não poderá ser de propriedade, simultaneamente, de A e de B. Claro que A e B podem ser *condôminos*, ou seja, coproprietários na proporção ideal de 50% para cada. Mas é impossível que A e B sejam simultaneamente proprietários de 100% de um determinado bem. Por outro lado, será possível que tanto A como B (ou C, ou D) tenham contratado a respeito do bem X com o proprietário Z. Na verdade, as possibilidades de contratar sobre uma determinada propriedade são *infinitas*. Mas o proprietário e, portanto, a propriedade, são *únicas* (STERN, 2017).

Em outros termos, *é possível que haja diversos títulos contraditórios, mas é vedada a existência de propriedades contraditórias*. A propriedade pode ser dividida,

¹²² O jurista Lafayette Rodrigues Pereira escreveu seu *Direito das coisas* em 1877. Esse livro foi continuamente editado, mas, após o fim do Império, não mais atualizado por vontade do autor, considerado então o maior juriconsulto brasileiro. Após sua morte, esse livro foi atualizado e republicada uma edição fac-símile da edição de 1943, adaptada por José Bonifácio de Andrade e Silva, em 2004. Interessante notar que um livro do século XIX é perfeitamente apto para descrever a propriedade tal como está desenhada no Código Civil do século XXI.

mas não poderá ser multiplicada. Se A tem 50% de um bem, não poderá transmitir 75% do mesmo bem, sem que tenha adquirido, antes, mais 25% da propriedade¹²³. No nível conceitual da propriedade estará sempre claro que *apenas um deles poderá ser o verdadeiro proprietário*. Conforme o princípio *nemo dat quod non habet*, ou *ninguém pode vender o que não possui*: (a) uma pessoa somente pode transferir exatamente o direito de propriedade recebido de seus predecessores e (b) é vedado a uma pessoa transferir direitos que são de outrem sem o consentimento deste (STERN, 2017).

Conflitos entre pessoas que querem ser proprietárias são resolvidos a partir do princípio jurídico da *prioridade*¹²⁴, ou seja, para aquele que, primeiramente, possuiu, registrou¹²⁵, protocolou ou levou o contrato para o exame do Poder Judiciário, dependendo do sistema jurídico de publicidade adotado por cada sociedade (STERN, 2017). O princípio da prioridade cria uma hierarquia relativa ao significar que aqueles que disputam a propriedade se graduam por uma relação de precedência baseada na ordem cronológica do seu aparecimento, conforme a regra geral *prior in tempore potior in iure*¹²⁶, sendo vedada a duplicidade do registro. No Direito Romano, baseado nesse, era admissível a constituição de diversas hipotecas, com graus de prioridade diferentes, e por isso a regra nas legislações é a pluralidade de garantias sobre o mesmo imóvel, com condições mais duras para as hipotecas subsequentes, de maior risco. Nos sistemas de registro, conforme o tempo que surgirem, os direitos tomam uma posição relativa uns aos outros, prevalecendo os anteriormente estabelecidos sobre os que vierem depois. A prioridade premia o diligente e pune o retardatário (CARVALHO, 1982; WACKE, 1992).

¹²³ O encadeamento das titularidades no Registro constrói a confiança pública e viabiliza a contratação na sociedade o princípio da continuidade (CARVALHO, 1982)

¹²⁴ Sob a perspectiva da vedação dos direitos contraditórios, independentemente de quem vença a disputa, o princípio estará satisfeito. Será impossível que ambos vençam a disputa, portanto. (STERN, 2017).

¹²⁵ No sistema brasileiro de registros, *não se pode inscrever nenhum direito real sem que conste previamente inscrito o titular do domínio do imóvel sobre o qual aquele incida*, em razão do princípio da continuidade (ou *do tracto sucessivo* no direito espanhol e português). Este determina o encadeamento das titularidades e das mudanças dos direitos reais, a cada registro, como um *encadeamento ininterrupto de inscrições* (CARVALHO, 1982; DIP, 2017).

¹²⁶ Uma grande parte dos princípios jurídicos presentes nas legislações nacionais foi desenvolvido por juristas romanos e medievais em formas de provérbios latinos com finalidade didática, como este, cujo significado, é “o primeiro no tempo tem preferência no direito”, em inglês *first in time, first in law*. (WACKE, 1992)

Ao combinarmos as características de uso exclusivo e exclusão de terceiros com a proibição de direitos contraditórios fica claro que a propriedade tem uma característica *binária*: ou se é proprietário ou não se é. Além disso, todos os membros de uma sociedade devem respeito a essa propriedade, que somente pode ser adquirida de um único titular. Em razão da prioridade, os direitos inscritos no registro ganham estabilidade e segurança, evitando-se os riscos da contradição (CARVALHO, 1982; STERN, 2017).

O conhecimento geral de quem é o proprietário e de quais são as características jurídicas dessa propriedade (encadeamento de titularidades, mutações, garantias) são fundamentais para a realização dos contratos sobre a propriedade. Se os direitos são mutuamente excludentes, como duas pessoas que disputam a propriedade, a prioridade exclui o segundo, se os direitos não são mutuamente excludentes, como dois credores hipotecários, a prioridade atribui uma graduação inferior ao segundo (CARVALHO, 1982). Por isso, *sistemas de registro são considerados fundamentais para a moderna vida econômica* com a decorrente obrigatoriedade do registro de todas as mutações jurídicas dos direitos reais e da propriedade (STERN, 2017; CARVALHO, 1983).

3.3.3. Direitos *Numerus Clausus* e Custos de Informação

Toda transação envolve um contrato (CHEUNG, 1979). Mas enquanto há liberdade ampla para contratar sobre direitos, *não há liberdade para se criar direitos reais que devem estar previstos na lei e que contam com longa historicidade decantada ao longo do tempo* (ALVIM, 2009, p. 201). O sistema de *numerus clausus* é uma característica universal de todos os sistemas de propriedade, pertençam ao *civil law* ou ao *common law*, em que pese não ser conhecido por este nome na doutrina do *common law*¹²⁷ (MERRILL, SMITH, 2011).

Como a liberdade, criatividade e autonomia privada são a regra no direito dos contratos ou obrigacionais, entre estes, ao contrário dos direitos reais, o sistema é denominado *numerus apertus* (ALVIM, 2009, 200-205).

¹²⁷ E que haja críticas ao formalismo dessa concepção que reforçaria estruturas sociais hierárquicas, com origem na escola *Critical Legal Studies* (MERRILL, SMITH, 2011).

Ainda que a propriedade em sentido estrito seja a síntese de todos os direitos reais, nos termos previstos pela legislação é *suscetível de ser dividido em tantos direitos elementares existirem formalmente previstos na lei*, como usufruto, uso ou servidão. Esse modelo fechado em que um sistema jurídico limita a criação de direitos reais e a definição da propriedade é conhecido como *numerus clausus* enquanto o sistema relativo à contratação se denomina *numerus apertus*. O sistema *numerus clausus* vem do direito romano e está reconhecido nas legislações contemporâneas, bastando a previsão na lei em geral e não necessariamente no Código Civil. O princípio dos *numerus clausus* contribui para que, de uma perspectiva ampla, sejam *minimizados* os custos destas externalidades. Com a redução do número de direitos reais e sua padronização há contribuição para a *redução de custos de informação sobre estes direitos* (HASMANN, KRAAKMAN, 2002; MERRILL, SMITH, 2011).

Em que pese todos os benefícios econômicos do sistema *numerus clausus*, há vozes minoritárias no campo do Direito defendendo a adoção do sistema *numerus apertus* (ALVIM, 2009, p. 2003-2004).

3.3.4. Consentimento do Titular do Direito

Quando o sistema jurídico dá eficácia *erga omnes* a um direito, ou seja, cria um direito real (*in rem*) ou uma propriedade que deve ser respeitada por todos, inclusive por aqueles que não contrataram com o titular do direito, isso equivale a dizer que *o titular deve consentir para ser afetado de qualquer forma por terceiros*¹²⁸. Essa circunstância cria um *custo de transação*: a obtenção do consentimento do titular para validar as transmissões de propriedade ou de direitos reais, e que estes sejam dados em garantia (ARRUÑADA, 2004, p. 66-67).

O *enforcement* dos direitos de propriedade implica que um titular somente pode ser prejudicado ou afetado no seu direito de propriedade se deu, para tanto, seu consentimento. Por isso a necessidade de publicidade dos contratos sobre estes

¹²⁸ Todos aqueles que não tem direito real, possuem um direito pessoal, cujo inadimplemento pode levar a uma indenização por perdas e danos, mas não ao próprio bem (ARRUÑADA, 2004, p. 66-67).

consentimentos ou o registro dos direitos de propriedade ou reais decorrentes destas contratações (ARRUÑADA, 2004b).

Dado que é pela propriedade que os indivíduos e famílias viabilizam suas vidas e suas escolhas econômicas inclusive em face dos poderes estatais, há previsão expressa de necessidade de consentimento para a transferência de propriedade na Declaração Universal de Direitos Humanos¹²⁹, no artigo 17: “1. *Todo ser humano tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros. 2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade*”.

Na Convenção Europeia de Direitos Humanos, o direito de propriedade é garantido e toda violação pode ser examinada pela Corte Europeia de Direitos Humanos, que tem examinado diversos casos de privação de direitos de propriedade. O artigo 1 do Protocolo no. 1 tem sido um dos mais frequentemente citados em petições perante a Corte: “*Toda pessoa natural ou legal tem direito à pacífica fruição de suas posses. Ninguém deve ser privado de suas posses exceto no interesse público e sujeito a condições previstas na lei e pelos princípios gerais do direito internacional. As previsões precedentes não irão de nenhuma forma impedir o Estado de executar essas leis enquanto for necessário controlar o uso da propriedade de acordo com o interesse geral ou para assegurar o pagamento de taxas ou outras contribuições ou penalidades*”. A Corte tem utilizado esse artigo para garantir a propriedade per se não apenas contra confiscos arbitrários¹³⁰ (SERMET, 1999; HOOFS, 2010).

É possível adquirir a propriedade imobiliária sem o consentimento do proprietário, pelo instituto do *usucapião*, em que uma nova propriedade, com nova origem que extingue a propriedade anterior, surgindo após decurso de tempo e outros requisitos previstos na legislação, em benefício de quem esteja na posse do bem. A aquisição da propriedade pela posse do primeiro ocupante é certamente uma das normas mais antigas da humanidade. Assim, os custos de informação, mesmo que reduzidos com a existência de um registro público, incluem as buscas de informações sobre a posse do bem, a fim de pesquisar requisitos de usucapião, e da situação patrimonial do vendedor, a fim de que

¹²⁹ Direitos humanos são direitos fundamentais, inerentes à dignidade de toda pessoa humana e como origem no Direito Natural, uma concepção filosófica preocupada mais com a perspectiva individual que a social do Direito.

¹³⁰ Para um exame detido das decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos a respeito da propriedade, cf. (SERMET, 1999).

não se caracterize com a transferência do bem a fraude contra credores ou a fraude contra a execução (WACKE, 1992; BRANDELLI, 2016, p.22).

A maior violação de direito público à propriedade é a desapropriação, em que o direito é retirado em benefício do interesse público. No direito brasileiro, é direito fundamental individual a justa e prévia indenização em dinheiro¹³¹, como regra, ressalvadas as exceções^{132 133} previstas no texto constitucional.

¹³¹ Constituição Federal de 1988, art. 5º, XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição.

¹³² Constituição Federal de 1988, art. 182. § 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: I - parcelamento ou edificação compulsórios; II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

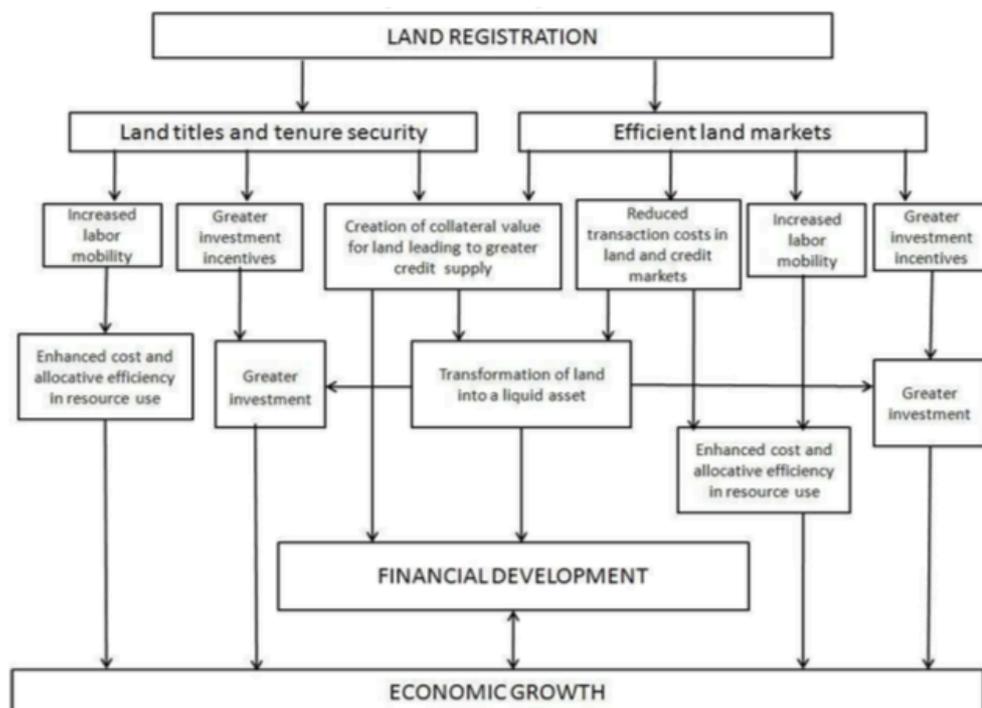
¹³³ Constituição Federal de 1988, art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei. § 1º As benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro. § 2º O decreto que declarar o imóvel como de interesse social, para fins de reforma agrária, autoriza a União a propor a ação de desapropriação. § 3º Cabe à lei complementar estabelecer procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo judicial de desapropriação. § 4º O orçamento fixará anualmente o volume total de títulos da dívida agrária, assim como o montante de recursos para atender ao programa de reforma agrária no exercício. § 5º São isentas de impostos federais, estaduais e municipais as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária. Art. 185. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária: I - a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra; II - a propriedade produtiva. Parágrafo único. A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos à sua função social. Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

4. O REGISTRO DE IMÓVEIS NA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A propriedade desempenha importante função nas vidas das pessoas e no desenvolvimento econômico, e seu delineamento econômico e jurídico é estabelecido por instituições a partir da atuação política de grupos de interesse.

Maurício Moura e Rodrigo De-Losso (2010) trazem interessante esquema desenvolvido pelo Banco Mundial para ilustrar a importância de um sistema de Registro Imobiliário, que (a) ao dar segurança jurídica para a propriedade, (b) permite que os mercados imobiliários funcionem de maneira eficiente, (c) criando incentivos para os investimentos, (d) diminuindo custos de transação, (e) melhorando a eficiência da alocação dos recursos, (f) permitindo que a terra ganhe liquidez como capital, desenvolvendo o mercado financeiro como um todo e, por fim, (g) permitindo o crescimento econômico:

Figura 4: Relação entre Registro Imobiliário e Crescimento Econômico



Fonte: World Bank, 2008

Um sistema de Registro é considerado um fator crítico de sucesso para as economias exatamente porque viabiliza os plenos efeitos da propriedade. Quando funcionam bem, promovem investimentos e reduzem os custos de transação para o crédito (ARRUÑADA, GAROUPA, 2004)¹³⁴ ¹³⁵. Hernando de Soto entende que a representação da propriedade no registro transmuda o “capital morto” em “capital vivo”, permitindo que os ativos sejam transacionados (DE SOTO, 2000)¹³⁶.

Um sistema de registro é a instituição legal por meio da qual a evidência escrita sobre o status legal de ativos é arquivada de maneira sistemática, fornecendo dados sobre as transferências de propriedade, a aquisição de direitos reais limitados e parciais, bem como direitos de garantia constituídos sobre o ativo. Sua principal função é gerar confiança sobre o status legal dos bens, muitas vezes atual com objetivo fiscal de informar as autoridades sobre a capacidade dos contribuintes. A maneira dos registros funcionarem pode variar¹³⁷, desde (a) mera sistematização de contratos, até (b) a verificação de requisitos de validade dos contratos e dos direitos neles mencionados (BOUCKAERT, 2010).

A solução do registro público, como requisito para a transferência, ou para a eficácia contra terceiros da transferência, é importante para o credor com garantia imóvel, pois, tanto para quem empresta, como para quem adquire, é preciso conhecer a situação jurídica da propriedade, o que inclui as dimensões físicas e jurídicas da propriedade (EPSTEIN, 1981; PEREIRA, 2004).

Neste sentido, a afirmação de Fernando Mendez Gonzalez que apenas pode ser considerado “seguro” um direito de propriedade (a) “quando todos sabem que ninguém pode discutir judicialmente com êxito a titularidade do proprietário” e (b) “quando o

¹³⁴ Salama identifica *Law and Economics* Positivo (ou descritivo), que se ocupa das repercussões do Direito sobre o mundo dos fatos, e *Law and Economics* Normativo (ou prescritivo), que se ocupa em estudar se e como noções de justiça se comunicam com conceitos de eficiência econômica, maximização da riqueza e maximização de bem-estar (SALAMA, 2011).

¹³⁵ Ao longo do século XIX, discussões acaloradas sobre os modelos de registro disponíveis foram a base das fundações institucionais dos mercados imobiliários (ARRUÑADA, GAROUPA, 2004)

¹³⁶ Para uma lista de autores e trabalhos que se debruçaram sobre o tema da regularização fundiária e seus impactos econômicos, consulte MOURA, DE-LOSSO (2010).

¹³⁷ Como veremos em seguida, cada maneira de organização modifica a qualidade da informação, a força do direito de propriedade e os custos de transação envolvidos.

proprietário, no momento de realizar a aquisição, conhece todas as constrações que pesam sobre o imóvel”, para (b1) “decidir se faz a aquisição” e (b2) “calcular o justo preço da aquisição” (GONZÁLEZ, 2003, p. 135).

4.1. Modelos de Registro de Imóveis

Sob a expressão “registros públicos” reúnem-se sistemas diferentes, devendo-se isso, em alguma medida, às regras de registro se relacionarem com o direito civil nacional (GONZÁLEZ, 2003). Em um contexto de contratação impessoal própria de uma economia de mercado, os potenciais adquirentes, na ausência de um sistema de registro, não conseguiriam saber com quem contratar e obter consentimentos sobre os bens imóveis, muito menos conhecer com certeza todos os riscos e possíveis causas de frustração da aquisição de um bem, ou à cadeia dos transmitentes do bem (GONZÁLEZ, 2017).

