

## **A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº30/00 SOB A PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.**

VINCENZO DEMETRIO FLORENZANO

Bacharel e especialista em Economia. Bacharel em Direito. Especialista em teoria da regulação pela George Washington University. Doutor em Direito Econômico pela UFMG.

É fato notório que Estados e Municípios têm dívidas acumuladas referentes a precatórios não pagos de exercícios anteriores. Sabe-se também que a Fazenda Pública Estadual e Municipal alega que não dispõe de recursos financeiros para efetuar de forma imediata o pagamento do total dessa dívida. Tal fato, contudo, não pode ser aceito como fundamento de validade para a situação que se tem hoje em que o devedor se dispõe a pagar apenas quando houver recurso, ou quando assim entender o chefe da Administração Pública Estadual ou Municipal. Portanto, se não é possível juridicamente expropriar o patrimônio público, como ocorre com os particulares, é preciso buscar uma forma alternativa de obter o pagamento.

O não pagamento dos precatórios é, sem dúvida, um problema grave que poderíamos classificar como transdisciplinar complexo, sendo ao mesmo tempo jurídico, econômico e social. É um problema jurídico porque o não pagamento dos precatórios configura um descumprimento de decisões judiciais transitadas em julgado. Ora, se o próprio Estado não cumpre as decisões judiciais, não se pode sequer falar em Estado de Direito. Mas é também um problema econômico porque afeta o desenvolvimento da atividade econômica e diz respeito à alocação de recursos escassos. É, ainda, um problema social porque envolve a distribuição e aplicação de recursos públicos.

Como bem observou Paul Streeten<sup>1</sup>, não podemos ser ao mesmo tempo objetivos, práticos e idealistas. Assim, ao nosso ver, o problema dos precatórios demanda uma postura pragmática. Nessa linha de raciocínio, procuramos demonstrar neste trabalho que a solução de mercado autorizada pela Emenda Constitucional nº 30, de 13 de setembro de 2000, é uma via alternativa que pode ser eficiente, sendo, talvez, a melhor forma de forçar o pagamento dos precatórios.

Na busca de solução para esse problema transdisciplinar complexo, o que se fará aqui é utilizar conhecimentos que são fornecidos pela Ciência Econômica sobre a formação e o funcionamento dos mercados para ponderar sobre a viabilidade e a conveniência de se adotar uma solução de mercado para o problema examinado.

## **1 Viabilidade de uma solução de mercado**

Uma primeira pergunta que se apresenta é saber se o ordenamento jurídico em vigor no país permite a adoção de uma solução de mercado para o problema do pagamento dos precatórios. A resposta a essa indagação é, sem dúvida, afirmativa, pois a solução de mercado nos foi indicada pela própria Constituição Federal, conforme se depreende do art. 2º da Emenda Constitucional nº 30/00, que acrescentou o art. 78 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Esse nosso entendimento está calcado na disposição do art. 78, *caput*, do ADCT, que permite a cessão dos créditos referentes aos precatórios, e no § 2º do mesmo artigo, que atribui a esses créditos poder liberatório do pagamento de tributos da entidade devedora. Esses dois elementos (possibilidade de cessão e atribuição de poder liberatório) fornecem os requisitos jurídicos necessários à formação de um mercado de títulos referentes a precatórios. Além desses, a permissão concedida pelo § 1º para decompor parcelas, a critério do credor, é outro elemento que também ajuda na formação desse mercado.

Mas, além disso, para a formação de um mercado novo é necessário um produto capaz de desempenhar as funções de uma mercadoria. Sem mercadoria não há mercado. A questão,

---

<sup>1</sup> Citado por LEISINGER (2001, p.17)

pois, que se apresenta é a de saber se esses títulos referentes a dívidas de precatórios poderiam desempenhar as funções de uma mercadoria.

A busca de uma resposta para essa nossa indagação pressupõe a elaboração de uma definição para esse mercado de títulos referentes a dívidas de precatórios. Sem muito rigor científico, poderíamos definir esse mercado como o meio ou o ambiente através do qual aqueles que têm títulos de créditos referentes a precatórios a receber ofertam ao público esses títulos e aqueles que se interessam em adquirir esses títulos se aproximam, ou entram em contato, apresentando suas propostas de aquisição.

Dessa definição depreende-se que, no caso desse mercado, é necessário um título (mercadoria) capaz de induzir uma oferta pública e uma demanda por essa mercadoria. Percebe-se, pois, que é preciso mais do que um título de crédito, é necessário um valor mobiliário. Os títulos de crédito não são aptos a desempenhar a função de mercadoria porque não possibilitam uma oferta ao público. Já os valores mobiliários possibilitam a oferta ao público.

Conforme veremos mais adiante, no tópico sobre o direito de propriedade, para um desenvolvimento satisfatório desse mercado de títulos de créditos referentes a precatórios, é fundamental que se estabeleça um sistema eficiente de representação desses direitos. É fundamental também que haja transparência, que as informações estejam disponíveis para compradores e vendedores interessados em transacionar com esses títulos.

## **2 Custos e benefícios da solução de mercado**

Mesmo que estejamos convencidos de que o mercado pode ajudar na solução do problema do pagamento dos precatórios, não podemos criar ilusões. Como não poderia deixar de ser, a solução de mercado apresenta benefícios, mas tem também os seus custos.

