

ORGANIZAÇÃO DO REGISTRO DA PROPRIEDADE EM PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO

Benito Arruñada (1)

SUMÁRIO: 1. Finalidade e estrutura do trabalho – 2. A função dos registros: o enforcement dos direitos de propriedade¹ – 3. Temas de organização dos registros: 3.1 Produto e mercado: liberdade de eleição, integração de funções e independência; 3.2 A descrição da organização prestadora dos serviços – 4. A debilidade reguladora do sistema: 4.1 Visão geral; 4.2 Um exemplo de regulamento: o tratamento do rigorismo registral – 5. Pontos críticos na aplicação do sistema em países em vias de desenvolvimento: 5.1 O início do sistema; 5.2 A manutenção do sistema; 5.3 O papel do pagamento por serviço prestado – 6. Consideração final.

1. Finalidade e estrutura do trabalho

Este artigo analisa a estrutura organizativa básica do sistema registral espanhol, exemplo de sistemas organizativos de franquia pública com funcionários criados nos alvares do Estado Liberal do século XIX, e o emprega como referência para iluminar a reforma, o esboço e a implantação de novos sistemas registrais em países em vias de desenvolvimento. O método baseia-se no entendimento lógico de uma instituição real à luz da economia das organizações. A finalidade última é, todavia, ajudar a tomar melhores decisões de modelo institucional e gestão regulatória.

Alcançar esse objetivo no contexto de países em desenvolvimento exige conhecimento da teoria e da prática das instituições correspondentes e das circunstâncias específicas do país de destino. Logicamente, este trabalho centrar-se-á nos primeiros elementos. Para isso, a Seção 2 apresenta uma teoria das instituições registrais baseada na análise econômica da natureza jurídica do produto registral; a Seção 3 deduz que é necessário aplicar temas organizativos para obter tal produto; e a Seção 4 analisa as dificuldades para regulamentar essas atividades e suas estruturas organizativas. Dado o caráter geral do trabalho, a Seção 5 limita-se a propor um guia básico para a eventual implantação ou desenvolvimento de sistemas similares em países em vias de desenvolvimento. O trabalho finaliza com uma reflexão geral sobre a reforma do setor público.

2. A função dos registros: o enforcement dos direitos de propriedade (2)

A especialização dos recursos produtivos incrementa sua produtividade e é o principal motor do desenvolvimento econômico. Entretanto, a especialização só é útil se os produtores intercambiarem recursos e produtos entre si e com os consumidores. O caráter custoso desses intercâmbios constitui seguramente o freio mais fundamental para a especialização e, conseqüentemente, para o desenvolvimento (3).

Para reduzir os custos de intercâmbio, empregam-se numerosos mecanismos. Entre eles destacam-se as instituições jurídicas, que tornam possível a existência e a contratação de direitos da propriedade sobre os bens imóveis. A função dessas instituições – fundamentalmente, o direito imobiliário e o registro – é a de proteger os direitos de propriedade e reduzir as assimetrias informativas entre os protagonistas dos intercâmbios.

A contratação de bens imóveis caracteriza-se pela existência de direitos reais, aqueles que versam sobre os próprios bens e não sobre as pessoas. Portanto, não são alteráveis por atos de terceiros e, concretamente, sobrevivem intactos à transformação e transmissão de outros direitos. Pressupondo uma vontade política favorável, é relativamente fácil a tarefa de respeitar, tornar efetivos ou impor, em suma, (4) os direitos reais, uma vez que os imóveis são imóveis, duradouros e relativamente pouco deterioráveis.

Esse baixo custo em que se há de incorrer para torná-los efetivos implica que os direitos reais sejam úteis para contratar os diversos usos da terra, como depósito de valor e como garantia de outras obrigações, sobretudo creditícias. Tudo isso favorece a especialização produtiva e o desenvolvimento (5).

Para assegurar a efetividade dos direitos reais, sua contratação efetua-se de fato em duas fases ou, para aplicar um conceito amplo de contrato, mediante dois contratos sucessivos. A primeira fase consiste na contratação ordinária entre as partes. A segunda fase é própria dos direitos reais e tem como objetivo reunir o consentimento de todos os titulares de direitos reais que tenham sido afetados pelo primeiro contrato entre partes. (O fato de o contrato entre partes se instrumentar em escritura “pública” reforça a qualidade da prova, porém não modifica seu caráter de contrato privado entre partes, uma vez que não se produz o consentimento dos demais titulares de direitos reais afetados pelo contrato).

Os diversos sistemas legais diferem quanto à organização dessa segunda fase contratual, sobretudo com respeito ao grau de voluntariedade que outorgam ou não às partes, para que elas obtenham o consentimento dos afetados no momento do primeiro contrato. Não obstante, com independência de quando se presta, o consentimento é um requisito geral, uma vez que ele é intrínseco à própria natureza e existência de direitos reais. Desse modo, nenhum titular é prejudicado ou fica privado de seu direito em virtude de ações de terceiros sem seu consentimento. Tão-só quando se outorga o consentimento, ficam depurados os novos direitos de toda contradição, razão pela qual se fala amiúde desse segundo contrato como da “depuração” ou “purgação” dos direitos.