Existem três sistemas de transmissão de propriedade e direitos reais sobre bens imóveis quando se considera a maneira da transmissão e o efeito do registro (LAPUENTE, 2004; GONZÁLEZ, 2017)¹³⁸:

O *sistema consensual*, em que basta o contrato sem necessidade de entrega física do bem, cujo paradigma é o sistema francês, no qual o registro é necessário para impor a transferência frente terceiros, admitindo prova em contrário. No modelo francês, a presunção do registro é relativa, ou *iuris tantum*. Quando Jean-Paul contrata a transferência de seu apartamento de Montmartre para Sandrine, a transferência já se opera mesmo que esta jamais tenha pisado em seu novo imóvel. O registro do contrato é importante para que Sandrine possa opor seu contrato perante Maud, credora de Jean-Paul.

O sistema “*título y modo*” espanhol, em que é necessário *contrato e entrega do bem*, se bem móvel, ou registro, se bem imóvel, no qual o registro não realiza a transferência, mas a opõe entre terceiros, tendo a função *de declarar o direito constituído*

¹³⁸ Todos estes sistemas articulam dois planos de negócios jurídicos (o direito pessoal e o direito real) e o requisito de registro público (COUTO E SILVA, 2006, p. 52-53; BRANDELLI, 2006, p. 59).

anteriormente. No modelo espanhol, a presunção do registro é relativa, ou *iuris tantum*. Esse efeito é denominado “Princípio da Publicidade”, o que significa que, se o verdadeiro proprietário (*verus dominus*) surgir, dentro das condições previstas em cada legislação, ele pode recuperar sua propriedade mesmo diante de um terceiro de boa-fé, que adquiriu de quem não era o proprietário (*a non domino*), mas que constava como proprietário no Registro. O adquirente aqui se “imuniza” das discussões após decorrido o prazo de usucapião. Quando Amapola e seu marido Gonzalo contratam a transferência de seu apartamento em Aranjuez para Agrado, o contrato firmado entre as eles deve ser levado a registro, com efeito de declarar a transferência realizada pelo título. Mas Benigno consegue provar que Amapola e Gonzalo não eram os verdadeiros proprietários pois tem o seu direito de usucapião reconhecido na Justiça e, com isso, obtém a propriedade no Registro de Imóveis, inclusive.

O sistema de tradição, em que (a) os bens móveis se transferem pela entrega do bem e (b) os bens imóveis pelo registro que tem função de constituir o direito. Neste caso, o paradigma é o modelo alemão, no qual o contrato gera a obrigação de transferir o direito pelo registro, havendo a necessidade de um consentimento formal. No modelo alemão, o bem se transfere pelo registro, que sana qualquer vício da transmissão. A presunção do registro é absoluta ou *iure e et iure*, que, em geral, é chamada de “Princípio da Fé Pública Registral”, cuja função é proteger a confiança das informações do registro, mesmo diante do prejuízo daquele que, posteriormente, se verifique na posição de verdadeiro proprietário. No sistema alemão, mesmo quem tem direito à usucapião do imóvel não pode se opor a quem adquire de boa-fé, confiando nas informações do registro sem saber de sua inexatidão¹³⁹. O exemplo espanhol, se tivesse ocorrido na Alemanha, teria solução

¹³⁹ Confira-se o Código Civil Alemão (BGB):

Seção 873 - Aquisição por acordo e registro

(1) Para transferir a propriedade de bens imóveis, onerar bens imóveis com direito, e transferir ou onerar tal direito, o beneficiário e a outra parte devem acordar a ocorrência da alteração legal e a entrada da alteração do registro predial, salvo disposição em contrário na lei.

(2) Antes da entrada, as partes envolvidas só estão vinculadas pelo contrato se as declarações tiverem sido autenticadas ou apresentadas ao cartório ou se o beneficiário tiver dado à outra parte uma autorização de entrada de acordo com o disposto no código do registro predial.

Seção 892 - Fé pública do registro predial

(1) O conteúdo do registro predial considera-se correto a favor de quem adquira o direito de propriedade ou o direito a esse direito através de um negócio jurídico, salvo se tiver sido apresentada objeção à regularidade ou a incorreção é conhecida do comprador. Se o titular estiver limitado na alienação de um direito inscrito no registro predial a favor de uma determinada pessoa,

diferente: o casal Gretchen e Lothar com o registro são os proprietários, mesmo que surja um Volker com direito à usucapião do bem.

A estes três sistemas de transmissão correspondem dois modelos¹⁴⁰ de Registros de Imóveis no mundo.

São denominados (a) Registro de Direitos ou *Deed System* e (b) Registro de Títulos ou *Title System*, que oferecem uma completude de informação diferente, possuindo uma relação distinta de custos de informação e de transação envolvidos bem como graus diferentes de possíveis riscos de assimetrias de informação¹⁴¹¹⁴² (ARRUÑADA, 2004; PEIRÓ, 2006; BRANDELLI, 2016)¹⁴³¹⁴⁴.

A justificativa racional para os efeitos de publicidade, do Registro de Títulos ou dos efeitos vinculantes *erga omnes* dos direitos reais e propriedade, nos Registros de Direitos, mesmo para aqueles que não conhecem os direitos registrados, reside no fato de que todos podem e têm o direito de encontrar, a qualquer momento, os direitos que as afetam no momento que quiserem. Um simples contrato, que obriga *apenas* as partes (*in personam*) não poderia vincular toda uma coletividade sem que houvesse a anuência de

a restrição só é eficaz para o comprador se for evidente no registro predial ou for do conhecimento do comprador.

(2) Se o registro for necessário para a aquisição do direito, o momento em que o pedido de registro foi depositado ou, se o acordo exigido pelo artigo 873 só for posterior, o momento do acordo será decisivo para o conhecimento do adquirente.

¹⁴⁰ Essa distinção, ampla, concretamente admite uma grande variedade de matizes (PEIRÓ, 2006).

¹⁴¹ Cada um desses modelos corresponde a um estágio de *design* na Administração de Informação da Propriedade. O problema da eficiência econômica implica a consideração do problema da eficiência jurídica que implicam o problema da eficiência da administração da Informação dos Registros, o que demonstra a importância da abordagem sistêmica e interdisciplinar de um problema desta magnitude.

¹⁴² Como já examinamos, os agentes necessariamente tomam decisões sob *incerteza* sobre o futuro e os riscos do futuro pela limitada capacidade humana em compreender e racionalizar a complexidade da vida (MACKAAY, 2021). A incompletude das informações pode ainda *decorrer das instituições* ou da forma pela qual custos, incentivos e comunicações são estruturados (NORTH, 1994).

¹⁴³ É interessante notar que a mesma distinção se encontra em Teofrastos, que menciona dois tipos de sistemas de publicidade imobiliária, o “registro de propriedades” e o “registro de contratos”, possivelmente semelhante aos registros encontrados na ilha de Tenos, quarenta e seis extratos de inscrições, datadas entre o ano 267 e 334 AEC (DEL POZO, 2001b, p. 276-277).

¹⁴⁴ Dado que os registros fazem a *custódia da propriedade*, Benito Arruñada afirma que, “em certo sentido, o próprio registro atua como vendedor, de forma similar a um comerciante a quem tenha sido confiado um bem” (ARRUÑADA, 2004, p. 112).

todos ou um mecanismo de publicidade, a saber, um Registro de Imóveis¹⁴⁵. Não é lícito que um direito *secreto* possa ser oponível aos terceiros de boa-fé, não bastando que o efeito esteja simplesmente descrito na lei¹⁴⁶ (BRANDELLI, 2015, 2016; SPARKES, 2019).

O surgimento dos Registros Imobiliários permitiu um aumento dos tipos de direitos reais, com ampliação do conjunto sob o regime *numerus clausus*, em razão da facilidade de acesso à informação. Um modelo no qual haja um *pequeno número de direitos estruturados em sua completude como standards*, disponíveis para contratação privada, diminui consideravelmente os *custos de transação*. Primeiro, o princípio de que a propriedade e os direitos reais estão excluídos da liberdade contratual reduz *ex ante* a possibilidade de que haja algum direito de veto sobre a utilização de recursos e funciona como *um escudo anti-commons ao evitar uma excessiva e ineficiente fragmentação do direito*. Segundo, facilita a verificação das titularidades e do tipo do direito envolvido em uma transmissão. Terceiro, evita o risco de que pessoas criem novos direitos reais *sem levar em consideração a magnitude dos custos que eles impõem a terceiros estranhos à contratação*. (HASMANN, KRAAKMAN, 2002; MERRILL, SMITH, 2011). Quarto, ao combinar *numerus clausus* com o princípio da prioridade, decorrente da impossibilidade de direitos contraditórios sobre o mesmo bem, se evita a existência de direitos contraditórios, reduzindo custos de transação (ARRUÑADA, 2004, p. 58).

Essa posição de *imparcialidade* do Registro implica e justifica seu monopólio territorial na observância de normas legais de competências. Como a propriedade e os direitos reais vinculam a todos, não somente as partes do contrato, é importante que estas não possam selecionar um registro parcial, mas um imparcial e independente, tanto das partes envolvidas como dos terceiros atingidos pelo registro. O monopólio territorial do registro, *presente em ambos os sistemas*, é mais importante no Registro de Direitos,

¹⁴⁵ Em sociedades primitivas, pequenas e com propriedade coletiva, um Registro de Imóveis não é necessário. Com a implantação do Registro, o contrato não é suficiente para transmitir ou dar em garantia à propriedade (GONZÁLEZ, 2008).

¹⁴⁶ “Sem um meio eficaz de publicidade, não se terá um efetivo direito real, oponível a terceiros, uma vez que o desconhecirão; poder-se-á chamar de direito real, mas, em verdade, não o será, ou não o será em sua plenitude (...): se não forem publicizados, sua oponibilidade esvai-se” (BRANDELLI, 2015).

evitando-se assim registros contraditórios e registros que atuam no interesse de uma das partes (ARRUÑADA, 2004; REBELLO-PINHO, 2018)¹⁴⁷.

Para Nicolás Peiró, verifica-se uma tendência, nas reformas legislativas, nas decisões dos tribunais e nas interpretações dos juristas, em ambos os sistemas, a *aumentar a confiança e a completude da informação do registro*. O que há são “sistemas em diferentes graus de evolução”¹⁴⁸ em que os Registros de Títulos ao longo do tempo se transmutam em Registros de Direitos e estes, por sua vez, aprimoram-se em qualidade de informação e eficácia jurídica (PEIRÓ, 2006, p. 61).

4.1.1. Modelo do Registro de Títulos

O paradigma deste é o modelo regulado pela Lei Francesa de Transcrições de 1855. Sua evolução tem influenciado os demais países que adotam o Registro de Títulos, como a maior parte dos Estados Unidos da América¹⁴⁹, parte do Canadá, Holanda, Luxemburgo, Bélgica e alguns outros países cuja tradição jurídica é francesa (ARRUÑADA, 2004; PEIRÓ, 2006).

O *Registro de Títulos* tem como características: (a) reunir provas documentais para verificação de propriedade e direitos reais, a partir da conservação e publicidade dos documentos, (b) não realizar qualquer depuração de correção jurídica do título; (c) organizar e indexar o registro pelos dados subjetivos dos participantes, (d) garantir a oponibilidade de um direito em relação a outro pelo critério da prioridade (PEIRÓ, 2006).

Se o vendedor tem um direito defeituoso, o comprador não tem um direito real, mas sim direito de ser indenizado pelo vendedor, ou seja, um direito pessoal. O foco do

¹⁴⁷ Sobre a independência jurídica do registrador (REBELLO-PINHO, 2018).

¹⁴⁸ Para Benito Arruñada, a experiência dos séculos XIX e XX demonstra que cabe ao Estado organizar um registro de direitos e que sejam estruturados incentivos para os registradores, com remuneração residual e responsabilidade pessoal¹⁴⁸ (ARRUÑADA, 2004b)

¹⁴⁹ Em 1916 se tentou criar um Sistema Torrens, um Registro de Direitos, naquele país, por meio da *Uniform Land Registration Act*, para tentar unificar os sistemas estaduais. Hoje o sistema Torrens é facultativo nos estados de Massachusetts, Havaí, Illinois, Minnesota e Ohio (BRANDELLI, 2016, p. 43).

sistema de Registro de Títulos é defender o verdadeiro proprietário (BRANDELLI, 2016).

Aplica-se a regra da prioridade para estabelecer hierarquias entre as cadeias, levando-se em consideração a data de registro dos documentos. O título registrado tem prioridade contra títulos não registrados ou registrados posteriormente. A primeira cadeia de títulos válida será a apta em regra a gerar direitos reais, mas o Registro não identifica previamente a cadeia de documentos válida dentre o conjunto de documentos juridicamente perfeitos e defeituosos contidos em seus arquivos. Ainda, nesse sistema podem existir alguns direitos reais que não são levados a registro, tais como os direitos *mortis causa* referentes às partilhas e sucessões (ARRUÑADA, 2004; PEIRÓ, 2006; BRANDELLI, 2016).

As eventuais disputas sobre propriedade e direitos reais terão que ser resolvidas posteriormente (*ex post*) pelo Poder Judiciário. Não é possível, nesse modelo, saber *ex ante*, com fé pública, quem é o titular do direito e qual é o bem objeto do direito. Mesmo para o titular do direito, o Registro de Títulos não oferece uma defesa rápida, dada a complexidade em demonstrar a validade de sua propriedade ou direito real. A depuração *ex ante* das contrações será realizada em âmbito privado, com a contratação destes serviços pelo interessado, com os problemas: (a) falta de validade jurídica das conclusões alcançadas pelos serviços privados, (b) falta de depuração do registro, que continua informando as cadeias de títulos inválidas e a válida, simultaneamente, (c) duplicidade entre a informação do registro e a informação privada na seguradora privada, a partir dos prévios estudos sobre as cadeias, gerando custos sociais maiores (ARRUÑADA, 2004b, p.142-143).

Como aponta Benito Arruñada, o Registro de Títulos permite, na prática, que os direitos reais não sejam limitados pelas regras do *numerus clausus*, podendo ser ampliados pelo desejo dos contratantes. Afinal, somente *ex post* é que se verificarão eventuais conflitos entre direitos, “se é que esses conflitos se resolverão”. (ARRUÑADA, 2004, p. 99).

Como o princípio dos *numerus clausus* tem função de reduzir e padronizar o número de direitos reais para reduzir os custos de informação sobre esses direitos e favorecer a transmissão de direitos e garantias, o esgarçamento deste princípio em razão do modelo de registro aumenta o custo de transação (HASMANN, KRAAKMAN, 2002; MERRILL, SMITH, 2011).

Portanto, não se obtém ali uma certidão de quem é o proprietário de qual imóvel, mas tão somente uma ou mais cadeias de documentos registrados vinculados a determinadas pessoas, sem garantir que esses documentos estão aptos a produzir efeitos jurídicos.

O Registro de Títulos pode ter em seu acervo provas de direitos contraditórios entre si. Afinal, nesse modelo o registro está obrigado a aceitar e registrar todos os títulos e escrituras que respeitem determinados requisitos formais. Os custos de identificar com profundidade quem é o proprietário e os direitos reais incidentes ficam a cargo de todo aquele que, por alguma razão, se encontrar interessado nesta análise. A certidão do registro não é capaz de informar os interessados, com segurança, sobre a situação do bem. Para tanto, será necessário contratar serviços especializados em análise de contratos imobiliários, a fim de examinar todos os documentos apresentados a registro bem como o encadeamento de todas as cadeias de títulos registradas. No Registro de Títulos, como se vê, há necessariamente o custo de transação desta assessoria. Esses serviços privados irão analisar, em regra, todos os títulos que possam interessar para validar uma contratação. Não há, evidentemente, qualquer tipo de fé pública do resultado desta análise que deva considerar elementos extrarregistrais. Portanto, poderá haver disputas entre diferentes cadeias dominiais que disputam a propriedade sobre o mesmo imóvel, cada uma assessorada por uma equipe jurídica. Na França, essa função é exercida pelos tabeliães de notas; nos Estados Unidos da América, por empresas especializadas, advogados e seguradoras de títulos, permitindo que os eventuais defeitos gerais sejam identificados antes das contratações serem feitas. (WUNDERLICH, 1989; ARRUÑADA, 2004; BRANDELLI, 2016).

Peiró identifica três linhas de evolução¹⁵⁰ do Registro de Títulos: (a) ampliação do número de títulos que podem ingressar no Registro para incluir as transmissões *mortis causa* e títulos judiciais (b) organização da indexação dos títulos registrados por imóvel, facilitando a pesquisa das cadeias de títulos, sem criar um valor jurídico para essa indexação, (c) início de adoção do princípio da continuidade ou trato sucessivo, exigindo-se o registro do título anterior para produzir os efeitos do registro de um novo título, sem

¹⁵⁰ Para o exame detalhado das legislações de França, Itália, Holanda, Luxemburgo e Bélgica cf. (PEIRÓ, 2006).

excluir a possibilidade de mais de uma cadeia de títulos¹⁵¹, e (d) aumento do espaço de análise jurídica (a chamada qualificação registral), inicialmente para o cancelamento dos registros. Todas as reformas legislativas europeias sobre registros públicos têm reforçado o registro e a proteção de terceiros de boa-fé: Irlanda, 1964; Suécia, 1970; Escócia, 1979; Holanda, 1992; Finlândia, 1995; Grécia, 1996; Inglaterra, 2002 (PEIRÓ, 2006).

4.1.2. Modelo do Registro de Direitos

Os Registros de Direitos são responsáveis pela constituição dos direitos e garantias. Neles, é o registro que faz nascer a propriedade ou a hipoteca. São registros que *estruturam informações referentes aos próprios direitos* – e não aos títulos ou contratos que fizeram estipulações sobre esses direitos, como fazem os Registros de Títulos. Por isso requerem uma *depuração exhaustiva dos direitos antes que sejam registrados e ganhem a qualidade de direitos reais*. O objetivo é que o Registro seja *transparente, preciso e abrangente*, facilitando as transmissões entre os contratantes e protegendo os direitos de terceiros. Isso permite que todos saibam, a todo momento, quem é proprietário, quem tem direitos sobre uma propriedade e qual é o imóvel (BOGUSZ, 2002; BRANDELLI, 2016).

O Registro de Direitos aumenta a segurança jurídica, pois a propriedade traz em si o problema de seu conhecimento disseminado na sociedade para que contratos válidos possam ser firmados entre pessoas de boa-fé. Portanto, a transmissão da propriedade de uma pessoa para outra necessita de uma *manifestação visível* que a ateste diante da sociedade. Permitindo a manifestação pública da propriedade, *plena potestas*, esta é oposta contra todos, *erga omnes*, tal como o direito está constituído e em todas as *evoluções*. Com isso, a publicidade do Registro de Imóveis atende a segurança dos proprietários e previne as fraudes que a má-fé, protegida pela clandestinidade, poderia causar à boa-fé de terceiros na sociedade (PEREIRA, 2004).