Pelo lado dos credores, há custos de transação<sup>2</sup> com a intermediação financeira. Ou seja, para vender no mercado o seu título referente a precatório, o credor terá de pagar a comissão do intermediário, que poderá ser uma instituição financeira, uma corretora de títulos e valores mobiliários, ou mesmo um escritório de advocacia.

Além disso, se o credor quiser vender o título no mercado, terá de aceitar um deságio em relação ao valor de face do precatório. Se o precatório for referente ao ano de 2001, por exemplo, os potenciais compradores, certamente, vão oferecer pelo título menos do que o valor de face.

O grande benefício para os credores está na liquidez que os títulos referentes ao precatório passarão a ter. Ou seja, o credor poderá trocar o seu título por dinheiro vivo, ou poderá, eventualmente, dar o título em garantia de um empréstimo bancário, por exemplo. Para um pequeno empresário, esse é um benefício significativo.

O valor dos precatórios no mercado irá, certamente, oscilar acompanhando os movimentos de oferta e demanda desses títulos. Quanto maior a demanda, maior será o preço que o titular do precatório poderá conseguir no mercado. Menor a demanda, menor o preço, valendo o inverso para a oferta (maior oferta implica menor preço).

A economia como um todo, poderá ser beneficiada pela transformação de ativos mortos (precatórios sem liquidez) em ativos vivos (precatórios que tem liquidez). Um dos efeitos dessa transformação é que o setor privado terá mais recursos para investir, poupar ou consumir. Se houver uma boa aplicação desses recursos por parte do setor privado, bons frutos serão colhidos, vale dizer, renda (lucros, dividendos, participações, etc.) e empregos serão gerados, promovendo-se um crescimento da riqueza do país.

Pelo lado dos devedores (União, Estados e Municípios), o balanço entre custos e benefícios é mais complexo, pois há uma série de efeitos de difícil avaliação. Um aspecto negativo para a

---

<sup>2</sup> Sobre o conceito de custos de transação ver FLORENZANO, Vincenzo D. Sistema financeiro e responsabilidade social: uma proposta de regulação fundada na análise econômica do direito e na teoria da justiça. São Paulo: Ed. Textonovo, 2004.

Fazenda Pública é que vai haver uma diminuição da arrecadação futura, à medida que os seus créditos (tributos devidos pelo setor privado) serão compensados com os seus débitos (precatórios). Esse efeito poderá ser, pelo menos em parte, compensado pelo aumento da arrecadação decorrente do crescimento da renda e do emprego do setor privado supra referido. De todo modo, o Estado jamais poderia alegar que está sendo prejudicado por estar tendo de pagar as suas dívidas (precatórios).

O aspecto positivo é que o Estado, pagando os precatórios, iria melhorar a sua imagem (credibilidade) perante a comunidade interna e externa. O que é importante, pois ajudaria muito a melhorar a situação geral, do Estado brasileiro e dos cidadãos deste país.

### **3 Análise Econômica do Direito**

A Análise Econômica do Direito (AED) é um instrumental teórico que vem sendo cada vez mais utilizado em todo o mundo tanto por economistas como por juristas. Nesse sentido, é ilustrativo o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no caso do pedido de Intervenção Federal no Estado de São Paulo (IF 2.127-8) por não cumprimento de decisão judicial referente ao pagamento de precatório. Esse julgamento é emblemático porque, ao nosso ver, o voto vencedor proferido pelo Ministro Gilmar Mendes pode ser considerado um exemplo prático de aplicação desse instrumental teórico (AED) na solução de um problema jurídico. Embora não faça menção expressa à denominação Análise Econômica do Direito, o Ministro Gilmar Mendes deixa claro que se trata da utilização desse instrumental teórico (AED), conforme se depreende das seguintes passagens de seu voto:

Desse modo, não podem ser desconsideradas as limitações econômicas que condicionam a atuação do Estado quanto ao cumprimento das ordens judiciais que fundamentam o presente pedido de intervenção. Nesse sentido, constam do memorial apresentado pelo Estado de São Paulo, os seguintes dados, *verbis*: ... (...)

Como tenho afirmado, esse exame de dados concretos, ao invés de apenas argumentos jurídicos, não é novidade no Direito comparado. No âmbito dos reflexos econômicos da atividade jurisdicional, a experiência internacional tem, assim, demonstrado que a proteção dos direitos fundamentais e a busca da redução das desigualdades sociais necessariamente não se realizam sem a reflexão acurada acerca de seu impacto.

*In casu*, valendo-se do exame de dados concretos referentes às finanças públicas do Estado de São Paulo, o Ministro Redator Gilmar Mendes argumentou que, descontando-se os recursos já comprometidos com despesas que não se pode deixar de realizar, como as despesas com o pessoal dos três Poderes do Estado que alcança 58% das receitas correntes líquidas, a despesa com educação, que não pode ser inferior a 25% da receita resultante de impostos (Art. 212 da CF/88), a despesa com saúde (Art. 198, §2º. da CF/88) e outras, resta ao Governador do Estado cerca de 2% das receitas correntes líquidas para o pagamento dos precatórios, que é o que está sendo efetivamente pago.