¹⁵¹ Na França, as decisões dos tribunais passaram a dar um efeito relativo de prioridade entre os títulos contraditórios, em aproximação jurisprudencial ao regime dos Registros de Direitos. Na Itália, o registro do título anterior poderá ser feito *posteriormente* (PEIRÓ, 2006, p. 227-228).

O modelo do Registro de Direitos se desenvolveu na tradição jurídica alemã, escandinava e anglo-saxã. Todos os Países de tradição jurídica alemã¹⁵² optaram pelo Registro de Direitos, ao longo do século XVIII e XIX: Prússia, 1783, Áustria, 1794, Espanha, 1861, Inglaterra (reformas em 1925 e 2002) e Gales, 1862, Austrália, 1875, Alemanha, 1900 e Escócia, 1979. Trata-se do tipo de registro mais utilizado no mundo e adotado pela maioria dos países em desenvolvimento¹⁵³ (ARRUÑADA, 2004; PEIRÓ, 2006).

Nesse modelo, (a) todos os direitos reais, sejam eles *inter vivos* ou *mortis causa*, devem constar do registro, ainda que os efeitos do registro sejam diferentes¹⁵⁴, (b) a organização e indexação do registro ocorre pelo *critério objetivo*, ou seja, é organizado pelos imóveis aos quais correspondem os direitos reais *numerus clausus* das pessoas (cada imóvel passa a ser matriculado sob um número único), (c) com a organização da cadeia de direitos legítima pelo registro, aplica-se o princípio da continuidade ou trato sucessivo, sendo apenas registráveis os direitos compatíveis com aqueles estabelecidos pelos registros anteriores, proibindo-se o registro de direitos contraditórios, (d) o registro faz prova da propriedade, ou seja, o efeito dele é a prevalência do direito feito público em face ao que não foi registrado e permanece oculto ao conhecimento da sociedade, o que se denomina *fê pública registral*, com graduações de força a depender do efeito, se constitutivo ou declarativo do registro¹⁵⁵, e (e) a análise realizada, também denominada *qualificação registral*, inclui elementos formais e materiais do título (PEIRÓ, 2006).

O Registro de Direitos deve atender ao “*Mirror Principle*”, conceito normativo fundamental sobre o funcionamento do sistema, conforme enunciado pelo direito inglês: *a qualquer tempo o registro deve refletir de modo preciso a situação do proprietário e dos*

¹⁵² Incluindo regiões do Norte da Itália (PEIRÓ, 2006)

¹⁵³ Faz parte deste modelo a variedade *Torrens*, desenvolvida na Austrália e que foi introduzida em sistemas jurídicos de *Common Law*. Esse modelo será apresentado mais adiante.

¹⁵⁴ Como visto anteriormente, no sistema alemão, o registro é constitutivo da transferência, enquanto no direito espanhol, o registro é declarativo da transferência (LAPUENTE, 2004). Vale conferir a posição minoritária de Fernando Méndez González, para quem, em que pese a distinção, as regras de transmissão e de proteção do terceiro de boa-fé que adquire ignorando a inexistência registral, operam de forma idêntica em ambos os sistemas (GONZÁLEZ, 2017).

¹⁵⁵ Registro constitutivo se refere aos direitos *inter vivos* adquiridos com o registro. Registro declaratório se refere à publicidade, no registro, dos direitos adquiridos por força de lei, como na sucessão *mortis causa*.

direitos reais de terceiros que a afetam, sendo a propriedade afetada apenas pelo que está registrado. (BOGUSZ, 2002; PEIRÓ, 2006)¹⁵⁶.

Afinal, os vendedores geralmente sabem mais dos problemas, das qualidades e da possível existência de direitos contraditórios que os compradores, como contratos de hipotecas (garantias), usufrutos ou servidões (direitos de passagem de um imóvel frente a outro). Para evitar tamanha desvantagem informativa, de terceiros e do contratante, é que o *Mirror Image* foi adotado por diversos sistemas jurídicos para que os contratos sobre imóveis se façam públicos, reduzindo os problemas de custos de informação em se descobrir quem são os titulares de direitos para que estes possam consentir, ou firmar novos contratos, sobre a propriedade e direitos reais. (BOGUSZ, 2002; ARRUÑADA, 2004, p. 49, 62).

A regra da prioridade registral funciona no Registro de Direitos da seguinte forma: os títulos são protocolados, em seguida são analisados exhaustivamente com o fim de detectar ilegalidades ou conflitos com outros direitos reais já registrados. Estando apto para registro, o direito é registrado na matrícula do imóvel. Não estando, o título é devolvido e há um prazo para que o interessado saneie as falhas do título protegido pelo prazo de validade do protocolo. Nesse período, o título tem prioridade sobre qualquer outro título contraditório que seja protocolado no Registro de Imóveis. O registro ocorre apenas quando o registrador verifica que todos os titulares de direitos afetados prestaram seu consentimento e se todos os requisitos formais e de validade do título foram atendidos, bem como se este é compatível com os direitos anteriores inscritos na matrícula. Se o sistema jurídico adota uma versão rígida do *numerus clausus*, a qualificação se torna mais fácil. Este é o sistema do *Grundbuch* alemão. Se o sistema é menos rígido quanto ao *numerus clausus*, a probabilidade de colisão entre direitos reais é maior, aumentando a complexidade da qualificação registral. Esse é o sistema espanhol (ARRUÑADA, 2004; PEIRÓ, 2006).

Os sistemas de origem germânica (Alemanha, Áustria, Suíça e Norte da Itália), o sistema de Inglaterra e Gales, e o sistema da Espanha representam o máximo de proteção

¹⁵⁶ Para ser verdadeiramente atendido, os Registros de Direitos devem reconhecer que as informações sobre direitos contratuais, imóveis, restrições e proprietários não são suficientes. Para Peter Sparkes, o espelhamento está opaco sem as informações sobre transferências não registradas (os contratos de gaveta), arrendamentos e locações, direitos de usucapião, dentre outras (SPARKES, 2019).

para o adquirente de boa-fé¹⁵⁷ de direito real que confiou nas informações do registro. O verdadeiro proprietário é aquele que consta no registro, que possui presunção absoluta (*iure et iure*).

No sistema *Torrens*, idealizado por Robert Richard Torrens e adotado na Austrália no *Real Property Act* de 1858, há o efeito da *indefeasibility* em que o registro além de ter efeitos sobre terceiros, tem efeitos convalidantes sobre as partes que contrataram a propriedade, encerrando de uma vez por todas a discussão sobre quem é proprietário do quê. Nas palavras de Eugene Massie, em artigo que narra a luta política pela implementação do sistema *Torrens* nos Estados Unidos da América, o que não ocorreu até o momento, esse modelo não foi desenhado para agradar advogados, mas para tentar facilitar as coisas para homens de negócios que precisavam lidar com uma complexidade interminável de cadeias de títulos e discussões jurídicas¹⁵⁸ (MASSIE, 1917; CARVALHO, 1982; BRANDELLI, 2016; PEIRÓ, 2006).

Ao evitar todas as discussões jurídicas posteriores, o sistema *Torrens* possui, no entender de Afrânio de Carvalho, um risco decorrente da facilidade de fraudes, pois “basta uma assinatura falsa num formulário de venda, não descoberta a tempo, para despojar irrevogavelmente o proprietário”. Não bastasse a abertura do sistema para fraudes, continua Afrânio de Carvalho, “nosso País, de enorme extensão territorial, em que a propriedade tem uma longa história, formada por complexas relações jurídicas, o que se aconselha é justamente o oposto, a descentralização”. O sistema *Torrens* possui as seguintes características: (a) centralização; (b) facultatividade; (c) passagem dos títulos antigos do imóvel, acompanhados por planta topográfica, por um processo de depuração de domínio; (d) organização do registro em uma matrícula do imóvel; (e) fé pública absoluta do título novo que fica imune a qualquer reivindicação, que se resolver por indenização *por um fundo*¹⁵⁹ *criado para este fim*; e (f) futuras transferências e onerações mediante inscrição no livro do cartório¹⁶⁰ (CARVALHO, 1982).

¹⁵⁷ Como distinções do conceito de boa-fé: na Alemanha e Espanha significa *não conhecimento*, enquanto na Suíça, Áustria, Norte da Itália e anglo-saxão significa *não conhecimento e impossibilidade de conhecer* (PEIRO, 2006).

¹⁵⁸ Robert Richard Torrens sequer tinha formação jurídica e não ganhava seu sustento como advogado (MASSIE, 1917).

¹⁵⁹ Este fundo, no caso brasileiro, jamais foi criado (CARVALHO, 1982).

¹⁶⁰ No Brasil, em 1890, se tentou criar esse modelo com a dificuldade de um processo judicial para o exame da documentação. Em 1916, com o Código Civil, essa possibilidade passou a não

Existem Registros de Direitos em que o adquirente de boa-fé, que confiou no registro, perde o seu direito em face do verdadeiro proprietário. A eficácia do registro nesta variação é relativa (*juris tantum*) e admite prova em contrário. Nesse caso, em que pese o esforço de qualificação registral, ou análise jurídica pelo registro, ser a mesma e ter custo equivalente, os efeitos ou benefícios são diferentes. O terceiro de boa-fé poderá ser atingido por situações não visíveis no registro, como ações judiciais, dívidas tributárias, restrições ambientais e urbanísticas. O sistema inglês denomina esses direitos dominantes extrarregistrais como *overriding interest*, considerados exceções ao *mirror principle* e que foram consideravelmente reduzidos pela *Land Registration Act* inglesa de 2002. Com o avanço da tecnologia, a clareza da informação se dá neste sistema pelo *curtain principle*, em que basta consultar a última atualização do registro, como única fonte de informação. No Norte da Itália, a solução adotada foi ampliar o que se pode registrar, mesmo que não sejam exatamente direitos reais, mas desde que possam interferir na qualidade do direito, como uma anotação para conhecimento (PEIRÓ, 2006; BRANDELLI, 2016).

O sistema brasileiro seria uma vertente do modelo de Registro de Direitos, em uma versão mais fraca, sem a fé pública do sistema alemão, espanhol ou inglês, oferecendo segurança satisfatória ao adquirente de boa-fé. Os direitos registrados possuem presunção relativa de correção, podendo ser contraditados e o próprio registro, retificado, mediante prova. Há presunção relativa (*juris tantum*). Segue, portanto, em processo evolutivo, e no futuro, com um cadastro dos imóveis perfeito poderá adotar o princípio da fé pública (CARVALHO, 1982)¹⁶¹.

4.2. Breve História do Registro de Imóveis

ser mais exercida na prática com o funcionamento do Registro de Imóveis brasileiro, sem o efeito convalidante do sistema *Torrens*, mas com processo inteiramente extrajudicial (CARVALHO, 1982).

¹⁶¹ Para Leonardo Brandelli, em posição minoritária, o terceiro que adquire confiando no registro goza de proteção não em razão da eficácia relativa do registro, mas da teoria da aparência (BRANDELLI, 2006).

Como afirma Luis Fernández del Pozo, “Desde os tempos mais remotos a publicidade procura, de uma forma ou outra, a mesma coisa: segurança jurídica em sentido amplo” (DEL POZO, 2001, p. 280).

No direito da Mesopotâmia, da Grécia antiga, do antigo egípcio e no direito romano havia mecanismos para publicidade que a maior¹⁶² parte dos autores contemporâneos entendem que teriam *algum efeito jurídico* (MONTES, 2005; POZO, 1994; BOUCKAERT, 2010; BRANDELLI, 2015).

Como instituições históricas da publicidade dos direitos na propriedade imobiliária podem ser mencionadas (a) os *horos* gregos, pedras que sinalizavam que o imóvel estava garantindo uma obrigação, (b) as transferências judiciais, que simulavam um julgamento de propriedade no Direito Romano, bem como os rituais do *mancipatio* e (c) o livro *diastromata* do Egito helenístico, bem desenvolvido, mantido em todo distrito e em que se anotavam as transações sobre terras e escravos. O *agronomos* egípcio, oficial público, emitia certificados sobre o status legal da terra, os *katagraphé*. (BOUCKAERT, 2010).

A exata função destes registros do passado está *aberta para discussões* (ARRUÑADA, 2003, p. 414)

4.2.1. Breve História do Registro de Imóveis no Mundo

A publicidade da propriedade mesopotâmica é documentada por tabuletas de argila e de pedra, abundantes na época pré-sargônica e durante a dinastia de Sargão de Akkad, em cerca de 2.200 AEC.

Os documentos da época indicam a transição de uma propriedade familiar ou coletiva para uma propriedade individual. O exame do Código de Hamurabi, de 1792 a 1750 AEC indica que a sociedade babilônica não poderia funcionar sem dinheiro, crédito,

¹⁶² Posição contrária de Ivan Jacopetti do Lago, para quem as formas solenes de transmissão de propriedade, no passado, não tinham como finalidade a publicidade (LAGO, 2008).

propriedade privada¹⁶³ e o *enforcement* desses direitos¹⁶⁴. Naquela época, a tabuleta selada era um requisito solene de transação imobiliária. A confecção da tabuleta, cujo texto era seco e sucinto, era de responsabilidade de um funcionário letrado, um escriba. As tabuletas se conservavam em um estojo de argila que reproduzia, na tampa, o conteúdo daquelas. As cópias da tabuleta eram entregues ao comprador e à autoridade local, que fazia função de arquivo público. A tabuleta era um meio privilegiado de prova, mas poderia haver prova em contrário, com testemunhas, perante os juízes. (DEL POZO, 2001; NAGARAJAN, 2011). Textos babilônicos do século V AEC se referem a *kalamari* ou *kammari*, o registro de bens imóveis mantido pelo rei (SILVER, 1995).

No direito da Grécia antiga havia legislações para que as vendas fossem proclamadas por um arauto público e anunciadas com vários dias de antecedência; outras leis exigiam que se realizem diante de magistrados (DEL POZO, 2001b). Em seu *Política*, do IV século AEC, Aristóteles indica o “registro dos contratos privados e das decisões dos tribunais” como uma magistratura, ou seja, uma função pública, “indispensável” exercida pelo “notário sagrado” ou “conservador”. (ARISTÓTELES, 1998, p.469-475). Ao que parece, Atenas careceria dessa magistratura que era difundida entre as cidades-estados da Grécia, os *khreofulakion*, escritórios públicos de arquivo de contratos (DEL POZO, 2001b)¹⁶⁵. Del Pozo, pesquisador profundo da história da publicidade registral, coleciona exemplos muito interessantes. Em um deles, menciona discussão jurídica em que Hermias reivindica a propriedade de uma casa no Egito na dinastia ptolomaica, de origem grega, que governou nos últimos três séculos AEC. O advogado de Hermas “alega a existência de uma lei segundo a qual contratos egípcios não inscritos no Registro são sem valor”. (DEL POZO, 2001b, p. 265-266).

¹⁶³ Havia mais quatro ou cinco colunas no Código, todas referentes à propriedade imobiliária, com direitos, deveres e restrições, mas justamente estas foram apagadas pelos conquistadores Elamitas (PRINCE, 1904; LYON, 1904)

¹⁶⁴ O Código de Hamurabi¹⁶⁴ pune a venda ilícita com a quebra da tabuleta e o retorno da propriedade ao seu proprietário (item 37). O Código se propõe a impedir que o forte explore o fraco, e como exemplo de justiça, permite que se lave a tabuleta de um devedor que não poderá pagar sua dívida em razão do fracasso da colheita (item 48). (DEL POZO, 2001)

¹⁶⁵ Havia registros públicos em Éfeso, Alexandria e Rhodes, por exemplo, que guardavam transcrições de contratos, inclusive para as finalidades fiscais do Estado, e onde se pesquisava o titular da propriedade e se esta tinha algum ônus. Os contratos eram reproduzidos por extrato, indicando partes, objeto, natureza do ato e um juramento do adquirente que o fazia de forma justa e sem qualquer tipo de fraude. ((DEL POZO, 2001b, p. 271; LAGO, 2008, p. 18)

Para Del Pozo, sempre existiu um princípio de publicidade jurídica capaz de gerar efeitos *erga omnes* na Grécia clássica e “a publicidade nas transmissões imobiliárias é tão comum no Direito grego quanto ausente no Direito romano” (DEL POZO, 2001b, p. 269-272). Segundo um fragmento de Teofrastos, sucessor de Aristóteles na escola peripatética no século III AEC, “o contrato de venda é perfeito no que se refere à propriedade desde que seja pago o preço e cumpridas as formalidades legais, tais como a inscrição, o juramento ou o apelo aos vizinhos”, colocando no mesmo plano de importância modelos mais sofisticados e mais primitivos de publicidade (DEL POZO, 2001b, p. 272)

O método romano era dispendioso, pois, inspirados nos marcos hipotecários gregos, os *oroi*, impunha marcadores oficiais de limites de uma unidade de domínio privado, com penas severas para quem mudasse os marcos de lugar. Algumas vezes, a transferência ocorria por meio de um procedimento judicial regulado pelo direito romano, no qual o comprador afirmava sua propriedade e, se não houvesse oposição, tinha seu direito reconhecido (*in iure cessio*). Nesse modelo, a publicidade ocorria em razão do procedimento judicial. Outra forma de transferência, a *mancipatio*, envolvia cerimônias que davam alguma publicidade às transferências. No Direito romano as solenidades dos modos de transmissão da *mancipatio* ou *iure in cessio* não livram o negócio dos vícios. Se o transmitente não foi o verdadeiro proprietário dos bens, o adquirente não se torna proprietário segundo o princípio *nemo dat quod non habet*, ou *ninguém pode vender o que não possui*. É contrário ao direito romano a aquisição de bem *a non domino*, ou seja, de quem não seja o proprietário, salvo decorrido o prazo de aquisição por usucapião (DEL POZO, 2001b; ARRUÑADA, 2004; BOUCKAERT, 2010; SPARKES, 2019)

No século IV DEC, surge a *insinuatio* ou dever de guardar cópia do contrato de doação nos *gesta* ou *acta publica*, mantidos pelos magistrados romanos a fim de exercer a função de registros públicos¹⁶⁶. A *insinuatio* origina-se na *professio apud acta*, formalidade destinada a gerar prova da doação. Inicialmente facultativa, tornou-se obrigatória por determinação do imperador Constâncio Chlorus, recebendo a forma final da *insinuatio* por Constantino, em edito de 323 DEC. Exigia-se um documento com o nome do doador e a descrição do bem doado, seguida da entrega solene diante de

¹⁶⁶ Não obstante ser requisito à existência das doações quando essas fossem acima de um certo valor, “tinha por objetivo frear a prodigalidade e gerar prova autêntica do ato, função esta que se assemelha mais à função notarial contemporânea do que a qualquer sistema de publicidade” (LAGO, 2008, p. 22)

testemunhas da vizinhança. O juiz do domicílio do doador consignava tudo em acta. A ausência da *insinuatio* tornava a doação nula (LAGO, 2008, p. 22).