Diante dessa análise, o Ministro concluiu que a intervenção não é o meio jurídico mais eficiente para remediar o problema do não pagamento dos precatórios, já que um eventual interventor não poderia fazer melhor do que o Governador, democraticamente eleito, já está fazendo. Isso porque: “Ao interventor também será aplicável a reserva do financeiramente possível.”

O problema de decidir sobre os meios mais eficientes para se alcançar determinado fim, ou a ponderação entre meios jurídicos (remédios) e o fim também jurídico (neste caso o cumprimento das decisões judiciais com o pagamento dos precatórios) a ser realizado, é justamente o que a Análise Econômica do Direito se propõe a ajudar a resolver.

Em síntese, pois, pode-se dizer que a Análise Econômica do Direito (AED) consiste fundamentalmente na aplicação de conhecimentos elaborados e desenvolvidos pela Ciência Econômica na solução de problemas jurídicos. Como vimos, o não pagamento de precatórios é também um problema jurídico.

Para traduzir em poucas palavras a idéia que sintetiza a proposta desta escola de pensamento, poderíamos dizer que a AED visa investigar a função da norma jurídica como estrutura de incentivos para a atividade econômica. Em outras palavras, visa explicitar os efeitos do direito, inclusive o direito posto pelas sentenças judiciais, sobre a economia. A AED é, pois, um instrumento teórico que serve para auxiliar na análise, na crítica, na compreensão, na interpretação e na aplicação do Direito, tendo em vista o aperfeiçoamento do sistema jurídico composto de normas e instituições. Portanto, a idéia é empreender uma análise das

conseqüências do ordenamento jurídico vigente num dado momento histórico, incluindo normas constitucionais, infraconstitucionais e decisões judiciais (jurisprudência) sobre a economia, notadamente em relação à alocação de recursos escassos, para, então, proceder a uma adequação dos institutos jurídicos aos critérios da racionalidade econômica, sobretudo no que se refere à eficiência e à maximização da riqueza.

Por intermédio do sistema jurídico, tratam os homens de conseguir situações de certeza, de segurança, de ordem e de paz em suas relações sociais. Mas, além disso, deseja-se que essas situações ordenadas e pacíficas sejam justas. Para a AED justiça e eficiência andam juntas, é dizer, a idéia de ordem justa se aproxima da idéia de ordem eficiente, que é dada pelo sistema jurídico que proporciona a estrutura de incentivos mais adequada à realização do potencial produtivo da sociedade.

Na utilização da AED como instrumental teórico para a crítica que visa ao aperfeiçoamento do ordenamento jurídico, parte-se da seguinte indagação: como o Direito posto interfere, influencia e determina o funcionamento da economia? A partir das respostas encontradas nas investigações de casos concretos, a AED vai sugerir como o Direito posto pode ser aperfeiçoado, no sentido de proporcionar ou favorecer o melhor funcionamento possível da economia, o que pressupõe uma economia funcionando com a máxima eficiência possível.

Tem toda a razão, pois, Dworkin (1980, p.191), quando diz que a AED é uma teoria política do direito que apresenta um ramo descritivo e um ramo normativo, em que os teóricos sustentam que os juízes, pelo menos os juízes do *common law*, têm como um todo decidido *hard cases*<sup>3</sup> de modo a maximizar a riqueza social e que eles devem mesmo decidir esses casos com base nesse critério.

---

<sup>3</sup> *Hard cases* são aquelas causas em que o direito (lei) aponta para um lado e o ideal de justiça aponta para o lado contrário. A expressão *hard cases* (que poderíamos traduzir por causas difíceis de decidir) se refere, pois, às causas que envolvem juízos de equidade em que os juízes ficam tentados a flexibilizar, mitigar ou mesmo não aplicar a lei que rege o caso concreto.

#### 4 O princípio da escassez

O que governa a economia é o princípio da escassez. Tal princípio decorre do fato de que as necessidades e os desejos de consumo, conseqüentemente as demandas por bens e produtos, sejam eles básicos, como alimentação, moradia, vestuário, etc., ou bens de luxo, como jóias, perfumes, iates, etc., são ilimitadas ou infinitas, enquanto os recursos (fatores de produção) para atender a essas demandas são finitos ou, mais precisamente, escassos.

Tendo por base esse princípio da escassez e os postulados de racionalidade das condutas dos agentes, segundo os quais o homem busca o máximo de satisfação com o mínimo de dispêndio, o problema a ser solucionado é o de determinar a alocação mais eficiente possível desses recursos escassos (fatores de produção), de modo a maximizar a riqueza.

Os teóricos da Análise Econômica do Direito (AED) defendem a adoção do critério da eficiência econômica (maximização da riqueza) como princípio normativo, é dizer, como guia para a criação de normas jurídicas (incluindo decisões judiciais). De acordo com Posner, as normas jurídicas, notadamente aquelas promulgadas pelas cortes do *common law*, podem ser mais bem compreendidas (interpretadas) como esforços, ainda que muitas vezes inconscientes, destinados a maximizar a riqueza. Nas palavras do autor:

A maximização da riqueza como um guia para decisões, inclusive judiciais, significa que o objetivo de tal ação (decisão) é promover a alocação de recursos que faz com que o “bolo” (PIB) fique tão grande quanto possível, independentemente do tamanho relativo das fatias (repartição do bolo). Isso implica utilizar análises custo-benefício como critério para decisões (escolhas) sociais, em que os custos e os benefícios são mensurados pelos preços que o mercado estabelece, ou estabeleceria se lhe fosse permitido funcionar.<sup>4</sup>