O modelo feudal exigia uma cerimônia de transferência de terra memorável¹⁶⁷ e pública que deixava evidente o poder do senhor em coletar seus pagamentos. Com o tempo, passou a ocorrer a entrega de escrituras, testemunhada por pessoas dignas de confiança ou procedimento de publicidade diante das igrejas (ARRUÑADA, 2004; BOUCKAERT, 2010; SPARKES, 2019).

Até o século XIX, conforme a tradição romanista, ainda existia na maior parte da Europa os direitos reais ou de garantia, ou seja, *que embora tivessem eficácia erga omnes e vinculassem toda a sociedade eram mantidos ocultos do conhecimento geral*¹⁶⁸. Não era possível obter com segurança a informação sobre os direitos reais válidos. A possibilidade de direitos ocultos (a) tornava os custos de transação altíssimos, dificultando os contratos e o crédito com garantia imobiliária, (b) oportunizava ilícitos como antedatar um contrato de venda ou de hipoteca para lesar terceiros, (c) enganar os adquirentes de direitos, que desconheciam o que realmente estavam adquirindo (ARRUÑADA, 2004).

A solução para reduzir esses custos de transação foi uma mudança institucional.

Com a gradual adoção do Registro de Imóveis nos moldes atuais, a publicidade passa a ser a regra, motivada pela necessidade de expansão do crédito imobiliário. (GONZÁLEZ, 2003).

O registro de direitos foi introduzido gradualmente na Inglaterra, começando pela cidade de Londres em 1897 (ARRUÑADA, 2004, p. 75).

¹⁶⁷ “No intuito de evitar a fraude, em 10 de fevereiro de 1538 Carlos V publica edital proibindo a alienação e a transmissão de herança sem *nantissement*. Edital idêntico seria publicado por Felipe II em 06 de dezembro de 1586. *Nantissement* é uma expressão genérica, que indica o conjunto de solenidades necessárias à perfeição das transmissões de direitos reais sobre imóveis, bem como a instituição de gravames. Tal como a *saísine*, é uma imissão na posse por proclamação de uma autoridade, composta por dois atos: o *vest* e o *devest*. No *devest*, o alienante renuncia fictamente à propriedade, entregando-a a um magistrado; no *vest*, o magistrado investe o adquirente.” (LAGO, 2008, p. 31)

¹⁶⁸ Havia formalidades para evitar fraudes e facilitar o trabalho dos tribunais em futuras discussões judiciais, mas sem qualquer publicidade para proteção dos terceiros de boa-fé (ARRUÑADA, 2004).

Na Espanha, a publicidade imobiliária surge com a Pragmática de Dom Carlos e Dona Joana, atendendo petição das cortes de Toledo de 1539, que criava um livro destinado ao registro de censos e hipotecas. Sem essa formalidade, eles não seriam oponíveis contra terceiros ou poderiam ser alegados em juízo. A norma não foi seguida, e apenas em 1768, com o regulamento que criava as *Contadurías de Hipotecas*, a publicidade passou a vigorar como princípio e exigência legal na Espanha (LAGO, 2008, p. 28).

Na França, logo antes da Revolução de 1789, havia sistemas paralelos de publicidade, além da *insinuatio* com origem no direito romano (LAGO, 2008, p. 31-37):

*Nantissement*¹⁶⁹, de origem feudal, expressão que indica o conjunto de solenidades necessárias para a transmissão de direitos reais ou de garantia, é uma imissão na posse por uma autoridade. A *nantissement* é composta por dois atos, *devest* (renúncia ficta da propriedade pelo vendedor) e *vest* (autoridade investe o adquirente na propriedade). Essa operação era registrada e o oficial do registro deveria oferecer extratos a quem jurasse dela necessitar, sendo a prioridade dos direitos definida pela data da inscrição.

Appropriance, com origem na Bretanha na baixa Idade Média e semelhante nos objetivos ao sistema *Torrens* australiano do século XX: após processo judicial com ampla publicidade atribuíam-se à propriedade protegida de qualquer discussão futura. A *appropriance* era um processo composto por (a) *insinuatio* do contrato em um registro público, sob pena de nulidade, (b) posse pública do imóvel na presença de um notário, que lavraria ata do fato, (c) no prazo de seis meses da *insinuatio*, deveriam ser feitas publicações por meio de um oficial de justiça, que seriam lidas por um meirinho em voz alta em lugares públicos de costume, inclusive missas, (d) após a terceira publicação, o meirinho jurava para a corte competente que havia seguido o processo e declarava o bem devidamente *apropriado*. A *appropriance* não sanava vícios do ato negocial, que poderia ser atacado, por dolo ou fraude, no prazo de dez anos, e não poderia ser oposta aos direitos senhoriais.

O sistema de *Lettres de ratification* se inicia com o adquirente depositando seu título no registro (*greffe*) do juízo das situações do bem. Um extrato ficava ali afixado por

¹⁶⁹ Para evitar fraudes, em 10 de fevereiro de 1538 Carlos V proíbe a alienação e transmissão de herança sem o *nantissement*, o que foi repetido por Felipe II em 6 de dezembro de 1586 (LAGO, 2008, p. 31)

dois meses, como aviso para os credores do vendedor apresentarem suas hipotecas, que seriam inscritas por ordem de data. Os registradores (*greffiers*) tinham de fornecer certidões para os interessados. Passados dois meses, *as lettres de ratification* eram remetidas ao juízo contendo todas as oposições eventualmente apresentadas e o imóvel estaria livre de todas as hipotecas não opostas. Esse sistema era caro, muitas vezes mais caro que o próprio bem. Além disso, fora pensado para proteger o adquirente. Como as hipotecas não tinham seu registro obrigatório, não era possível avaliar o risco de uma operação de crédito.

Após a Revolução francesa, o sistema de publicidade foi seguidamente alterado em razão da disputa dos diversos interesses em jogo. Por fim¹⁷⁰, o Código Civil francês determinou que a transmissão da propriedade ocorresse pelo consentimento previsto no contrato, e não pelo registro, que ocorria para oposição da propriedade por terceiros. Era grave a falta de publicidade na França, quando a propriedade e os direitos reais eram transmitidos, mesmo perante terceiros, pelo consentimento no contrato, sem registro, tradição, ou qualquer formalidade exterior. Em 23 de março de 1855 é promulgada nova lei hipotecária e se reestabeleceu a necessidade de registro de todos os direitos reais para que estes pudessem ser opostos a terceiros. Os registros asseguravam prioridade, mas não provavam a legitimidade do direito inscrito. A indexação era vinculada às pessoas, e não aos imóveis e não foram incluídos todos os atos e fatos modificativos da propriedade (LAGO, 2008, p.42-43).

O sistema germânico de publicidade imobiliária tem origem no direito medieval alemão, e primitivamente a transferência de uma propriedade sobre um imóvel ocorria por meio da *gewere*¹⁷¹, em que o transmitente declarava que renunciava a propriedade (MOREIRA ALVES, 1967). Ao longo do tempo, essa passou a se dar por um litígio judicial semelhante a *iure cessio* romana, passando depois para um sistema administrativo não contencioso denominado *auflassung*, no qual as partes declaravam a transmissão da propriedade ao concílio da cidade, depois perante um tribunal e, em seguida, sem necessidade de qualquer transmissão de posse, eram emitidos títulos da investidura

¹⁷⁰ Para Bianchi, a grande maioria dos autores do *Code Napoleon* de 1804 pendia pelo retorno à clandestinidade do direito romano, percebendo a publicidade como uma “barbárie feudal” e uma “desconfiança da posse” (LAGO, 2008, p. 41).

¹⁷¹ Em seguida, *gewere* passou a designar a relação do proprietário com o bem da maneira que se assemelha à *possessio* romana. Para o exame do disputado conceito de *gewere*, conferir MOREIRA ALVES, 1967.

judicial que eram arquivados em um registro territorial. Desde o século XII, inicialmente em Colônia e depois ampliando para outras cidades, os acordos de transmissão realizados perante os magistrados eram escriturados em livros especiais, ao longo do tempo organizados pelos imóveis (*folio real*) – e não mais somente pelas pessoas (*folio pessoal*). Deixava-se espaço em branco para realizar os próximos registros referentes ao mesmo imóvel. Em 1º de fevereiro de 1640, o imperador Ferdinando III promulgou uma declaração de princípios em que os bens imóveis somente poderiam ser cedidos no registro imobiliário. Em Lübeck, Hamburgo e na Saxônia, a transmissão ocorria pelo registro, independentemente da validade do contrato e o registro tornava válida a transmissão mesmo de título materialmente falso (ARRUÑADA, 2003; LAGO, 2008, p. 44-46).

A Lei de Registro Imobiliário do Reich, de 1872, complementa as regras do Código Civil alemão, e dispõe sobre as autoridades responsáveis pelo registro (em geral, magistrados), a organização pelo sistema de matrículas (dos imóveis, cujas descrições devem ser compatíveis com outras repartições oficiais, e dos direitos reais), a organização dos registros (uma folha para cada imóvel admitida a divisão em colunas para registros dos titulares, descrição do imóvel, hipotecas e outros gravames) e os requisitos de registro (o título, o pedido do interessado, o consentimento daquele que consta no registro como titular que cede seu direito real). O interessado na certidão deve justificar seu interesse para obter a informação. O recurso da decisão negativa de registro deve ser feito no tribunal territorial e, em seguida, para o tribunal territorial superior (LAGO, 2008, p. 47-48).

4.2.2. Breve História do Registro de Imóveis no Brasil

No Brasil colônia vigoravam as chamadas Ordenações¹⁷² do Reino de Portugal. Nestas, a transmissão da propriedade ocorria pela tradição, sendo a efetiva entrega da

¹⁷² “Quando do descobrimento do Brasil, vigoravam em Portugal as “Ordenações Afonsinas”, coletânea que reunia o direito então vigente e que fora publicada por Dom Afonso V, no ano de 1447. Essa coletânea veio a ser substituída em 1521 pelas “Ordenações Manuelinas”, promulgadas por Dom Manuel e estas últimas, por sua vez, pelas “Ordenações Filipinas”, que entraram em vigor no reinado de Filipe II de Espanha – ao tempo da União Ibérica – no ano de 1602. E até o advento das leis hipotecárias imperiais brasileiras, em 1846 e em 1864, a matéria

posse do bem juntamente com o pagamento do preço. Se o vendedor não fosse o verdadeiro proprietário, essa tradição servia como justo título para a aquisição por usucapião (CARVALHO, 1982; LAGO, 2008, 2016).

Não havia necessidade de um registro enquanto o território fosse pouco povoado e não houvesse certeza das potencialidades econômicas das terras e da segurança jurídica destas, palco de conflitos coloniais, para que pudessem servir de garantia para o crédito. As *cartas de sesmarias*, doações feitas primeiro pelos donatários das capitânias, depois pelos governadores e capitães gerais, começaram a ter destaque no domínio público do estado português, vindo a se constituir no domínio privado colonial (CARVALHO, 1982). Nessas sesmarias não havia a obrigação do sesmeiro de cultivar a terra. Além disso, os limites da sesmaria nunca foram respeitados no Brasil, adquirindo o sesmeiro, por simples posse, a plena propriedade da terra. Durante todo o período colonial não houve um registro de imóveis, dotado de fé pública, o que fomentou conflitos entre titulares de sesmarias e posseiros (PEREIRA, 1967; SUEYOSHI, 2007; HOOFS, 2010; COMPARATO, 2018).

No Brasil Império, a publicidade registral avançou.

Com a lei orçamentária 317, de 21 de outubro de 1843, regulamentada pelo Decreto 482 de 14 de novembro de 1846, se passou a permitir o registro apenas das hipotecas convencionais, sem exigir o das hipotecas legais e judiciais e – sua maior imperfeição – sem prever o registro das transmissões de propriedade. O interesse era viabilizar o crédito aos interesses agrícolas do país. Como efeito do registro da hipoteca, estas: (a) tornavam ineficazes contra o credor todas as eventuais alienações de bens posteriores, ou seja, mantinham a hipoteca sobre o bem mesmo se houvesse a transferência de propriedade para terceiros; (b) permitiam ao credor executor os bens dados em hipoteca, ou seja, o bem seria vendido em hasta pública e o resultado pagaria o credor, e (c) garantiam a prioridade do credor em relação a outros, ou seja, o credor hipotecário era ressarcido antes de credores sem garantia real. Foi determinado o prazo de um ano para que os credores com hipoteca constituída registrassem seus direitos. Ultrapassado esse prazo, o efeito do registro não retroagiria até a data do contrato e, sendo

da transmissão da propriedade entre particulares e da constituição de direitos reais foi regulada pelo livro IV destes diplomas legislativos” (LAGO, 2016).

assim, a hipoteca teria efeito a partir do registro. O decreto previa um livro índice, em ordem alfabética, para garantir a publicidade dos bens hipotecados que estivessem registrados naquele cartório. O “tabelião do registro geral das hipotecas” tinha o dever de fornecer certidão positiva ou negativa da existência dos bens hipotecados. O sistema permitia a constituição de hipotecas sobre bens futuros, o que tornava a publicidade, já restrita apenas às hipotecas, totalmente falha. Além disso, a especialidade, ou seja, a descrição dos bens hipotecados era, muitas vezes, imperfeita, o que dificultava sua utilidade para o crédito (CARVALHO, 1982; PEREIRA, 2004; LAGO, 2008, 2016). O sistema brasileiro tinha por objetivo inicial dar segurança jurídica às hipotecas para fomentar o crédito. Não era ainda um registro de propriedades, mas um registro de contratos garantidos por hipoteca (LAGO, 2016).

Em seguida, com a Lei de Terras, a Lei 601 de 1850, e seu regulamento, o Decreto 1.318, de 30 de janeiro de 1854, foi criado o chamado “Registro do Vigário”, obrigando os possuidores a declararem sua posse perante os vigários em cada freguesia da situação do bem. Os contratos de posse acima de duzentos mil réis tinham que ser lavrados na forma de escritura pública, nos termos da Lei 840 de 1855. Até esse momento, a informação era desordenada e a aquisição do bem se dava pela tradição ou entrega da posse do bem, que passava a exteriorizar a propriedade. O título funcionava como causa jurídica da aquisição: sem a entrega do bem havia apenas uma relação de direito pessoal. A cláusula *constituti*, em que o vendedor declara no contrato que transmite a posse para o comprador, e que continua a exercer a posse em nome deste, passou a fazer parte do costume negocial e da redação de estilo dos contratos¹⁷³, encerrando, assim, a aparência externa da tradição, ou entrega material do bem (CARVALHO, 1982; LAGO, 2008, 2016).

O ambiente jurídico era inseguro¹⁷⁴, o crédito difícil e os juros altos. A propriedade imobiliária não servia como garantia segura para o crédito e havia uma tendência, entre os credores, de optar pela garantia de direito pessoal.

¹⁷³ “CORREA TELLES fornece em seu *Manual* uma fórmula consagrada de tradição ficta: “...e recebido o preço por eles vendedores, disseram que desde já transferem ao comprador todo o domínio, direito, ação e posse...” (LAGO, 2016)

¹⁷⁴ “Por vezes, quando da execução descobria-se que o devedor não era o proprietário do imóvel hipotecado; e, ainda, vinha o credor a saber que havia outros credores com créditos privilegiados em relação ao seu. Nos dizeres de PERDIGÃO MALHEIROS, “*A chicana e as tricas forenses*

Para aumentar a segurança jurídica do sistema, após intensos debates¹⁷⁵, foi promulgada a lei 1.237 de 24 de setembro de 1864 que criou o Registro Geral, sendo regulamentada pelo regulamento 3.453 de 26 de abril de 1865. O Registro contava com uma publicidade ainda limitada, pois não se incluíam nas hipóteses de inscrição as transmissões *causa mortis* e as hipotecas legais, criadas por lei para a proteção das mulheres viúvas e dos órfãos. Com a hipoteca era possível que fossem dados os *escravos em garantia*¹⁷⁶¹⁷⁷, segundo o princípio do direito romano que o acessório segue o principal. As hipotecas legais, concedidas às mulheres casadas, aos menores e aos interditos poderiam ser registradas, mas valiam, mesmo se ocultas. A transmissão da propriedade sobre bens imóveis ou dos direitos reais definidos em *numerus clausus*, ou em rol taxativo, deveriam ser registrados para se constituírem. A transcrição, termo escolhido pela legislação para descrever o ato de registro, no sistema da lei 1.237 de 1864, era o *modo de transmissão de direitos reais*, permanecendo a tradição apenas para os bens móveis¹⁷⁸. O regulamento determinava que fossem criados registros de imóveis em todas as comarcas do império, com dever de dar certidão a todos os interessados. A indexação do sistema ocorria por dados pessoais dos titulares de direito ou dados objetivos referentes ao imóvel (LAGO, 2008, 2016).

Somente com a lei 3.272 de 5 de outubro de 1885 que se tornou obrigatório o registro das hipotecas, encerrando-se definitivamente o risco de hipotecas secretas. A transcrição nos livros do Registro de Imóveis substituiu a tradição como a forma de se transmitir a propriedade ou constituir um direito real. Mas o registro não gerava prova de domínio, o que fazia que o autor de uma reivindicação tivesse que provar sua propriedade

ostentavam-se soberbas contra o credor, e mil outros embaraços, que o desanimavam de sujeitar seus capitães a tantas eventualidades” (LAGO, 2016).

¹⁷⁵ Sobre as posições de Joaquim Nabuco e José de Alencar, e o conflito entre estadistas imperiais e fazendeiros, conferir Pedro Parga Rodrigues (2012).

¹⁷⁶O maior valor econômico não estava na terra, mas nos escravos, cuja vida ativa média era de sete anos e que possibilitavam o valor desta (COMPARATO, 2018, p. 69,72).

¹⁷⁷ Recentes trabalhos de estudiosos em escravidão comparada sugerem que é possível que a maior parte do trabalho no ocidente, antes do século XIX e talvez em toda sociedade complexa pré-moderna não tenha sido livre, especialmente se compreendermos que a compra e venda de uma pessoa não é a única maneira de distinguir um escravo de uma pessoa livre (TENNEY, 2017).

¹⁷⁸ “Nesse sentido, seu artigo 8º, prevendo que, em havendo duas alienações do mesmo bem, prevaleceria aquela que, em primeiro lugar, houvesse sido registrada, ainda que tivesse havido anteriormente a tradição do bem ao outro adquirente. Em razão disso, era o sentir de TEIXEIRA DE FREITAS que o Brasil se filiará aos países que empregavam o registro como “tradição legal do bem”(LAGO, 2016).

judicialmente. As aquisições *causa mortis* e atos judiciais não dependiam de registro para valer (LAGO, 2008).

No Brasil República, pouco depois do golpe militar de 1889, o Decreto 169-A, de 19 de janeiro de 1890, 370 de 2 de maio de 1890, e 544 de 5 de julho de 1890, revogaram a legislação anterior, mas o sistema permaneceu basicamente o mesmo (LAGO, 2008).

Apenas como Código Civil de 1916 o Registro Geral mudou de nome para Registro de Imóveis.

Após intensos debates entre juristas e políticos¹⁷⁹, o registro passou a ter efeitos de propriedade com presunção relativa (*juris tantum*), admitindo prova em contrário em juízo. O Código deixou claro que o registro da transmissão *constitui* o direito real e de propriedade. Terceiros de boa-fé não estavam protegidos contra a *evicção*, ou seja, do indivíduo *evicto* perder o bem adquirido por contrato por força de decisão judicial em razão da reivindicação de direito de terceiro, no caso, o verdadeiro proprietário, o *evictor*, direito esse anterior à causa jurídica que justificava a posse daquele. Passou a ser exigido o registro de aquisições *causa mortis* e dos atos judiciais, mesmo que, sem efeitos constitutivos, quando o direito real ou a propriedade eram gerados pelo registro (LAGO, 2008; 2016; ROCHA, MENDES, 2028).

Na época, tentou-se defender a adoção de um sistema de Registro de Direitos com presunção absoluta de veracidade do registro, ou seja, um modelo em que o terceiro de boa-fé que adquire um bem confiando na informação do registro está completamente protegido em face de um verdadeiro proprietário que demonstre o erro da inscrição. Ocorre que aderir ao modelo alemão era inviável em razão da falta de organização dos elementos jurídicos e cartográficos que descrevessem os imóveis de forma adequada. Ainda, gerar risco de proprietários e credores com direito real perderem seus direitos por erro de registro, sem culpa própria e sem direito à indenização, uma vez que à época não havia responsabilidade civil do Estado ou por danos causados por dolo ou culpa do registrador (LAGO, 2008).

¹⁷⁹ “O advento do Código Civil de 1916 gerou grande polêmica entre os civilistas brasileiros da primeira metade do século XX sobre ter sido introduzida ou não no Brasil a fé-pública registral dos sistemas de registro da matriz germânica. Este debate durou, ao menos, até os anos 40, e o cerne da discussão residia na interpretação que se deveria dar ao artigo 859 do Código: *Presume-se pertencer o direito real à pessoa, em cujo nome se inscreveu, ou "transcreveu"* (LAGO, 2016)

O sistema brasileiro sempre foi nacional, com todos os registros de imóveis vinculados a uma mesma Lei Federal de Registros Públicos, válida em todo o país, e a um único Código Civil¹⁸⁰.

O Código Civil de 2002 não estabeleceu nenhuma mudança no regime de propriedade, apenas deixou claro, em seu artigo 1.247, que “Cancelado o registro, poderá o proprietário reivindicar o imóvel, independentemente da boa-fé ou do título do terceiro adquirente”, ou seja, *a proteção do sistema brasileiro optou pelo proprietário lesado em face do terceiro de boa-fé* (LAGO, 2008, 2016).

4.3. Trade-Off entre os Modelos

Trade-offs são centrais na Economia, pois ninguém e nenhuma sociedade pode ter *todas as opções*. Escolher um Registro de Títulos é abrir mão de um Registro de Direitos. Como em qualquer outra situação na vida, para escolher é preciso saber o que é, realmente, importante. É preciso escolher e é sobre isso o *trade-off* (CAMPBELL, KELLY, 1994).

A norma que deve prevalecer é aquela que minimiza os efeitos dos custos de transação (SILVEIRA, 2022, p. 183).

O critério de comparação interinstitucional tratará de custos relativos (*ex ante*), diminuição dos custos de informação e negociação (*ex post*) e efeitos mais potentes (GONZÁLEZ, 2003).

No caso do modelo de registro da propriedade imobiliária, Galal e Razzaz (2001) têm algo a apontar. Para eles, uma reforma em mercados imobiliários somente deve ser implementada se *fortalece* (a) as instituições que definem o direito de propriedade, (b) a habilidade de exercitar esses direitos, e se *diminui* (c) o custo de exercitar estes direitos¹⁸¹.

¹⁸⁰ A Lei 1.237 de 1864, instituidora do Registro Geral, e seus oito livros principais de registro chegaram até a Lei 6.015 de 1973, sem muita variação (LAGO, 2008).

¹⁸¹ Esses três critérios podem ser úteis na avaliação do *trade-off* entre o Registro de Títulos e Registro de Direitos, objetivo deste trabalho, mas igualmente quanto a presunção absoluta ou

4.3.1. Fortalecimento da definição do direito de propriedade

Pressupondo que há *vontade política*¹⁸² é relativamente *fácil e de baixo custo* a tarefa de tornar efetivos os direitos reais, pois os imóveis são duradouros e pouco deterioráveis (ARRUÑADA, 2004b, p.140-141).

Para avaliarmos os modelos existentes e a necessidade de uma eventual reforma é necessário compreender quais são as perspectivas econômicas envolvidas, ou o que, no direito, se chamaria de posições jurídicas envolvidas. No exame do direito de propriedade ou de um direito real (*ius in rem*), é possível ser (a) *proprietário* ou (b) *terceiro com o dever de respeitar a propriedade* – é esse o efeito *erga omnes* do direito *in rem*.

Não é possível analisar um direito real nas perspectivas do vendedor e do comprador, pois estas são apenas as partes de um *contrato* sobre a propriedade, que envolve apenas aqueles vinculados pelo acordo sob o regime de direito pessoal (*in personam*). Todo comprador é, antes de tudo, alguém com dever de respeitar a propriedade alheia. Portanto, quando a Economia se preocupa com o fortalecimento do cumprimento dos contratos¹⁸³ que tratam de propriedade, é preciso compreender que o objetivo é o *enforcement* da própria propriedade e dos direitos reais em disputas. Como visto anteriormente, podem ser realizados diversos contratos sobre os mesmos direitos, todos válidos, mas apenas um deles poderá levar à aquisição de uma propriedade ou direito real. Será sob a perspectiva do *proprietário* e do *terceiro* que os critérios deverão ser examinados.

Hassman e Kraakman (2002) identificam três etapas no relacionamento entre dois titulares de direitos reais diferentes sobre o mesmo imóvel.

Uma *etapa de coordenação*, em que ambos necessitam compartilhar a compreensão sobre os direitos pactuados. A falta dessa compreensão implicará na

relativa do registro, opção que existe dentro dos Registros de Direitos, análise que será enfrentada em outra ocasião.

¹⁸² Sobre a relevância da política nas instituições, remetemos aos capítulos anteriores em que foi tratada a *Public Choice* e a formação política das instituições.

¹⁸³ Por exemplo, Galal e Razzaz afirmam a necessidade do *enforcement* dos contratos (GALAL, RAZZAZ, 2001).

utilização errada do bem. Uma *etapa de cumprimento*, em que nenhum titular irá oportunisticamente reivindicar o direito do outro, a qual poderá implicar em custos extras e diminuição da utilização do bem. E, por fim, uma *etapa de verificação*, em que um *terceiro* necessita meios para verificar o funcionamento das etapas anteriores.

O registro poderá (a) *ter informação de alta qualidade*, ao conter todas as características do direito, permitindo uma exata compreensão destes, ou (b) *ter informação de baixa qualidade*, e, neste caso, somente conter uma *notícia* de que há um direito a respeito do bem, cujos termos não são registrados. O registro oferece flexibilidade na estrutura dos direitos, verificação altamente confiável e um custo baixo custo de estabelecimento de direitos. Ao mesmo tempo, oferece o custo de (a) estabelecer e manter o Registro como estrutura administrativa e jurídica e (b) impõe o custo de procurar o registro e, caso o modelo seja o de notícias, impõe o custo de encontrar o contrato e as informações não registradas, ou o *custo de não ter a certeza sobre o direito* (HASMANN, KRAAKMAN, 2002).

A *melhor definição do direito de propriedade*, como visto, ocorre no modelo Registro de Direitos, pois este (a) necessariamente trabalha sob um regime mais estrito de *numerus clausus*, ou seja, de direitos reais ou de propriedade tipificados pela lei e de número limitado, reforçado pela análise jurídica do Registrador, quer seja esta mais leve ou profunda e (b) oferece um conhecimento público imediato sobre quem tem direitos reais sobre que bem.

Ao contrário, sob o Registro de Títulos, não é possível saber, *de maneira rápida e pública*, quem são os proprietários e qual é o direito, dada *a limitada análise jurídica estabelecida neste modelo*, o qual, como bem observou Benito Arruñada, permite que se esgarce na prática a definição legal do *numerus clausus*¹⁸⁴. Informação privada que

¹⁸⁴ Não é necessário sequer uma equipe de juristas capacitada para análise dos contratos. O grande desafio é estruturar um sistema de informática baseado em índices para localizar as pessoas mencionadas pelos contratos e os imóveis objetos deste contrato de forma que estes possam ser relacionados, caso façam parte de uma mesma cadeia de titularidades, ou para que as cadeias de titularidades concorrentes possam ser encontradas e confrontadas. A complexidade que o Registro de Títulos gera, ao permitir diversas cadeias de contratos concorrentes, e ao permitir que contratos inválidos ou defeituosos juridicamente ingressem no Registro, é difícil de ser administrada, mesmo internamente. Não é trivial compreender se há e qual o grau de concorrência entre titularidades, pois os imóveis podem ser divididos ou unificados, ao longo do tempo. A indexação igualmente pode ser dificultada por erros de indexação decorrentes do próprio registro ou de falhas na confecção dos contratos, com grafias erradas, números de documentos errados, descrições equivocadas, entre outros.

permanece privada não tem valor social, não leva a qualquer melhoramento produtivo e gera incentivos para que sejam gastos recursos em busca de informação de maneira socialmente ineficiente (HIRSHLEIFER, 1971). Tornam-se necessárias instituições que facilitem os processos de busca de informação, negociação, contratação do consentimento e direcionamento dos recursos necessários. Um sistema de informação sobre a propriedade deve manter informação útil e relevante. Para ampliar a eficiência de um sistema de informação, (no caso, o sistema de propriedade imobiliária), aquele que toma decisão econômica sobre adquirir, transferir, dar ou receber em garantia uma propriedade, *deve obter a informação necessária, agir, manter a qualidade da informação relevante*, para que o sistema, como um todo, melhore. O problema do Registro de Títulos, além da insegurança quanto à *informação relevante* igualmente está na *superabundância de informação irrelevante*¹⁸⁵ (ACKOFF, 1967) ao incluir a íntegra de diversos contratos de cadeias contraditórias. *Informação relevante, no caso, é quem são os titulares de direitos e qual é o imóvel.*

Como visto, o Registro de Direitos deve atender ao “*Mirror Principle*”, conceito normativo fundamental sobre o funcionamento do sistema: *a qualquer tempo o registro deve refletir de modo preciso a situação do proprietário e dos direitos reais de terceiros que a afetam, somente podendo afetar a propriedade o que está registrado.* (BOGUSZ, 2002; PEIRÓ, 2006)¹⁸⁶. Este princípio reduz a assimetria informacional sobre o imóvel, sobre os direitos incidentes e seus titulares (ARRUÑADA, 2004, p. 49, 62)¹⁸⁷.

Corroborando a indicação que o Registro de Direitos é superior ao Registro de Títulos nesse quesito, pesquisa conduzida por Thomas Miceli e C. F. Sirmans, da

¹⁸⁵ *Noise*, ou ruído, denomina todo o conjunto de fatores para além da informação relevante capaz de colaborar na formação do preço de um ativo (GROSSMAN, 1977).

¹⁸⁶ Para o “*Mirror Principle*” ser verdadeiramente atendido, os Registros de Direitos devem reconhecer que as informações sobre direitos contratuais, imóveis, restrições e proprietários não são suficientes. Para Peter Sparkes, o espelhamento está opaco sem as informações sobre transferências não registradas (*os contratos de gaveta*), arrendamentos e locações, mesmo que curtas, direitos de usucapião, dentre outras (SPARKES, 2019).

¹⁸⁷ Sobre a importância do “*Mirror Image*”, entendem Harmann e Krrakman que, no caso dos registros de propriedade imobiliária, que já estão constituídos, *haverá um custo adicional à sociedade se o registro não incluir todos os possíveis direitos reais sobre os imóveis*. Por exemplo, hipotecas devem ser registradas, mas as servidões podem ser adquiridas fora do registro (HASMANN, KRAAKMAN, 2002).

University of Connecticut, e Henry Munneke, da *University of Georgia* e Geoffrey Turnbull, da *Georgia State University*, concluiu que o *Registro de Direitos acarreta um valor maior da terra que um Registro de Títulos*.

Os autores desenvolveram um modelo teórico de como o risco e os custos de transação afetam o valor da terra no Registro de Títulos e no Registro de Direitos, na modalidade *Torrens*, concluindo que esse último levaria, *ceteris paribus*, a um maior valor para a propriedade dos bens imóveis. Em seguida, realizaram estudos empíricos em *Cook County, Illinois*, onde coexistiam os dois modelos alternativos de registro, comparando o valor da propriedade em ambos os sistemas. Novamente, o estudo indicou que, isolados outros efeitos, comparativamente o sistema *Torrens* aumentou de fato o valor da propriedade (MICELI et al., 2002). Mais adiante será retomado o caso de *Cook County* cuja evolução teve desdobramentos interessantes sob o ponto de vista institucional.

Quanto mais definido e compreensível um direito, mais valioso este será.

Ainda, quanto maior o valor dos bens, mais provável que os interessados escolham o Registro de Direitos (ARRUÑADA, 2004, p. 135), pois sob (a) a perspectiva do proprietário, há valorização e maior proteção de seu bem imóvel, enquanto (b) da perspectiva dos terceiros, há menor risco de dano patrimonial para realizar um negócio com quem não é titular e de se violar, inadvertidamente, a propriedade do verdadeiro proprietário.

A melhor definição do direito de propriedade informa melhor toda a sociedade, a qual deve respeitar todos os direitos reais de propriedade existentes. Uma sociedade somente pode respeitar um direito *erga omnes* se estes são compreendidos e, para tanto, bem definidos.

Portanto, um Registro de Direitos, em face de um Registro de Títulos, ao melhor definir o direito de propriedade: (a) aumenta o valor do bem imóvel, e (b) permite o conhecimento rápido a respeito do bem, dos direitos envolvidos e seus titulares.

4.3.2. Fortalecimento do exercício do direito de propriedade

Para podermos examinar qual sistema de registro fortalece mais o exercício do direito de propriedade, é preciso compreender o que significa *habilidade de exercitar estes direitos*.

Exercitar um direito de propriedade deve incluir as atividades de usar, fruir, comprar, vender, ceder e onerar (dar em garantia)¹⁸⁸, ou seja, que amplifique¹⁸⁹ e liberte as possibilidades de utilização e transferência do bem.

Como efeito da formalização da propriedade, há aumento do valor do bem, do acesso ao crédito, do investimento em habitação e renda, do aumento de felicidade e até mesmo da redução do trabalho infantil (DE SOTO, 2000; GALAL, RAZZAZ, 2001; MOURA *et al.*, 2009; MOURA, 2013, VELENCOSO, 2013)¹⁹⁰.

O fortalecimento do direito de propriedade, pelo registro, será capaz de fomentar o aumento da concessão de crédito com garantia imobiliária. O crédito imobiliário é dinamiza o desenvolvimento em geral. Se o modelo de registro for eficiente, levará à melhor utilização dos recursos, aumentando o acesso público ao crédito imobiliário pela facilidade de utilizar a propriedade como garantia em operações de crédito, a grande alavanca da economia contemporânea. (GALAL, RAZZAZ, 2001; STANLEY *et al.*, 2011; GONZÁLEZ, 2012).

O melhor *exercício* do direito está diretamente relacionado à melhor *definição* do direito de propriedade.

Como visto anteriormente, os exercícios de direito ou escolhas econômicas decorrentes da propriedade envolvem todas as pessoas de uma sociedade. A perspectiva não é, somente, do proprietário do momento, mas deve abarcar aqueles que devem

¹⁸⁸ A origem da definição em latim “*Jus de re libera disponendi, jus utendi et abutendi*” está em Robert Joseph Pothier, em seu *Traité du Droit de domanie de propriété*, de 1776. Especialistas em direito romano como Schultz e Nicholas entendem que não há fontes romanas equivalentes (HERMAN, 1981, p. 677). Sobre a discussão sobre o nascimento do conceito de direito subjetivo no direito de propriedade, consulte STORCK, 2010.

¹⁸⁹ Pode-se incluir o direito de *securitizar*, no Brasil, atividade regulada nos termos da MP 1.103 de 2022, convertida na Lei 14.430 de 3 de agosto de 2022: “Art. 18. Parágrafo único. É considerada operação de securitização a aquisição de direitos creditórios para lastrear a emissão de Certificados de Recebíveis ou outros títulos e valores mobiliários perante investidores, cujo pagamento é primariamente condicionado ao recebimento de recursos dos direitos creditórios e dos demais bens, direitos e garantias que o lastreiam”.

¹⁹⁰ A regularização fundiária, ou o registro de propriedades informais, reduziu o trabalho infantil em oito horas semanais na Comunidade do Caju, no Rio de Janeiro, bem como foi verificada uma relação positiva entre registro e felicidade (MOURA *et al.*, 2009; MOURA, 2013).

respeitar a propriedade, de um lado, mas que outro podem adquirir ou receber direitos de garantia sobre esta, ao longo do tempo (ARRUÑADA, 2017).

Parece razoável e intuitiva a conclusão de que o proprietário e os terceiros conseguem exercer melhor seus direitos em face da propriedade quando esta é facilmente verificada e objetivamente definida no sistema de registros públicos.

O Registro de Direitos, ao melhor definir o direito, o titular do direito e o objeto do direito, com isso oferecendo uma confiança pública (com efeitos absolutos ou relativos, admitindo-se prova em contrário) permite que o exercício de direitos seja fortalecido e facilitado. O crédito imobiliário, que depende de definição do direito de propriedade para que esse possa se constituir uma garantia real, uma hipoteca ou alienação fiduciária, cuja definição igualmente é necessária, é logicamente fortalecido no sistema de Registro de Direitos.

É possível argumentar que, no modelo Registro de Títulos, o *acesso ao registro* é facilitado pela falta de análise jurídica e possibilidade de registros de cadeias contraditórias de contratos. Nesta linha, facilitar o registro seria sinônimo de facilitar o exercício do direito. Mas não se pode confundir o exercício de um direito civil com o exercício do acesso a um simples registro que poderá não levar ao efeito jurídico pretendido, o de efetivamente transferir ou onerar um bem imóvel.