Na visão de Posner, a maximização da riqueza (eficiência econômica) é um objetivo eticamente válido e um critério que apresenta vantagens em relação a outros princípios normativos. A idéia é que o Direito, como ideal de justiça distributiva que busca dar a cada um o que é seu, pode e deve pautar-se por esses mesmos critérios de eficiência, pois aqui

---

<sup>4</sup> Cf. Posner (1984, p.132).

também se trata da distribuição e da alocação de bens escassos. Ao maximizar benefícios e minimizar custos (eficiência), consegue-se a maximização da riqueza que, por sua vez, pode ajudar na maximização do bem-estar social que é o fim para o qual a Economia está voltada como é também o fim para o qual o Direito está voltado. Afinal, mais é melhor do que menos se o problema é dar a cada um o que lhe é devido. Ou seja, se houver mais (maior riqueza), haverá mais para dar a cada um.

## 5 Princípio da Eficiência

Como explicado por Cooter (2000, p. 265):

Eficiência pode se referir ao padrão Pareto – se uma alteração na lei pode melhorar a situação de alguém sem que ninguém tenha sua situação piorada. Alternativamente, eficiência pode se referir ao padrão custo-benefício – se os favorecidos pela mudança na lei ganham mais riqueza do que perdem os desfavorecidos. Ou eficiência pode se referir a um padrão de bem-estar – se os favorecidos pela mudança na lei ganham mais bem-estar do que perdem os desfavorecidos<sup>5</sup>.

O estilo mais comum da Análise Econômica do Direito (AED) consiste em avaliar mudanças no ordenamento jurídico do ponto de vista do *statu quo*. Neste caso, devemos indagar se a mudança na Constituição Federal de 1988 perpetrada pela Emenda nº 30/00 gerou maior eficiência.

Nesse aspecto, entendemos que a aprovação da Emenda Constitucional nº 30/00 significou um aumento de eficiência do ordenamento jurídico pátrio no tocante ao problema do pagamento dos precatórios porque melhorou a situação dos credores sem piorar a situação dos devedores (Estados e Municípios).

A primeira vista poderia parecer que a Emenda Constitucional nº 30/00 prejudicou os credores ao postergar no tempo o pagamento dos precatórios, que deveria se fazer de forma

---

<sup>5</sup> No original: Efficiency might refer to the Pareto standard – whether a change in law can make someone better-off without making anyone worse-off. Alternatively, ‘efficiency’ might refer to the cost-benefit standard – whether the winners from a change in law gain more wealth than the losers lose. Or ‘efficiency’ might refer to a welfare standard – whether the winners from a change in law gain more welfare than the losers lose.

imediate. Contudo, uma reflexão mais aprofundada e mais abrangente do problema nos faz perceber que, em verdade, a Emenda nº 30/00 melhorou a situação dos credores, pois abriu uma porta, via alternativa através do mercado, que, se bem explorada, poderá trazer uma solução satisfatória para os precatórios.

O argumento torna-se mais compreensível se admitirmos que os Estados e os Municípios não têm, de fato, recursos financeiros para pagar de uma só vez os precatórios atrasados. Contra essa constatação, seria inútil argumentar que a despesa está prevista no Orçamento. Haver previsão orçamentária de despesa é uma coisa, ter o recurso (dinheiro!) em caixa para o pagamento é outra completamente distinta. O Orçamento é uma planilha, é papel! O papel aceita tudo, como se costuma dizer no meio jurídico. O problema é que, de fato, não há o recurso financeiro (dinheiro em caixa para ser bem claro) para pagar de uma só vez os precatórios atrasados.

Nesse caso, medidas de força como o seqüestro de recursos dos Estados e dos Municípios depositados em instituições financeiras oficiais poderia acarretar a paralisação das atividades de foros, delegacias, serviços de saúde, educação, e outros serviços públicos essenciais à população. Da mesma forma, um interventor nomeado em função de uma eventual decisão judicial não poderia fazer diferente, como bem disse o STF no julgamento do caso do Estado de São Paulo.

Portanto, antes da Emenda Constitucional nº 30/00, só restava aos credores aguardar na fila. Com a Emenda é possível pensar na formação de um mercado ágil e dinâmico capaz de dar liquidez a esses títulos de crédito, mais precisamente valores mobiliários constituídos por precatórios.

Por isso, pensamos que a revogação ou a declaração de inconstitucionalidade da Emenda nº 30/00 traria de volta a situação de impasse e, nesse sentido, de desesperança em que estavam os credores antes da edição da citada Emenda Constitucional.

Também por isso, consideramos que o ajuizamento das ADIn's nº 2356-0 e nº 2362-4, ambas visando a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º da EC nº 30/00, que acrescentou o art.

78 ao ADCT, talvez não tenha sido a medida mais apropriada para proteger os direitos dos credores de precatórios.

## **6 A moderna noção de direito como estrutura de incentivos**

Segundo Marchal ([s.d.], p. 19), “a introdução das noções de estrutura e de sistema parece ser o único meio que a ciência tem encontrado até aqui para lançar uma ponte entre as duas ordens de pesquisas, com demasiada frequência separadas: a investigação histórica e a análise teórica.”

No campo das teorias jurídicas, passou-se do ideário que acompanhou o processo de codificação do século XIX, notadamente o Código de Napoleão, que via o código como um conjunto de normas completo e final, para novos paradigmas que concebem os novos códigos como um sistema funcional e aberto. É nesta linha de concepção das normas jurídicas como sistema funcional e aberto que se insere a moderna noção de direito como estrutura de incentivos que deduzimos da Análise Econômica do Direito (AED).

A idéia é que a norma jurídica funciona como instrumento de política econômica à medida que fornece aos agentes<sup>6</sup> uma estrutura de incentivos que direciona, influencia, enfim, é determinante para suas decisões e, conseqüentemente, para suas ações, no que se refere à condução de suas atividades econômicas, é dizer, financiamento, produção, circulação, distribuição e consumo de bens e serviços.

---

<sup>6</sup> Esclarece Sen (2000, p. 33) que: “O *agente*, às vezes é empregado na literatura sobre economia e teoria dos jogos em referência a uma pessoa que está agindo em nome de outra (talvez sendo acionada por um ‘mandante’), e cujas realizações devem ser avaliadas à luz dos objetivos da outra pessoa (o mandante). Estou usando o termo agente não nesse sentido, mas em sua acepção mais antiga – e ‘mais grandiosa’ – de alguém que age e ocasiona mudança e cujas realizações podem ser julgadas de acordo com seus próprios valores e objetivos, independentemente de as avaliarmos ou não também segundo algum critério externo.” É nesta segunda acepção (mais antiga) que estamos empregando o termo “agente”. Portanto, para nós, agente é todo aquele que, de alguma forma, atua no mercado. Essa atuação pode ser pelo lado da demanda ou pelo lado da oferta. Assim, o comprador (consumidor) é um agente, tal como o produtor, o investidor, o especulador, o corretor, etc.

De acordo com Ferreira<sup>7</sup>, a palavra estrutura, originária do latim *structura*, pode ser entendida como disposição e ordem das partes de um todo. No mesmo sentido, Lalande<sup>8</sup> define estrutura como disposição das partes que formam um todo. A Enciclopédia Logos<sup>9</sup>, por sua vez, diz que a palavra estrutura “comporta tanto um sentido arquitectónico, de construção de um edifício, de disposição das suas partes, como um sentido mental, de ordenação das idéias, do pensamento.” Do conceito de estrutura, é a idéia de disposição que nos interessa, pois é dela que derivamos a idéia de norma jurídica como disposição de estímulos, como sinaleiro que vai orientar as decisões dos agentes no tocante à atividade econômica. Essas decisões dos agentes dizem respeito a, por exemplo, o que produzir, como financiar a produção, onde produzir, como produzir, quanto produzir e a que preço produzir.

Calcada na idéia de estrutura de incentivos, segundo a qual a norma jurídica funciona como sinaleiro, encorajando condutas, colocando para os agentes uma disposição de estímulos, que vai direcionar suas decisões relativas à atividade econômica. Essas decisões dos agentes dizem respeito, por exemplo, ao que comprar, como comprar, onde comprar, o que produzir, como financiar a produção, onde produzir, como produzir, quanto produzir, a quem vender e a que preço.

Tratamos, pois, neste tópico, de desenvolver estas idéias investigando seus possíveis desdobramentos. No capitalismo globalizado dos dias de hoje, o capital, mais do que nunca, busca os ambientes mais propícios para sua reprodução. Com isso, o que se verifica é que se acirra, cada vez mais, a concorrência entre os países para atrair capital. Não só o capital estrangeiro, mas o próprio capital interno (nacional). Vale dizer, antes mesmo de atrair o capital estrangeiro, os países precisam criar as condições para que o próprio capital nacional fique no país. Se isso não é feito com sabedoria, o capital nacional migra para outros países que oferecem melhores condições. A Argentina é um exemplo disso e, desafortunadamente para nós, o Brasil também.

---

<sup>7</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário da língua portuguesa. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

<sup>8</sup> LALANDE, André. Vocabulário técnico e crítico da filosofia. 2a. ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1996.

<sup>9</sup> Logos Enciclopédia Luso-Brasileira de Filosofia. Editorial Verbo-Lisboa.

Não é, pois, por acaso que brasileiros mantêm recursos no exterior. A propósito, é ilustrativa a matéria veiculada pelo *Diário do Comércio*<sup>10</sup>, sob o título “Dinheiro exportado”, segundo a qual:

Ao final do ano passado os ativos brasileiros no exterior somavam, conforme estimativa do Banco Central, cerca de US\$ 70 bilhões [...] Estamos falando de depósitos legítimos, de empresas ou de pessoas físicas, que imigraram face às incertezas internas. Com garantias, este dinheiro poderia voltar ao país, ajudando a alimentar a economia, a produção e com toda certeza contribuindo para melhorar as contas do país.

Em todo o mundo, os países estão se empenhando cada vez mais para criar internamente as condições propícias para atrair o capital. Certamente, uns se aplicam mais e outros menos a essa tarefa. Conseqüentemente, alguns são mais bem-sucedidos que outros.