Um contrato registrado que não consegue comprovar de fato a propriedade é um fator limitador do exercício do direito e pode levar terceiros a equívocos e a violar a propriedade. Esse risco implica em maior custo para a operação de crédito imobiliário quando comparado em uma situação equivalente, mas com maior definição do direito de propriedade e de garantia.

Em que pese a consistência lógica na argumentação acima, infelizmente, ainda não há pesquisa empírica dedicada à questão, o que demonstra um campo interessante de estudos econômicos a ser explorado, por exemplo, medindo-se o risco em operações de crédito em ambos os sistemas, *ceteris paribus*.

4.3.3. Redução do custo de exercitar o direito de propriedade

Cumpram-se examinar os *custos envolvidos* em ambos os modelos de registro.

No mundo real, os custos de transação são positivos e as instituições legais impactam significativamente no comportamento dos agentes econômicos. Agentes econômicos sempre querem reduzir os custos de transação sob suas perspectivas a fim de obter benefícios de interações econômicas no menor custo possível (PETRAM, 2011, p. 6). Ainda, o arranjo de custos de transação depende de instituições jurídicas e de instituições políticas preexistentes (NORTH, 1994) que poderão estabelecer estruturas inclusivas ou extrativistas de riquezas em benefício de elites políticas (ACEMOGLU, ROBINSON, 2013).

Os custos envolvidos são todos aqueles com que uma sociedade arca para manter um sistema de registro e para exercer direitos em cada um dos ambientes institucionais.

É evidente que, no modelo do Registro de Títulos, não há o custo de se estruturar a organização que presta a função registral com uma equipe jurídica qualificada, capaz de analisar contratos e contrapor às demais informações constantes do acervo. Trata-se de um simples depósito de informações, cujo maior esforço reside na indexação dos contratos. Uma equipe pouco qualificada juridicamente e um *software* de baixa complexidade parecem dar conta do recado. Ocorre que, se essa indexação, à primeira vista, parece ser simples, ao longo do tempo se revela uma operação nada trivial. Em razão da diversidade de títulos e crescente complexidade ao longo do tempo, fica cada vez mais difícil indexar diversas cadeias de titularidades encontradas em contratos sobre imóveis cuja descrição pode mudar, por desmembramento ou fusão de imóveis¹⁹¹¹⁹².

Essa complexidade gerada em razão do Registro de Títulos não realizar qualquer atividade de depuração jurídica dos documentos apresentados gera ineficiência, pois diversos outros organismos acabam assumindo os custos de pessoas, processos e tecnologia, qual seja, as empresas privadas que oferecem análise e seguros sobre as transações imobiliárias. Estes custos são *replicados em diversos organismos exteriores ao Registro*, nas empresas privadas que oferecem análise e seguros sobre as transações imobiliárias, como se percebe no caso francês e americano.

¹⁹¹ Tanya Marsh aponta as dificuldades de indexação nos sistemas de títulos americanos. Mesmo um pequeno equívoco poderá impedir que o contrato seja encontrado. Por exemplo, o sobrenome De La Hoya, pode ser indexado como Hoya, la Hoya ou delahoya. (MARSH, 2011, p.21).

¹⁹² Especialmente em razão dos registros de títulos produzirem informação de baixo valor, seus procedimentos de análise possuem baixa complexidade e não necessitam de equipes com formação jurídica, esses registros custam pouco frente ao negócio o que acaba envolvendo equipes pouco qualificadas.

Por exemplo, o custo de se obter uma transação imobiliária através de uma empresa de acompanhamento em *real estate* no Estado de Carolina do Sul impactava, no final do século XX, em, pelo menos, 10% a mais no preço da transação. Outros custos envolvidos: até 3% de seguro da transação e taxas legais, além de 10% de corretagem. Enquanto isso, somente as taxas de transferência nos registros de imóveis (estruturados no modelo Registro de Títulos) custam normalmente “menos de 1% do valor do imóvel” (WUNDERLICH, 1989; ARRUÑADA, 2004).

Ao contrário, no modelo Registro de Direitos, quando é necessário comprovar ou conhecer a posição jurídica de proprietário sobre um imóvel, para transferência ou oneração, basta o custo de uma certidão¹⁹³ do Registro.

Eugene Massie (1917) traz informações históricas de como as companhias seguradoras americanas combateram as iniciativas de implementar o Registro de Direitos naquele país. A *Chicago Title and Trust Company*, após o grande incêndio que destruiu os registros públicos de Chicago, em 1871, passou a atuar com proeminência no setor de seguros por possuir cópias dos títulos e extratos daquele acervo, de valor incalculável. Na época a companhia possuía capital de sete milhões de dólares e lucro de três milhões de dólares e meio. “Naturalmente”, observa Massie, ela combateu a adoção do Registro *Torrens* em Illinois e “em todos os Estados Unidos da América”. Em seguida, ele narra diversas ações judiciais, com alegações diferentes, contra a implementação do Sistema *Torrens*, um Registro de Direitos, naquele país, o que efetivamente aconteceu (MASSIE, 1917).

Como visto anteriormente, um estudo demonstrou o impacto positivo do Registro de Direitos, na variante *Torrens*, para o valor da propriedade imobiliária em *Cook County*. (MICELI et al., 2002). Além disso, quanto maior o valor dos bens, mais provável que os interessados escolham o Registro de Direitos (ARRUÑADA, 2004, p. 135), pois sob (a) a perspectiva do proprietário há valorização e maior proteção de seu bem imóvel, e (b) da perspectiva dos terceiros, há menor risco de dano patrimonial de realizar um negócio com quem não é titular e de se violar, inadvertidamente, a propriedade do verdadeiro proprietário.

Ocorre que, mesmo com os benefícios para proprietários e terceiros, o Registro de Direitos no modelo *Torrens* foi descontinuado em *Cook County*. Os autores se

¹⁹³ No Registro Inglês essa certidão custa três libras (BOGUSZ, 2002).

perguntam sobre o porquê e tentam explicar essa piora institucional com duas possibilidades. A primeira, que propriedades imobiliárias novas teriam menos risco, e a segunda, devido aos custos de manutenção de um Registro de Direitos (MICELI et al., 2002, p. 579).

Há uma terceira hipótese, explicitada por Eugene Massie (1917): em que pese os benefícios do Registro de Direitos para proprietários e credores hipotecários, há grupos de interesse que extraem valor da ineficiência do modelo de Registro de Títulos daquele país.

Esta ineficiência se aprofundou com a criação da empresa *Mortgage Electronic Registration Systems, Inc. - MERS, Inc.*

Ao longo do tempo, as companhias seguradoras americanas criaram¹⁹⁴ um sistema paralelo para organizar a informação em função do imóvel, reproduzindo todos os registros efetuados no órgão oficial¹⁹⁵ e, com base nesses dados, é que decidem segurar ou não a operação (BRANDELLI, 2016).

Em 1993, ocorreu criação, pelos bancos hipotecários¹⁹⁶ nos Estados Unidos da América, da *MERS, Inc.*, para permitir a agregar as dívidas hipotecárias e a venda de portfólios de créditos hipotecários.

Os credores passaram a enviar listas dos créditos concedidos para a *MERS*, deixando os registros públicos americanos de lado e sem informações sobre aproximadamente metade das hipotecas americanas. A *MERS* apenas arquivava as transações sem fazer qualquer análise jurídica sobre a correção jurídica das operações e a validade destas como direitos de garantia e transmissão de propriedade. Falhas jurídicas destas operações, com correção, condições e titularidades fora do registro público, eram *opacas* para toda a sociedade, dificultavam a quantificação do risco de crédito dos ativos

¹⁹⁴ Já disse Benito Arruñada que receitas fáceis geralmente encontram compradores ao ocultar a complexidade dos problemas (ARRUÑADA, 2021).

¹⁹⁵ Outro custo do sistema americano seria lidar com os cerca de três mil cartórios de registro estabelecidos desde os tempos coloniais em cerca de três mil cartórios de registro, que respeitam regulações em nível local, sem qualquer uniformidade sobre normas de registro e com disparidades quanto às indexações da informação (MARSH, 2011).

¹⁹⁶ A *Mortgage Electronic Registration Systems, Inc. (MERS)* foi fundada pelos *Mortgage Bankers Association, Fannie Mae, Freddie Mac, the Government National Mortgage Association, the Federal Housing Administration*, e pelo *Department of Veterans Affairs* para atuar no processamento eletrônico e buscas de hipotecas (MARSH, 2011, p. 22).

em seguida securitizados em produtos que tinham como lastro recebíveis imobiliários dessas hipotecas. Ainda, dificultaram o trabalho das agências de risco em avaliar a qualidade do crédito dos recebíveis que passaram a ser ofertados para investidores como se fossem de baixo risco – e não *subprime*, ou seja, de altíssimo risco (MAZITELI NETO; BRANDELLI, 2021). Os processos de execução hipotecária (*foreclosure*) revelaram que diversas aquisições de hipotecas não respeitaram as regras jurídicas, o que impediu a prova de titularidade dos direitos nesses processos e impediu a execução das cobranças junto aos devedores, um verdadeiro *MERSGate* (GONZÁLEZ, 2012).

Os custos de transação gerados pela utilização da *MERS* e abandono dos registros públicos americanos foram e continuam a ser significativos: não bastasse a própria crise de 2008, juízes, proprietários, credores e investidores *precisam reconstruir a confiança no sistema de registros públicos americano*¹⁹⁷(PETERSON, 2012; MAZITELI NETO; BRANDELLI, 2021).

Como solução, tem sido proposto, nos Estados Unidos da América, o estabelecimento de um sistema eletrônico inclinado ao Registro de Direitos para substituir os Registros de Títulos local em vigor e superar a utilização da *MERS* (MARSH, 2011; MAZITELI NETO; BRANDELLI, 2021).

Essa solução foi preconizada em 1917 por Eugene Massie, em texto que lembra muito as posições posteriores de Hernando de Sotro (2000) ao quase denominar capital morto aquele decorrente de direitos mal representados em um Registro de Títulos:

Aqueles que habitam “a terra dos livres” nunca ficarão contentes até que a terra seja liberta. Este é o ideal do Sistema *Torrens* e é o ideal da América. A Conferência Nacional de Comissários sobre Leis Estaduais Uniformes elaborou, após anos de estudo, a Lei Uniforme de Registro de Terras, e a *American Bar Association* recomendou que essa lei fosse adotada em todos os estados. (...) Todo advogado pode prestar um alto serviço ao seu Estado, salvaguardar os lares do povo e multiplicar os recursos do país ao participar da esplêndida tarefa de dar às terras uma

¹⁹⁷ Nas palavras do *Attorney General* de *Delaware*: “Desde os anos de 1600, direitos de propriedade sobre imóveis têm sido um fundamento de nossa sociedade, mas a *MERS* criou sérias questões sobre quem tem o quê na América” (BIDEN, 2011).

qualidade negociável e adicioná-las ao capital bancário dos Estados Unidos da América (MASSIE, 1917, p. 771).

O custo de se obter uma transação imobiliária com acompanhamento de uma empresa de acompanhamento em *real estate* no Estado de Carolina do Sul impactava, no final do século XX, em pelo menos 10% a mais no preço da transação. Outros custos envolvidos: até 3% de seguro da transação e taxas legais e até 10% de corretagem. Enquanto isso, somente as taxas de transferência nos registros de imóveis (estruturados no modelo Registro de Títulos) custam normalmente “menos de 1% do valor do imóvel” (WUNDERLICH, 1989; ARRUÑADA, 2004).

A título de comparação, de acordo com o *Doing Business*, que mede apenas as despesas oficiais¹⁹⁸, toda a qualidade jurídica do Registro de Direitos do sistema alemão e do sistema espanhol, e que torna menos necessária a assessoria jurídica e seguros, custa cerca de 6% do valor do negócio, e o caso brasileiro, menos de 4%.

Não por outra razão, no século XIX, a justificativa para constituir a transmissão de direito de propriedade alemã e o seu modelo nacional de Registro de Direitos foi explicitamente econômica ou “prática”.

A ampliação da análise jurídica da autoridade pública envolvida, o registrador, em conjunto com a adoção da fé pública naquele país, tiveram como fundamento *reduzir custos de transação* imobiliária para os interessados e adquirentes.

Hattenhauer afirmava a necessidade comercial de se promover o fim das análises das cadeias dominiais, ou dos contratos referentes aos imóveis, que ficavam cada vez mais intrincados com o tempo. Por sua vez, Ihering, para tornar o sistema “prático”, defende a distinção entre a causa da transmissão (o contrato que gera direito pessoal) e a própria transmissão de propriedade (que gera ou constitui o direito real), adotando como modelo a experiência da *iure in cessione* romana (GONZÁLEZ, 2017, p. 26-27).

Portanto, o sistema de Registro de Títulos incorre em uma ineficiência institucional estrutural que faz surgir grupos interessados em (a) constituir *rentismo* na

¹⁹⁸ Sobre a metodologia do registro de propriedade, o *Doing Business* é claro: “Apenas custos oficiais requeridos pela lei são considerados, inclusive taxas, impostos, selos e outros pagamentos para o registro de propriedade, notários, agências públicas e advogados”. (THE WORLD BANK, 2022)

propriedade imobiliária e em (b) aprofundar a ineficiência dos registros públicos, aumentando o custo em se exercitar direitos de propriedade e reais em uma sociedade.

Na falta de estudos empíricos sobre o tema, ao se extrapolar para todos os estados americanos o custo medido na Carolina do Sul, de até 13% do valor do imóvel, e ao considerar a análise da empresa especializada e seguros incidentes, seria possível imaginar que a redução do custo de transação com a adoção do Registro de Direitos no modelo alemão ou espanhol, que custam por volta de 6%, nos Estados Unidos da América, seria da ordem de 50%. Se adotado o modelo brasileiro, que não custa 4%, a redução seria ainda maior, de 75%. Além disso, causados pela ausência de certeza sobre direitos, titulares de direitos e bens, e que dificultaram o trabalho das agências de risco na crise de 2008, estariam superados.

4.3.4. Internalização das Externalidades da Propriedade

Por fim, é possível adicionar mais um argumento, o da internalização das externalidades da propriedade.

Os direitos reais não dizem respeito *apenas* aos contratantes ou ao proprietário original, pois implicam (a) na participação de *todos os membros de uma sociedade*, tanto na obrigação negativa de respeito à propriedade, (b) na perspectiva daqueles que deverão tomar decisões que impliquem conhecimento do direito, (c) havendo ainda aqueles que sucederão, ou receberão, o direito como proprietários na sequência, ao longo do tempo (MERRILL, SMITH, 2011).

Nenhuma pessoa é indiferente, em uma sociedade, aos direitos de propriedade existentes.

Coase, ao enfatizar a importância dos custos de transação em determinar quais direitos serão negociados, estimulou *insights* posteriores sobre como as instituições jurídicas foram desenhadas para facilitar essas transações: (a) a importância da propriedade concentrar poderes de modo a facilitar a transferência; (b) a importância do conceito *numerus clausus*, ou seja, de que somente são direitos de propriedade ou reais (*in rem*) os previstos na lei – e mais nenhum outro; (c) a adoção de sistemas de registros públicos pode ser compreendida como solução de publicidade e de *internalização de*

externalidades informacionais; d) proibição de a existência de direitos contraditórios sobre uma mesma propriedade (MERRILL, SMITH, 2011, p.78-80; STERN, 2017; EIDENMÜLLER, 2012).

É sempre um problema calcular os custos e benefícios relativos ao direito de propriedade que recaem sobre terceiros, ou seja, em pessoas que estão alheias a uma contratação sobre a propriedade. As externalidades são mais perceptíveis no caso dos efeitos decorrentes do uso de um bem, como poluição, fumaça ou barulhos de avião, como custos. Regulação, limitação de direitos, responsabilidade civil e impostos são mecanismos de internalização de externalidades e atribuição dos custos para o específico agente econômico que as criou (EIDENMÜLLER, 2012).

Por isso o registro público igualmente pode ser percebido como uma instituição que permite a internalização das externalidades informacionais decorrentes de uma contratação sobre a propriedade. O *grau de confiabilidade* dessas informações do registro *reduz custos para futuros negócios e decisões jurídicas*, evitando sérios danos e crises econômicas. É preciso ter claro os custos *ex ante* e os custos *ex post* dos sistemas (ARRUÑADA, 2009; EIDENMÜLLER, 2012).

Como a propriedade cria uma relação entre proprietário e terceiros, ao longo do tempo, há um custo de informação sobre as mudanças desse direito. Todos esses custos devem ser internalizados pelo proprietário e ocorrem em grau máximo quando o titular do direito é responsável por levar seu título para registro em um sistema de Registro de Direitos. Afinal, nesse sistema se oferece o máximo de informação pública confiável para os terceiros.

Segundo o *Doing Business* do *World Bank*, o proprietário na Alemanha ou Espanha é o responsável que arca com os custos do registro, na ordem de 6% do valor do imóvel. O resultado desse registro que constitui a propriedade e informa terceiros é público e acessível ao custo de uma certidão.

Se o proprietário não internalizar os custos referentes à definição pública de quem é o proprietário e qual é o direito através do registro, esse custo será imputado a todos que se interessarem ou precisarem conhecer a verdadeira situação da propriedade de determinado bem, sob o modelo de Registro de Títulos. No modelo americano, como visto, pode atingir até 13% do valor do imóvel. Seus resultados permanecem privados, ou

seja, opacos para a sociedade. A externalidade informacional da propriedade não é, no Registro de Direitos, completamente internalizada pelo proprietário.

Cabe ao Direito reduzir os custos de transação de uma sociedade e imputar esse custo ao proprietário, para que este internalize as externalidades da propriedade. Novamente, o sistema de Registro de Direitos demonstra ser superior ao Registro de Títulos, pois efetivamente reduz os custos de transação, atribuindo-os ao proprietário.

5. CONCLUSÃO

Como visto ao longo desse trabalho, a propriedade imobiliária e seu registro tem a idade da civilização e seu fortalecimento tem sido, ao longo da história, condição para o desenvolvimento das sociedades e das famílias. Por essa razão as instituições de segurança jurídica e de eficiência econômica para a propriedade imobiliária possuem longo amadurecimento histórico. Friedrich Hayek considerava os registros públicos imobiliários como parte das atividades essenciais de um Estado (HAYEK, 2013, p. 44, 60).

Nos dias atuais, o crédito viabilizado por garantia imobiliária tem importância considerável em nossa realidade econômica, sendo o principal mecanismo de financiamento e importante destinatário de investimentos, mediante securitizações e cessões de crédito imobiliário. A propriedade e o registro passam a ser estudados a fim de serem reformados em prol de uma maior eficiência.

A disciplina econômica possui um método poderoso capaz de criar modelos de explicação da realidade. Mas quando a Economia se propõe a explicar instituições jurídicas, como a propriedade imobiliária e seu registro, ela deve necessariamente incorporar conhecimentos do Direito, de âmbito conceitual e histórico, a fim de que a explicação seja útil e corresponda à realidade.