A esse respeito, o que nos interessa destacar é que dentre os vários fatores que favorecem a reprodução do capital está o sistema jurídico do país que se propõe a atrair o capital. Os teóricos da Análise Econômica do Direito têm mostrado que o sistema de normas e o sistema de instituições que regem o funcionamento da economia doméstica são de suma importância nessa concorrência para atrair o capital. Um Estado que cumpre e faz cumprir as leis e as decisões judiciais e um sistema jurídico que dissemina confiança entre os agentes (segurança jurídica), que assegura a estabilidade das relações, que estimula a concorrência nos mercados, que favorece a alocação eficiente de recursos escassos e que está aliado a um sistema eficiente de solução de conflitos de interesses (litígios) é determinante para atrair o capital.

Mas o capital não se engana. De nada adianta uma Constituição e Códigos modernos se essas normas não são cumpridas, se não têm efetividade. Não adianta uma lei perfeita que assegure os direitos subjetivos de propriedade, como é o direito de crédito, tão caro ao capitalismo, se as decisões judiciais transitadas em julgado não são cumpridas. O tempo destrói o direito. Um sistema eficiente, capaz de fornecer com presteza e segurança soluções definitivas para os conflitos intersubjetivos de interesses é imprescindível para o bom funcionamento da economia.

---

<sup>10</sup> DIÁRIO DO COMÉRCIO. Belo Horizonte, 5jul. 2002, p.2

## 7 O direito de propriedade

Os teóricos da Análise Econômica do Direito, de modo geral, ressaltam a importância dos direitos de propriedade para o desempenho da economia. A idéia de norma jurídica como estrutura de incentivos ajuda muito na compreensão dessa relação.

Não é difícil entender a relação entre direitos de propriedade e atividade econômica, pois, até que os direitos de propriedade (individuais, coletivos, públicos e privados) estejam definidos, não há incentivo para a atividade econômica (produção de bens). O raciocínio é simples: se não houver previsão legal estabelecendo o direito de propriedade sobre a terra, por exemplo, ninguém terá estímulo para cultivar ou edificar. Ninguém vai cultivar ou edificar sobre um terreno se não tiver a garantia de que o produto de seu trabalho poderá ser apropriado. Da mesma forma, ninguém vai contratar outra pessoa para trabalhar se não tiver assegurado o direito de propriedade sobre o resultado desse trabalho. A estrutura de incentivos que resulta desse ordenamento jurídico que não assegura o direito de propriedade é totalmente desfavorável ao desenvolvimento de qualquer atividade econômica.

À medida que os direitos de propriedade passam a ser assegurados por esse ordenamento jurídico, coloca-se para os agentes uma nova estrutura de incentivos mais favorável ao desenvolvimento das atividades econômicas. Assim, à medida que o direito de propriedade sobre um terreno é atribuído a um titular, este vai, certamente, buscar a melhor forma de se beneficiar desse direito, o que se dará pelo desenvolvimento de alguma atividade econômica (cultivo da terra, construção de uma habitação ou de uma fábrica, e assim por diante).

Os teóricos da Análise Econômica do Direito (AED) adotam o postulado de que a definição e a proteção de direitos de propriedade particular aumentam a eficiência alocativa dos recursos produtivos. Nesse sentido, Ronald Coase<sup>11</sup>, após analisar a disciplina da distribuição das frequências de rádio nos Estados Unidos, de 1900 a 1959, baseada em autorizações para exploração emitidas pela agência reguladora (*Federal Communications Commission - FCC*),

---

<sup>11</sup> The Federal Communications Commission. *Journal of Law and Economics*, p. 1-40, 1959.

concluiu que o estabelecimento de direitos de propriedade privada sobre essas frequências de rádio promoveria uma utilização mais eficiente desses canais de comunicação.

Mas a simples definição dos direitos de propriedade num ordenamento jurídico não basta. Nesse sentido, é ilustrativa a obra de Soto (2000), que investiga as causas que fazem com que o capitalismo seja bem-sucedido em algumas partes do Ocidente, mas não consiga o mesmo resultado nas demais partes do mundo. "O mistério do capital", segundo Soto (2000), está num sistema eficiente de representação dos direitos de propriedade.

De acordo com Soto (2000, p. 5), até mesmo os pobres nos países em desenvolvimento (subdesenvolvidos) têm riquezas (propriedades). O problema é que esses recursos são mantidos sob formas defectivas, por exemplo, construções edificadas sobre terrenos cuja propriedade não está adequadamente registrada, empresas irregularmente constituídas com responsabilidades indefinidas, indústrias localizadas onde financistas e investidores não as podem ver. Essas pessoas têm bens, mas não têm o processo adequado para representar esses direitos de propriedade. Estando os direitos sobre esses bens inadequadamente representados, esses ativos não podem ser transformados em capital. Exatamente essa é a situação dos precatórios no Brasil, ou seja, é riqueza mantida sob forma defectiva, é ativo que não pode ser transformado em capital.

Em contraste, nos países desenvolvidos do Ocidente, cada parcela de terra, cada edificação, cada pedaço de equipamento está devidamente representado num documento de propriedade, que é um sinal visível de um vasto processo submerso que conecta todos esses ativos ao resto da economia. Graças a esse processo de representação, os ativos podem servir de garantia para a obtenção de crédito. Segundo Soto (2000, p. 6), a fonte mais importante de financiamento para novas empresas nos Estados Unidos é a hipoteca sobre a casa do próprio empresário. Portanto, por intermédio desse processo de representação das propriedades injeta-se vida sobre os ativos, permitindo-lhes gerar capital.

Afirma Soto (2000, p. 7) que os países do Terceiro Mundo e os países que até recentemente eram comunistas (leste europeu) não têm esse sistema de representação. Por isso, estão subcapitalizados, da mesma forma que uma empresa está subcapitalizada quando emite menos

títulos de capitalização que sua receita e seu ativo lhe justificariam emitir. Sem um sistema adequado de representação das propriedades, os pobres são como companhias (sociedades anônimas) que não conseguem emitir ações ou títulos para obter novo financiamento. Seus ativos são capital morto. No caso brasileiro, os precatórios são como capital morto.

Para ilustrar, Soto (2000, p. 15) propõe o seguinte exercício:

Imagine um país onde não se consegue identificar quem possui o quê, endereços não são facilmente verificáveis, não se consegue fazer com que as pessoas paguem seus débitos, não se consegue converter convenientemente recursos em dinheiro, não se consegue repartir a propriedade em cotas, descrições de ativos não estão padronizadas e não podem ser facilmente comparadas, e as regras que governam as propriedades variam de vizinhança para vizinhança ou até de uma rua para outra. Você acaba de se colocar na pele de alguém que vive num país em desenvolvimento ou num país do extinto bloco comunista.

Note-se que é exatamente a situação dos precatórios no Brasil, uma vez que não se consegue fazer com que a dívida seja paga e também não se consegue converter precatórios em dinheiro.

"O mistério do capital", portanto, segundo Soto (2000), consiste num sistema de representação dos direitos de propriedade e num ambiente institucional capaz de fazer com que os ativos (propriedades) se transformem em capital, ou seja, capaz de criar capital ou transformar capital morto em capital vivo, enfim, capaz de dinamizar a propriedade no sentido de que nos fala Vaz (1993, p.148).

Com essa argumentação pretende-se demonstrar que formando um mercado de precatórios é possível transformar este capital morto que temos hoje (precatório) em capital vivo, capaz de dinamizar a propriedade.

Como o milho, a soja, o trigo ou qualquer outra *commodity*, o crédito dos precatórios pode ser alocado por meio de um sistema de preços que direciona o bem para o usuário que lhe atribui o maior valor. No caso do crédito, o preço são os termos que o banco pode negociar no contrato de empréstimo. Se as instituições financeiras podem conseguir melhores termos de

troca, não há por que impedir a transferência do crédito para o usuário que lhe atribui maior valor.

Além disso o mercado pode promover maior especialização porque os bancos e as demais instituições que se interessarem pelo mercado de precatórios teriam maior incentivo em desenvolver *know-how* em realizar esse tipo de operação. Podem surgir também outros interessados em atuar nesse mercado. Aqueles que forem mais bem-sucedidos nesse tipo de operação poderão vender seus serviços às demais instituições. Por intermédio da concorrência, os mais eficientes na realização dessas operações conquistariam essa nova fatia de mercado.

Em termos de estrutura de incentivos, as piores coisas que se podem colocar para o mercado são: 1) descumprimento das regras 2) quebras de contrato; 2) incerteza normativa.

Se o próprio Estado não cumpre as decisões judiciais, ninguém vai se sentir seguro contratando. Isso explica, em parte, porque o Estado precisa pagar preços mais elevados para adquirir os produtos e os serviços de que necessita. As empresas quando transacionam com o Estado embutem no preço o risco da inadimplência. Explica também, pelo menos em parte, o por quê temos taxas de juros tão elevadas. Se o Estado, que é o maior tomador de crédito no mercado financeiro nacional, precisa pagar altas de juros (porque os agentes temem a inadimplência e temem ainda mais os precatórios), os demais tomadores (consumidores, por exemplo), para concorrer aos créditos disponíveis, acabam precisando também pagar altas taxas de juros.

O medo (verdadeiro pânico!) que se disseminou pela sociedade brasileira em relação aos precatórios, tem outros efeitos danosos. Certamente, as empresas que transacionam com o Estado, participando das licitações, não querem nem ouvir falar em precatório. Isso, muitas vezes, leva o empresário a recorrer ao pagamento de propina para receber o que lhe é devido. Em outras palavras, para fugir dos precatórios, as empresas acabam se sujeitando a pagar propina para receber o que lhe é devido. Portanto, além de todos os males que a dívida acumulada dos precatórios acarreta, há mais este que é incentivar a corrupção de servidores públicos, agentes políticos e empresários.

## **8 - Conclusão**

Embora legítimo, não é viável, por razões práticas, econômicas e financeiras, forçar o pagamento imediato, de uma só vez, do total da dívida referente a precatórios. Por outro lado, também não é aceitável que a decisão de pagar as dívidas referentes a precatórios fique entregue ao livre alvedrio dos chefes da Administração.

Conforme argumentamos ao longo da exposição, a Emenda Constitucional nº 30, de 13 de setembro de 2000, abriu a possibilidade jurídica de se adotar uma solução de mercado como via alternativa, que pode ser eficiente, sendo, talvez, a melhor forma de se forçar o pagamento dos precatórios.

Consideramos que a formação de um mercado de precatórios pode ser uma solução eficiente porque favorece a dinamização desse direito de propriedade, na linha da transformação de ativos mortos em ativos vivos elaborada por Soto (2000).