A compreensão dos custos *ex ante*, *ex post* e das funções econômicas realizadas por cada etapa de análise jurídica dos registros não é trivial, já que implica conhecimentos em Economia, Direito Civil e Direito Registral Imobiliário.

Análises econômicas da propriedade e dos registros imobiliários desconectadas da disciplina do Direito, da história das instituições e dos saberes construídos sobre os modelos de registro, levam a conclusões imprecisas ao não compreender as instituições tal como funcionam na vida real. Como o mais notável exemplo temos os critérios do *Doing Business*, do *World Bank*. Esse *ranking* examinava a propriedade e seu registro como se esses não tivessem milhares de anos de funcionamento institucional e fossem estudados e operados tradicionalmente dentro do Direito. Ao ignorar a disciplina jurídica e, com isso, não compreender o funcionamento da instituição que pretende medir, os critérios escolhidos para examinar os registros em todo o mundo não mediam os reais

custos de transação envolvidos e, portanto, eram incapazes de oferecer condições para analisar economicamente os *trade-offs* que efetivamente estão em jogo no registro de propriedade.

O *Doing Business* fomentou o pior modelo institucional disponível, o Registro de Títulos, em que ocorrem os maiores custos de transação. Neste modelo, há um fácil acesso ao registro de imóveis e à produção de muito ruído e pouca informação valiosa para as escolhas econômicas dos agentes. Em razão disso, surge um mercado rentista dessa ineficiência com a necessidade de contratação de serviços de assessoria jurídica especializada em propriedade imobiliária e a contratação de seguros. O *Doing Business* não mediu o custo dessa ineficiência do sistema de Registro de Títulos. Ao atuar assim, o *World Bank* se alinha à indústria cuja existência depende de instituições de registros de imóveis de baixa qualidade.

O melhor registro de imóveis desenvolvido na história, o Registro de Direitos, não consegue ser apreciado pelos critérios do *Doing Business*. Seus procedimentos da análise jurídica para depurar os direitos não são valorizados, o valor do registro não é medido, os custos *ex post* que são reduzidos com o seu funcionamento não são percebidos. A redução de custos em assessoria jurídica e seguros que este sistema oferece para a sociedade não foi medida.

Foram poucas as vozes, dentro da disciplina econômica, que ofereceram argumentos contrários ao *Doing Business*, a mais notável sendo a do economista Benito Arruñada que escreveu profusamente sobre o tema. A disciplina jurídica foi ainda mais silenciosa. O método econômico é desconhecido pelos juristas, salvo para aqueles que participam da Análise Econômica do Direito.

Os tempos atuais, em que economistas que desconhecem o Direito medem e reformam instituições jurídicas, e juristas que desconhecem a Economia sequer tem condições de entender a medição e participar do debate, demonstram que o Direito também precisa da Economia.

A disciplina jurídica não possui qualquer método para explicar a ação humana e compreender os fatos que pretende regular para que possa fazê-lo de maneira coerente com as normas definidas na ordem jurídica. Uma aplicação do Direito desconectada da vida real, tanto na compreensão dos fatos como nos efeitos que a decisão promove, é, evidentemente, imprestável como administração da Justiça.

A Economia produziu molduras teóricas para explicar as escolhas dos agentes quer no âmbito privado, quer no âmbito público, na criação e mudança das instituições, e foi capaz de oferecer análises a partir de perspectivas históricas abrangentes. Essa riqueza teórica é muito útil para a compreensão da propriedade imobiliária, seu sistema de registro e até mesmo compreender interesses econômicos e forças políticas interessadas em aumentar custos de transação e estabelecer situações rentistas, capturando decisões de agentes públicos e privados em nível global.

Esse trabalho conclui que:

- (1) A Propriedade Imobiliária e os Registros de Imóveis somente são compreensíveis quando se combinam conhecimentos em Direito e Economia;
- (2) A Análise Econômica do Direito é o ambiente ideal para que possa se desenvolver a atividade de síntese teórica a respeito dos Registros por se tratar de uma interdisciplina, em que o método econômico é aplicado no exame de normas jurídicas; e
- (3) Os Registos de Direitos são mais eficientes que os Registros de Títulos – em que pese a necessidade de maiores estudos empíricos sobre o tema.

Alguns desdobramentos deste trabalho:

Primeiro, do ponto de vista da história das instituições, parece muito interessante investigar a história institucional dos Registros Públicos americanos e do combate à implantação de uma Lei Estadual Uniforme que constituiria o Registro de Direitos nos Estados Unidos da América, narrado em artigo de 1917, por Eugene Massie. O Registro de Direitos não foi implementado nesse país mesmo que, comprovadamente, aumentasse o valor do bem e desse maior segurança ao comprador, conforme avaliado por Miceli *et al* (2002).

Segundo, em seguida relacionar esses caminhos institucionais americanos à criação da *MERS*, com maior profundidade que o realizado aqui. Compreender os custos de transação envolvidos antes e depois da *MERS*.

Terceiro, compreender o impacto do enfraquecimento dos registros públicos americanos na crise *subprime* de 2008.

Quarto, compreender o *World Bank* como agente de mudanças institucionais em propriedade imobiliária, e das razões da não incorporação dos conceitos Registro de Títulos

e de Direitos no *ranking Doing Business* e nos programas de regularização fundiária. Especialmente, compreender se empresas de análises imobiliárias e seguradoras têm atuado para ampliar mercados em nível global e, se sim, como. Compreender as limitações políticas dessas instituições em questionar caminhos institucionais americanos e globais.

Em uma perspectiva nacional, temos o impacto do *Doing Business* nas mudanças normativas nacionais e a realização de uma análise econômica das regras sobre registros públicos em busca de eventuais ineficiências e situações rentistas.

Parece haver pouca bibliografia sobre todos os desdobramentos indicados, o que indica um tema promissor.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACEMOGLU, Daron; JOHNSON, Simon; ROBINSON, James A., Reversal of Fortune: Geography and Institutions in the Making of the Modern World Income Distribution. *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 117, No. 4, pp. 1231-1294, 2002.

ACEMOGLU, Daron, JOHNSON, Simon, ROBINSON, James A., 'Institutions as a fundamental cause of long-run growth', in: Philippe Aghion and Steven N. Durlauf (eds.), *Handbook of economic growth*, Amsterdam, 2005.

ACEMOGLU, Daron; CANTONI, Davide; JOHNSON, Simon; ROBINSON, James A., The Consequences of Radical Reform: The French Revolution, *The American Economic Review*, pp. 3286-3307, 2011.

ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James A., *Why Nations Fail: The origins of Power, Prosperity, and Poverty*, Crown Business, 2013.

ACKOFF, Russell L., Management Misinformation Systems, *Management Science*, Vol. 14, No. 4, Application Series (Dec., 1967), pp. B147-B156, 1967.

ACKOFF, Russell L. Science in the Systems Age: Beyond IE, OR, and MS, *Operations Research*, Vol. 21, No. 3, pp. 661-671, 1973.

AFORI, Orit Fischman, Human Rights and Copyright: The Introduction of Natural Law Considerations into American Copyright Law, *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. LJ*, 14, 2004.

ALLEN, Douglas, The Rhino's Horn: Incomplete Property Rights and the Optimal Value of an Asset, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 31, No. S2, pp. S339-S358, 2002.

ALSTON, Lee J., HARRIS, Edwynna, MUELLER, Bernardo. Property rights, land settlement and land conflict on frontiers: evidence from Australia, Brazil and the US, in AYOTTE, Kenneth, SMITH, Henry E., *Research Handbook of The Economics of Property Law* in POSNER, Richard A., PARISI, Francesco. *Research Handbooks in Law and Economics*, Elgar, 2011.

ARISTÓTELES, *Política*, Tradução: António Campelo Amaral e Carlos Gomes, Vega Universidade, Lisboa, 1998.

- ARRUDA, Alvim, *Comentários ao Código civil brasileiro*, volume XI, tomo I: livro introdutório ao direito das coisas e ao direito civil, Coordenadores: ALVIM, Arruda, ALVIM, Teresa; CLÁPIS, Alexandre Laizo. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2009.
- ARRUÑADA, Benito, Property Enforcement as Organized Consent, *Journal of Law, Economics, & Organization*, Oxford University Press, Vol. 19, No. 2, pp. 401-444, 2003.
- ARRUÑADA, Benito. *La contratación de derechos de propiedad: un análisis económico*, Centro de Estudios – Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2004.
- ARRUÑADA, Benito. Organização do registro da propriedade em países em desenvolvimento, Instituto de Registro de Imóveis do Brasil, *Revista de Direito Imobiliário*, Revista dos Tribunais, n.56, pp.139-160, 2004b.
- ARRUÑADA, Benito; GAROUPA, Nuno. 2005. ‘The Choice of Titling System in Land’, *Journal of Law and Economics*, pp. 709–727, 2005.
- ARRUÑADA, Benito., Pitfalls to Avoid when Measuring the Institutional Environment: Is ‘Doing Business’ Damaging Business?, *Journal of Comparative Economics*, 35, pp.729-47, 2007.
- ARRUÑADA, Benito, How Doing Business Jeopardises Institutional Reform, *European Business Organization Law Review*, 10, pp.555-574, 2009.
- ARRUÑADA, Benito, *The Role of Business Registers in the Economy*, European Commerce Registers’ Forum, Madrid, June 4, 2015, disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=8l76ehfLktg>
- ARRUÑADA, Benito, Property as Sequential Exchange: The Forgotten Limits of Private Contract, *Journal of Institutional Economics*, 13, pp.753–83, 2017.
- ARRUÑADA, Benito, Evolving Practice in Land Demarcation, *Land Use Policy*, 77, , pp. 661–75, 2018.
- ARRUÑADA, Benito, RIP Doing Business, 2021, disponível em <https://www.irib.org.br/app/webroot/files/downloads/files/2021%2009%2020%20-%20RIP%20Doing%20Business.pdf>
- ARULANANTHAM, Ahilan. Breaking the Rules?: Wittgenstein and Legal Realism *The Yale Law Journal*, Vol. 107, No. 6, pp. 1853-1883, 1998.

- BALKIN, J. B., Interdisciplinarity as Colonization, *Washington and Lee Law Review*, Volume 53 Issue 3 Article 5, 1996.
- BANNER, Stuart. Transitions between Property. *The Journal of Legal Studies* , Vol. 31, No. S2, pp. S359-S371, 2002
- BARBIERI, Fábio, *A economia do intervencionismo*, Instituto Mises, São Paulo, 2013.
- BARON, Jane. Law, Literature, and the Problems of Interdisciplinarity, *The Yale Law Journal*, Vol. 108, No. 5, pp. 1059-1085, 1999.
- BARROSO, Luis Roberto, Eficácia e Efetividade do Direito à Liberdade, *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, n. 2, pp. 100-109, 2001.
- BECK, Ulrich, Incertezas Fabricadas, *Revista do Instituto Humanitas Unisinos*, 2006, n. 181, p. 5
- BECKER, Gary S, Nobel Lecture: The Economic Way of Looking at Behavior. *Journal of Political Economy*, Vol. 101, 1993
- BECKER, Gary S, *The Economic Approach of Human Behavior*. University of Chicago, 1998
- BECKER, Lawrence C., Deserving to Own Intellectual Property, *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 68, 1993b
- BECKER, William, Quit Lying and Adress the Controversies: There are no Dogmata, Laws, Rules or Standards in the Science of Economics, *The American Economist*, Vol. 51, No. 1, pp. 3-14, 2007.
- BERTOLINI, Daniele, Decomposing Bashin v Hrynew, *University of Toronto Law Journal*, Vol. 67, No. 3, pp. 348-410, 2017.
- BIDEN, Beau, *Department of Justice Press Releases*, 27 de outubro de 2011, disponível em <https://news.delaware.gov/2011/10/27/biden-private-national-mortgage-registry-violates-delaware-law/>
- BOETTKE, Peter J, CANDELA, Rosolino, Lessons on Economics and Political Economy from the Soviet Tragedy, *Journal of Global Initiatives*, vol. 12, no. 1, pp. 32-47, 2017.
- BOGUSZ, Barbara, Bringing Land Registration into the Twenty-First Century, The Land Registration Act 2002, *The Modern Law Review*, Jul., Vol. 65, No. 4, pp. 556-567, 2002.

BOUCKAERT, Boudewijn, Title systems and recordation of interests *in* BOUCKAERT, Boudewijn, *Property Law and Economics*, Edward Elgar Publishing, 2010.

BRASIL, Ministério da Economia. Diretoria de Modernização do Ambiente de Negócios. Secretaria de Modernização Institucional e Regional. Secretaria Especial de Modernização do Estado. *Relatório Executivo versão 2.0 – Relatório Doing Business*. Brasília, fevereiro de 2002, disponível em <https://www.gov.br/secretariageral/pt-br/moderniza-brasil/eixos-do-moderniza-brasil/ambiente-de-negocios-prospero/doing-business/relatorio-executivo-encerramento-doing-business-v4-final-fev-2022.pdf>

BRITO, Alejandro Guzmán. El Derecho Romano como elemento de la cultura jurídica de nuestros días, *Universidad de los Andes*, Facultad de Derecho. Revista de Derecho Privado n. 47, 2012.

BRANDELLI, Leonardo, Publicidade registral imobiliária e a Lei 13.097/2015, *Revista dos Tribunais*, vol.962, 2015

BRANDELLI, Leonardo. *Registro de Imóveis: Eficácia Material*. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2016.

CAMPBELL, Donald. E; KELLY, Jerry S. Trade-off Theory, *The American Economic Review*, Vol. 84, No. 2, pp. 422-426, 1994.

CARVALHO, Afrânio de, *Registro de Imóveis*, Forense, Rio de Janeiro, 1982.

CASTELO, Ana Maria; PEDROZO, Euclides; GARCIA, Fernando; LINS, Maria Antonieta Del Tedesco; *O Crédito Imobiliário no Brasil – caracterização e desafios*, Fundação Getúlio Vargas – FGV Projetos, 2007

CENTENO, Rui Manuel Sobral; *Civilizações Clássicas II – Roma*, eUAb – Coleção Universitária, Lisboa, 2014

CHEUNG, Steven. Transaction Costs, Risk Aversion, and the Choice of Contractual Arrangements, *The Journal of Law & Economics*, Vol. 12, No. 1, pp. 23- 42, 1969.

COASE, Ronald Harry, The Problem of Social Cost, *Journal of Law and Economics*, Vol. 3, pp. 1-44, 1960.

COMPARATO, Fábio Konder, *A Oligarquia Brasileira: Visão Histórica*. Ed. Contracorrente, São Paulo, 2018.

- CORTIANO JR, Eroulths, *O Discurso Proprietário e suas rupturas: Prospectiva e Perspectivas do Ensino do Direito de Propriedade*, Tese de Doutorado, Universidade Federal do Paraná, 2010.
- COUTO E SILVA, Clóvis V. *A obrigação como processo*. Editora FGV, Rio de Janeiro, 2006.
- CULLET, Phillipe, Human Rights and Intellectual Property Protection in the TRIPS Era, *Human Rights Quarterly*, The Johns Hopkins University Press, Vol. 29, No. 2, pp. 403-430, 2007.
- DA COSTA, Devenir José. O conceito de direito real, *Revista de Informação Legislativa*, cpBrasília a. 36 n. 144, 1999.
- DAL BÓ, Ernesto. Regulatory Capture: A review, *Oxford Review of Economic Policy*, Summer 2006, Vol. 22, No. 2, pp. 203-225, 2006.
- DE SOTO, Hernando. *O mistério do capital*, Record, 2000.
- DEL POZO, Luis Fernández, A publicidade imobiliária no direito mesopotâmico antigo, *Revista de Direito Imobiliário*, n. 50, São Paulo, 2001.
- DEL POZO, Luis Fernández, Sobre a publicidade imobiliária na Grécia Clássica segundo Teofrasto, *Revista de Direito Imobiliário*, n. 50, São Paulo, 2001b.
- DEMSETZ, Harold. Toward a Theory of Property Rights, *The American Economic Review*, May, Vol. 57, No. 2, pp. 347-359, 1967.
- DIP, Ricardo. Apresentação, in GONZÁLEZ, Fernando Mendez; DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio, *Registro Público de Imóveis Eletrônico*, Quinta Editorial, São Paulo, 2012
- DIP, Ricardo. *Registro de Imóveis (princípios)*. Editora Primus, 2017.
- DJANKOV, Simeon; LA PORTA, Rafael; LOPES DE SILANES, Florencio; SHLEIFER, Andrei, The Regulation of Entry, *The Quarterly Journal of Economics*, Oxford University Press, Vol. 117, n.1, 2002
- DJANKOV, Simeon, The Regulation of Entry: A Survey, *The World Bank Research Observer*, Vol. 24, n.2, p. 183-203, 2009

- DJANKOV, Simeon, The Doing Business Project: How It Started, *The Journal of Economic Perspectives*, *American Economic Association*, Vol. 30, No. 1, pp. 247-248, 2016
- DOWNS, Anthony, An Economic Theory of Political Action in a Democracy, *The Journal of Political Economy*, 65, issue 2, 135-150, Apr.1957
- DUFOUR, Alfred. Natural Law and Natural Rights, *The Journal of Modern History*, Vol. 54, No. 2, Sex, Science, and Society in Modern France, pp. 292-302, 1982.
- EINENMÜLLER, Horst, *Law and Economics I – Folge 9 – Analytical Methods*, LMU – Ludwig-Maximilians-Universität München, disponível em <https://horst-eidenmueller.de/podcasts/AM>
- EPSTEIN, Richard A. Notice and Freedom of Contract in the Law of Servitudes Comments, *Southern California Law Review*, 55, 1981.
- FACHIN, Luiz Edson, *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FINE, John V. A., Horoi: Studies in Mortgage, Real Security, and Land Tenure in Ancient Athens, *Hesperia Supplements*, 1951, Vol. 9, pp. 1-225, 1951
- FURTADO, B. A.; FIORAVANTE, D. G. Panorama do crédito imobiliário no Brasil. *Radar: Tecnologia, Produção e Comércio Exterior*, Brasília, n. 24, 2017.
- GALAL, Ahmed; RAZZAZ, Omar. Reforming Land and Real Estate Markets, *Policy Research Working Paper 2616*, The World Bank, Private Sector Advisory Services, 2001
- GNEEZY, Uri; MEIER, Stephan, BIEL-REY, Pedro. When and Why Incentives (Don't) Work to Modify Behavior, *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 25, N.4, pp.191–210, 2011.
- GOLDSMITH, Arthur A. Democracy, Property Rights and Economic Growth, *Journal of Development Studies*, vol. 32(2), pp. 157-174, 1995.
- GOMES, Orlando, *Direitos Reais*, Forense, Rio de Janeiro, 21ª edição, 2012.
- GONZÁLEZ, Fernando Mendez, A função Econômica da Publicidade Registral, *Revista de Direito Imobiliário*, 55, 2003.
- GONZÁLEZ, Fernando Mendez, *De La Publicidad Contractual a la Titulación Registral*, Thomson Civitas, Navarra, 2008.

GONZÁLEZ, Fernando Mendez, Mortgage Gate: As incertezas sobre a Exequibilidade das Hipotecas Geridas pelo Mortgage Electronic Registration System nos Estados Unidos, in GONZÁLEZ, Fernando Mendez; DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio. *Registro Público de Imóveis Eletrônico*, Quinta Editorial, São Paulo, 2012

GONZÁLEZ, Fernando Mendez, *La Función de La Fé Pública Registral em La Transmisión de Bienes Inmuebles: um estúdio del sistema español com referencia a al alemán*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

GROSSMAN, Sanford. The Existence of Futures Markets, Noisy Rational Expectations and Informational Externalities, *The Review of Economic Studies*, Vol. 44, No. 3, pp. 431-449, 1977.

HASMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier, Property, Contract, and Verification: The Numerus Clausus Problem and the Divisibility of Rights, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 31, No. S2, The Evolution of Property Rights A Conference Sponsored by the Searle Fund and Northwestern University School of Law, pp. S373-S420, 2002

HAYEK, Friedrich August, *Law, Legislation and Liberty*, Routledge & Kegan Paul Ltda, Digital Print, 2003

HARDIN, Garrett, The Tragedy of the Commons, *162 Science*, 162, p.1243, 1968.

HERMAN, Shael, The Uses and Abuses of Roman Law Texts, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 29, No. 4, pp. 671-690, 1981.

HIRSHLEIFER, Jack, The Private and Social Value of Information and the Reward to Inventive Activity, *The American Economic Review*, Vol. 61, No. 4, pp. 561- 574, 1971.

HOLMES, Oliver Wendell, *The Common Law*, Project Gutemberg, 2013.

HOOFS, Kim. Property rights in legal history in BOUCKAERT, Boudewijn, *Property Law and Economics*, Edward Elgar Publishing, 2010

IMF, International Monetary Fund, *Press Release no. 21/297*, disponível em <https://www.imf.org/en/News/Articles/2021/10/12/pr21297-statement-by-imf-exec-board-on-its-review-on-investigation-of-wb-doing-business-2018-report>

JARDIM, Mónica, O Sistema Registral Germânico, *Revista de Direito Imobiliário*, Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, ano 28, n. 59, 2005.

JARDIM, Eric; LORRANY, Ludmila. Evolução Recente no Mercado de Crédito Imobiliário no Brasil, *Radar*, 63, agosto de 2020.

JONES, Charles. The Human Right to Subsistence, *Journal of Applied Philosophy*, Vol. 30, No. 1, pp. 57-72, 2013.

KAHNEMAN, Daniel e TVERSKY, Amos, Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk. *Econometrica*, v. 47, n.2., 1979.

KREPS, David M. Intrinsic Motivation and Extrinsic Incentives. *The American Economic Review*, May, 1997, Vol. 87, No. 2, Papers and Proceedings of the Hundred and Fourth Annual Meeting of the American Economic Association (May, 1997), pp. 359-364

KRUEGER, Anne O., The Political Economy of the Rent-Seeking Society, *The American Economic Review*, Vol. 64, No. 3, pp. 291- 303, 1974.

LAGO, Ivan Jacopetti do, *História da Publicidade Imobiliária no Brasil*, Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.

LAGO, Ivan Jacopetti do. A Lei 13.097 de 2015 e sua contribuição para a governança fundiária. *Revista de Direito Imobiliário*, v. 39, n.81, p.155-184, 2016.

LAPUENTE, Sergio Cámara. Los Sistemas Registrales em el marco del Derecho privado europeo: reflexiones comparatistas sobre la inscripción registral como formalidade de los contratos. *Anuario de derecho civil*, Vol. 57, n.3, p. 929-1002, 2004.

LAWRENCE, Kirk, *Developing Leaders in a VUCA Environment*, University of North Carolina – UNC, Kenan-Flagler Business School, 2013.

LEGRAND, Pierre. European Legal Systems Are Not Converging, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 45, No. 1., 1996.

LEGRAND, Pierre, *Direito Comparado compreendendo a compreendê-lo*. Contracorrente, São Paulo, 2021.

LYON, David G., The Structure of the Hammurabi Code, *Journal of the American Oriental Society*, Vol. 25, American Oriental Society pp. 248-265, 1904.

MACKAAY, Ejan. *History of Law and Economics in* Online Encyclopedia of Law and Economics, item 0200, 1999, disponível em <https://www.sfu.ca/~allen/history.pdf>

MACKAAY, Ejan, *Law and Economics for Civil Law Systems Second edition*, Elgar,

2021.

MACHEN, Ronald C., JONES, Matthew T., VARGHESE, George P., STARK, Emily, *Investigation of Data Irregularities in Doing Business 2018 and Doing Business 2020 Investigation Findings and Report to the Board of Executive Directors*, Wilmerhale – Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP, 15 de setembro de 2021, disponível em <https://thedocs.worldbank.org/en/doc/84a922cc9273b7b120d49ad3b9e9d3f9-0090012021/original/DB-Investigation-Findings-and-Report-to-the-Board-of-Executive-Directors-September-15-2021.pdf>

MADEIRA, E. A LEI DAS XII TÁBUAS, *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, v. 13, 5 ago. 2015.

MARSH, Tanya. Foreclosures an the feilure os the American land title recording system, *Columbia Law Review*, v. 111, p. 24-26, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. Situações de Direito Real: Histórias de Modelos, in MARTINS-COSTA, Judith. *Modelos de Direito Privado*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2014.

MARX, Karl, *Manuscritos Econômico-filosóficos*. Trad. de Jesus Ranieri. São Paulo: Boitempo, 2010. (versão ebook).

MASSIE, Eugene C. Perfection of the Torrens System, *The Virginia Law Register*, New Series, Vol. 2, No. 10 (Feb., 1917), pp. 750-771, 1917.

MAZITELI NETO, Celso; BRANDELLI, Leonardo. Uma Mers, Inc à brasileira, *Consultor Jurídico*, 2021, disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-abr-15/maziteli-neto-brandelli-mers-inc-brasileira>

MCCLOSKEY, Deidre, The Bourgeois Virtues - Ethics for an Age of Commerce, Excerpt from pages 22-32 of *The Bourgeois Virtues: Ethics for an Age of Commerce* by Deirdre N. McCloskey, published by the University of Chicago Press. ©2006 by The University of Chicago, disponível em <https://press.uchicago.edu/Misc/Chicago/556638.html>

MCCLOSKEY, Deidre, *Max U versus Humanomics: a critique of neo-institutionalism*, Cambridge, University Press, 2015, disponível em <https://www.cambridge.org/core/journals/journal-of-institutional->

economics/article/max-u-versus-humanomics-a-critique-of-neoinstitutionalism/DF4B773A99F2EB69D592DF60BF703004

MERRILL, Thomas W., Introduction: The Demsetz Thesis and the Evolution of Property Rights, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 31, No. S2, pp. S331-S338, 2002.

MERRILL, Thomas W., SMITH, Henry. E.. 'Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle', *Yale Law Journal*, 2000, pp. 1-70, 2000.

MERRILL, Thomas W., SMITH, Henry. E.. , What Happened to Property in Law and Economics?, *The Yale Law Journal* , Vol. 111, No. 2 (Nov., 2001), pp. 357-398, 2001.

MERRILL, Thomas W., SMITH, Henry. E.. Making Coasean Property More Coasean, *54 J. L. & ECON.* S77, 2011.

MICELI, Thomas; ,MUNNEKE, Henry J; . SIRMANS, C. F.; TURNBULL, Geoffrey K.; Title Systems and Land Values, *The Journal of Law & Economics*, Vol. 45, No. 2, pp. 565-582, 2002.

MISES, Ludwig Von, *Ação Humana: um tratado de Economia*, Instituto Ludwig von Mises Brasil, 3.1ª Edição, 2010.

MOKYR, Joel. Intellectual Property Rights, the Industrial Revolution, and the Beginnings of Modern Economic Growth, *The American Economic Review*, May, 2009, Vol. 99, No. 2, pp. 349-355, 2009.

MONTEIRO, Jorge Vianna Monteiro, Escolhas Públicas de Má Qualidade e Democracia Representativa, *Revista de Administração Pública*, 41, 2007.

MONTES, Angel Cristóbal, *Direito imobiliário registral*, Porto Alegre: safe, 2005.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, *O Espírito das Leis*, trad. Cristina Murachco, Martins Fontes, São Paulo, 2000.

MORA, Monica. *A evolução do crédito no Brasil entre 2003-2010*, IPEA, 2015.

MOREIRA ALVES, José Carlos, A "Gewere" - Um instituto do antigo direito germânico. *Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo*, 63, 193-228, 1967

MORIN, Edgar, *A cabeça bem feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*, Trad. Eloá Jacobina, 7ª edição, Rio de Janeiro, p. 93-97, 2002.

- MOURA, Maurício José Serpa Barros de; DE LOSSO, Rodrigo, *Land title program in Brazil: Are there any changes to happiness?*, Journal of Behavioral and Experimental Economics (formerly The Journal of Socio-Economics), Elsevier, vol. 45(C), pp. 196-203, 2003
- MOURA, Maurício José Serpa Barros de; DE LOSSO, Rodrigo, LEONY, Larissa. *How Land Title Affects Child Labor?*, Policy Research Working Paper 5010, Impact Evaluation Series n. 37, The World Bank, July, 2009.
- MOURA, Maurício José Serpa Barros de; DE LOSSO, Rodrigo; *Some Notes on How Land Title Affects Child Labor*, Revista EconomiA, Brasília (DF), v.11, n.2, p.357–382, 2010.
- NAGARAJAN, K. V., The Code of Hammurabi: na Economic Interpretation, *International Journal of Business and Social Science*, vol. 2, n.8, 2011.
- NISSANI, Moti. Fruits, Salads, and Smoothies: A Working Definition of Interdisciplinarity, *The Journal of Educational Thought (JET) / Revue de la Pensée Éducative* , August, 1995, Vol. 29, No. 2, pp. 121-128, 1995.
- NISSANI, Moti. The Case for Interdisciplinary Knowledge and Research, *Social Science Journal* 34 (#2), pp. 201-216, 1997.
- NORTH, Douglass C. *Institutions, institutional change and economic performance*, Cambridge, 1990.
- NORTH, Douglass C., Institutions, *Journal of Economic Perspectives*, p 97-112, 1991.
- NORTH, Douglass C. Economic Performance Through Time, *The American Economic Review* , Jun., 1994, Vol. 84, No. 3, pp. 359- 368, 1994.
- ORTEGA Y GASSET, Trad. Herrera Filho, *A Rebelião das Massas*, Ed. Ridendo Castigat Mores, Ebook, 2005.
- PARDENGLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyer. Law and Economics in the Civil Law World: The Case of Brazilian Courts. *FGV Direito Research Paper Series – Legal Studies*, Paper 117, 2014.
- PEIRÓ, Nicolás Nogueroles. La evolución de los Sistemas Registrales en Europa. *Revista de Direito Imobiliário*, Instituto de Direito Imobiliário do Brasil – IRIB, n. 61, 2006.

- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Enfitêuse – Sua história. Sua dogmática. Suas vicissitudes. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n. 26, 1967
- PEREIRA, Caio Mário da Silva., *Instituições de Direito Civil - Vol. IV - Direitos Reais: Volume*, Forense, 2017
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues, *Direito das Coisas*, Coleção História do Direito Brasileiro. Superior Tribunal de Justiça, 2004
- PETRAM, L. O. *The world's first stock exchange: how the Amsterdam market for Dutch East India Company shares became a modern securities market, 1602-1700*. Eigen Beheer, University of Amsterdam – Digital Academy Repository, 2011
- PETRILLO, Pier Luigi. *Teorias e Técnicas do Lobbying*. Contracorrente, São Paulo, 2022
- PETERSON, Christopher L., Two Faces: Demystifying the Mortgage Electronic Registration System's Land Title Theory, *Wm. & Mary L. Rev.* 53, pp. 111, 2011.
- POSNER, Richard A., *The Economic Approach to Law*, University of Chicago Law School, Chicago Unbound, 1975.
- POSNER, Richard A., Gary Becker's Contributions to Law and Economics, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 22, No. 2, pp. 211- 215, 1993
- POSNER, Richard A., *Economic Analysis of Law*, Aspen, 2014
- POUSADA, Estevan Lo Ré. A recepção do Direito Romano nas Universidades: glosadores e comentadores. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 106, n. 106-107, p. 109-117, 2012.
- PREDEBON, José. *Criatividade – abrindo o lado inovador da mente*, Ed. Atlas, São Paulo, 2010.
- PRINGSHEIM, Fritz. The Unique Character of Classical Roman Law, *The Journal of Roman Studies*, Vol. 34, Parts 1 and 2, pp. 60-64, 1944
- REBELLO-PINHO, Ruy Veridiano Patu, *A independência jurídica do notário e do registrador*, Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade de São Paulo – PUC-SP, 2018
- ROCHA, Maria Vital da; MENDES, Davi Guimarães, A responsabilidade pela evicção da coisa na “locatio conductio rei”: análise do Direito Romano e do Direito Brasileiro

atual, in MONTERO, Ramón P. Rodríguez; FERNÁNDEZ, Ana Isabel Clemente. *Fundamentos Romanísticos del Derecho Contemporáneo*, Tomo VII, Derecho de Contractos, Editorial BOE, Madrid, 2021

RODRIGUES, Pedro Parga. Propriedades e Reforma Hipotecária de 1864: um estudo sobre diferentes visões sobre a alienação dominial no Segundo Reinado, *Tempos Históricos*, Unioeste, V.16, 2012.

SALAMA, Bruno M. *Estudos de Direito e Economia: micro, macro e desenvolvimento*, EVG, Curitiba, 2017

SAINT-HILAIRE, Auguste de, *Viagem Pelas Províncias do Rio de Janeiro e Minas Gerais*. Tomo 1º. Companhia Editora Nacional, São Paulo-Rio de Janeiro-Recife- Porto Alegre, 1938.

SERMET, Laurent. *The European Convention on Human Rights and Property Rights*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 1999

SILVEIRA, André Bueno. *Análise Econômica do Direito e Teoria dos Jogos: Consequencialismo nas decisões judiciais e a nova interpretação das consequências*. Editora Juspodium, 2022.

SILVER, Morris. *Economic Structures of Antiquity*, Greenwood Press, Westport, Connecticut – London, 1995

SIQUEIRA, Alexis Mendonça Cavichini Teixeira de; PENCHEL, Silvia Renata de Oliveira. Aspectos Relevantes da Lei das XII Tábuas. *Migalhas Notariais e Registrais*, 17 de fevereiro de 2021, disponível em <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-notariais-e-registrais/340403/aspectos-relevantes-da-lei-das-xii-tabuas>

SMITH, Gertrude. Reviewed Work(s): Horoi, Studies in Mortgage, Real Security, and Land Tenure in Ancient Athens by John V. A. Fine, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 20, No. 1 pp. 176-180, 1952.

SMITH, Henry E., Exclusion versus Governance: Two Strategies for Delineating Property Rights, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 31, No. S2, pp. S453-S487, 2002.

SPARKES, Peter. HM Land Registry: public or private? *IPRA-CINDER International Review*, 2, 2019.

STANLEY, Victoria; BOSKOVSKI, Denis; MARTINO, Samantha. Securing Property Rights and Increasing Real Estate Productivity in FYR Macedonia. *Europe & Central Asia Knowledge Brief*, The World Bank, Vol. 36, March. 2011

STERN, James Y. The Essential Structure of Property Law, *Michigan Law Review*, Vol. 115, No. 7 pp. 1167-1212, 2017.

STIGLER, George J., The Theory of Economic Regulation, *The Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol. 2, No. 1, pp. 3-21, 1971.

STONE, Daniel F., Clarifying (Opportunity) Costs, *The American Economist*, Vol. 60, No. 1, pp. 20-25, 2015.

STRECK, Lenio Luiz, Deconstructing the Models of Judges: Legal Hermeneutics and Beyond the Subject-Object Paradigm, *Nevada Law Journal*, Vol 10:683, 2010,

SUEYOSHI, Tabir Dal Poggero Oliveira. As sesmarias nas ordenações do reino, *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v.102, p.695-711, 2007.

STORCK, Alfredo. Direito subjetivo e propriedade. Sobre o tomismo de Michel Villey, *dois pontos*, vol. 7, n. 2, p.47-72, 2010 .

TAWNEY, R.H., The rise of the gentry, 1558-1640, *Economic History Review*, 11, pp 1-38, 1941.

TENNEY, Jonathan. Babylonian Populations, Servility, and Cuneiform Records, *Journal of the Economic and Social History of the Orient*, 60, p. 715-787, 2017.

THALER, Richard H. Behavioral economics: Past, present, and future, *American economic review*, v. 106, n. 7, p. 1577-1600, 2016.

THE WORLD BANK, *Registering Property Methodology*, disponível em <https://archive.doingbusiness.org/en/methodology/registering-property>

TORSTENSSON, Johan. Property Rights and Economic Growth: An Empirical Study. *Kiklos*, vol. 47, issue 2, pp. 231-247, 1994.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel, The Framing of Decisions and the Psychology of Choice, *Science*, Jan. 30, 1981, New Series, Vol. 211, No. 4481 pp. 453-458, 1981.

VIANA, Carlos, *Crédito Imobiliário* – Propostas para torná-lo um efetivo instrumento promotor do desenvolvimento econômico e social do País. Apresentação Banco Central, 9 de novembro de 2007.

VELENCOSO, Luz M. Martínez. Transfer of Immovable and Systems of Publicity in the Western World: An Economical Approach, *Journal of Civil Law Studies*, vol. 6, Issue 1, 2013.

VICK, Douglas W. Interdisciplinarity and the Discipline of Law *Journal of Law and Society*, Vol. 31, No. 2 pp. 163-193, 2004.

VON JHERING, Rudolph. *A Luta Pelo Direito*, Martin Claret, São Paulo [1872], 2009.

WACKE, Andreas. "Quien llega primero, muele primero": prior tempore, potior iure: El principio de prioridad en la Historia del Derecho y en la dogmática jurídica, *Anuario de Derecho Civil*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1992

WARD-PERKINS, Bryan, *The Fall of Rome and the End of Civilization*, Oxford University Press, 2005.

WILLIAMSON, Oliver E. *Transaction-Cost Economics: An Introduction*, Economics Discussion Papers, Discussion Paper 2007-3, 2007.

WUNDERLICH, Gene. Transaction Costs and the Transfer of Rural Land, *Journal of ASFMRA*, Vol. 53, No. 1, pp. 13-16, 1989.