Assim, por tudo que foi exposto, entendemos que a retirada do ordenamento jurídico (declaração de inconstitucionalidade) dos dispositivos da Emenda Constitucional nº 30, de 13 de setembro de 2000, que autorizaram a adoção da solução de mercado aqui examinada seria prejudicial para os próprios credores de precatórios e para o restante da sociedade brasileira.

## **BIBLIOGRAFIA**

COASE, Ronald Harry. Economics and contiguous disciplines. *Journal of Legal Studies*, v. VII, June 1978, p. 201-211.

COASE, Ronald Harry. *The firm, the market, and the law*. Chicago: University of Chicago Press, 1988.

COASE, Ronald Harry. The problem of social cost. *The Journal of Law and Economics*, Chicago, v. III, Oct. 1960, p. 1-44.

COOTER, Robert D. Do good laws make good citizens? an economic analysis of internalized norms. *Virginia Law Review*, Nov. 2000. Acesso pela *internet* por intermédio de Westlaw Download Summary Report em: 10 nov. 2001.

COOTER, Robert D. *Law and economics*. 2nd ed. Addison Wesley, 1997.

COOTER, Robert D. *The strategic constitution*. Princeton University Press, 2000.

COOTER, Robert D. The theory of market modernization of law. *International Review of Law and Economics*, jun. 1996. Acesso pela *internet* por intermédio de Westlaw Download Summary Report em: 10 nov. 2001.

COOTER, Robert D. Three effects of social norms on law: expression, deterrence, and internalization. *Oregon Law Review*, Spring 2000. Acesso pela *internet* por intermédio de Westlaw Download Summary Report em: 10 nov. 2001.

DÍAZ, José R. Cossío. *Derecho y análisis económico*. México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, 1997.

DWORKIN, Ronald. Why efficiency? a response to professors Calabresi and Posner. *Hofstra Law Review*, v. 8 , p. 563-590.

FACHADA, Pedro; FIGUEIREDO, Luiz Fernando; LUNDBERG, Eduardo. *Sistema judicial e mercado de crédito no Brasil*. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/?NOTASTEC>. Acesso em: maio 2003.

FORTUNA, Eduardo. *Mercado financeiro: produtos e serviços*. 10. ed. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1997.

HOFMEISTER, Wilhelm. Os custos da corrupção. *Cadernos Adenauer*, São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, n. 10, dez. 2000.

KATZ, Avery Wiener. *Foundations of the economic approach to law*. New York: Foundation Press, 1998.

LEFTWICH, Richard. H. *O sistema de preços e a alocação de recursos*. 8. ed. São Paulo: Pioneira, 1994.

LEISINGER, Klaus M. *Ética empresarial: responsabilidade global e gerenciamento moderno*. Petrópolis: Vozes, 2001.

LOPEZ, Edgardo Peniche. *Introducción al derecho y lecciones de derecho civil*. 10 ed. México: Porrúa, 1975.

MARCHAL, André. *Sistemas e estruturas econômicas*. Lisboa: Livros Horizonte, [s.d.].

MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. Lisboa: Estampa, 1989.

PINHEIRO, Armando Castelar (Org.). *Judiciário e economia no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 2000.

PINHEIRO, Armando Castelar. Mercado de crédito no Brasil: o papel do Judiciário e de outras instituições. Rio de Janeiro: *Ensaio BNDES n. 9*, 1998. Disponível em: [www.bndes.gov.br](http://www.bndes.gov.br). Acesso em: 24 fev. 2003.

POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 5<sup>th</sup>. edition, Little, Brown and Company, 1992.

POSNER, Richard A. *Frontiers of legal theory*. Harvard University Press, 2001.

POSNER, Richard A. Law and economics is moral. In: MALLOY, Robin Paul; EVENSKY, Jerry (Ed.). *Adam Smith and the philosophy of law and economics*. The Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 1994.

POSNER, Richard A. Some uses and abuses of economics in law. *The University of Chicago Law Review*, v. 46, n. 2, Winter 1979.

POSNER, Richard A. *The problems of jurisprudence*. Harvard University Press, 1990.

POSNER, Richard A. Wealth maximization and judicial decision-making. *International Review of Law and Economics*, v. 4, p.131-135 dez. 1984.

POSNER, Richard A. Wealth maximization revisited. *Journal of Law, Ethics & Public Policy*, v. 2, 1985.

ROUDGE, Luiz Fernando. *Mercado de capitais*. 3. ed. Belo Horizonte: CNBV, 1996.

RUBIN, Edward L.; COOTER, Robert. *The payment system: cases, materials and issues*. St.Paul, Minn.: West Pub. Co., 1989.

SOTO, Hernando De. *The mystery of capital*. Basic Books, 2000.

SUNSTEIN, Cass R. Cognition and cost-benefit analysis. *Journal of Legal Studies*, jun. 2000.  
Acesso pela *internet* por intermédio de Westlaw Download Summary Report em: 5 set. 2001.

SUNSTEIN, Cass R. Informational regulation and informational standing: akins and beyond. *University of Pennsylvania Law Review*, jan. 1999. Acesso pela *internet* por intermédio de Westlaw Download Summary Report em: 5 set. 2001.

VAZ, Isabel. *Direito econômico das propriedades*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993a.