A exigência do consentimento dos afetados assegura o *enforcement*; todavia sua eficácia submete a transmissão de direitos reais e a criação de novos direitos a uma grave assimetria informativa entre as partes, que só é resolvida caso incorram importantes custos de busca e negociação. Geralmente, os transmitentes saberão mais que os adquirentes sobre a existência de possíveis direitos afetados. Se os adquirentes perceberem a desvantagem informativa que sofrem, a tendência é que muitas transações não se concluam. Precisamente para remediá-lo, todos os ordenamentos modernos requerem ou motivam que os contratos que pretendem conseguir efeitos reais façam-se públicos. Desse modo, reduzem-se os custos para produzir informação sobre quais direitos reais poderiam ser afetados e atuar, em conseqüência, negociando o consentimento com seus titulares ou assumindo, com os correspondentes ajustes de preço, os riscos residuais que possam subsistir.

Os diversos sistemas diferem quanto à voluntariedade que outorgam ou não às partes para que elas requeiram o consentimento dos afetados no ato do contrato. Todos os ordenamentos modernos, entretanto, motivam ou requerem que os contratos que pretendam conseguir

efeitos reais tornem-se públicos, o que permite, no mínimo, que o interesse próprio das partes leve a essa depuração ex ante dos direitos.

Com o registro de documentos dos Estados Unidos ou da França, sucede que se limitam a estabelecer a prioridade dos títulos e a dar-lhes publicidade, o que basta para que se desenvolvam serviços de ditame e depuração privada dos direitos (6). Desse modo, conseguem atenuar a assimetria informativa, embora com duas limitações principais. Primeira, a depuração dos direitos é voluntária, portanto incompleta. Sobretudo o adquirente e sua seguradora não podem fiar-se em que o direito esteja depurado. Segunda, se as partes também optam por depurar os direitos, não se depura a informação registral: no registro público conservam-se provas não só dos direitos vigentes como também dos extintos.

Nesse sentido, o registro de direitos – como são o Grundbuch alemão, o land register inglês ou o registro de la propiedad espanhol – oferece mais eficácia, uma vez que o caráter geral da depuração dos direitos permite consolidar a informação registral e aplicar os benefícios da fé pública registral a todos os adquirentes de boa-fé. A essa suposta e eficaz vantagem, opõe-se às vezes o registro de documentos que pode, todavia, ser mais eficiente por duas razões. Primeira, porque as partes são mais livres e podem alcançar os melhores grau e momento de informação e depuração. Segunda, porque a maior parte dos serviços presta-se em regime privado. Entretanto, ao examinar como se produz de fato a segurança jurídica nos países com registros de documentos, essas duas razões perdem entidade.

Os benefícios que o registro de documentos poderia desfrutar graças ao caráter mais privado das fases de ditame e depuração diluem-se, se se levam em conta os monopólios e as duplicidades a que ele dá lugar. Primeiro, porque todos os registros operam em condições de custos decrescentes, configurando uma situação de “monopólio natural”. Conseqüentemente, ou bem o registro informativo é público, como o francês, ou é privado, como sucede com as title plants das seguradoras americanas, com o grave risco de monopólio (7). Segundo, porque, alternativamente, entre o registro de documentos e os registros informativos privados incorrem duplicidades sobretudo se existirem vários registros informativos, o que importa em custos maiores.

A experiência com numerosos sistemas registrais, sejam os esboçados no século XIX como no século XX, demonstra que cabe à Administração Pública organizar a atividade de um registro de direitos, de modo que a atividade dos registradores e empregados seja regida por fortes incentivos, que incluam a remuneração residual do registrador e dos principais empregados e a responsabilidade pessoal do registrador.

3. Temas de organização dos registros

3.1 Produto e mercado: liberdade de eleição, integração de funções e independência

O confronto entre a análise teórica e a evidência empírica, geradora dos diversos tipos de sistemas registrais, permite identificar os requisitos organizativos comuns a todos os sistemas que pretendam ser eficazes na prevenção de segurança jurídica.

Esses requisitos estão centrados na necessidade de evitar basicamente a possibilidade de conflitos de interesses com terceiros, o que não seria possível controlar mediante mecanismos

de reputação baseados na liberdade de escolha do usuário. Embora sejam conhecidos ou desconhecidos, ou só futuramente conhecidos, os terceiros não estão em condições de influir na conduta do provedor dos serviços, porque, seja qual for o regime jurídico, eles não podem interferir na sua escolha, portanto eles também não poderão castigá-lo caso o provedor lhes cause danos.

Comumente constata-se que em todos os países os usuários têm liberdade para escolher o provedor de serviços de preparação documental, mas não o de depuração dos direitos: escolhem o advogado ou o notário, mas não escolhem o juiz ou o registrador. Mais concretamente, quer os sistemas usem registros de documentos ou de direitos, imponham ou não intervenção notarial, utilizem ou não seguro de títulos, eles são desenvolvidos por profissionais ou organizações diferentes e são regidos por orientações opostas à preparação dos contratos entre partes; ou então, os efeitos do registro incidem sobre terceiros. Assim é, caso se trate de uma mera publicidade dos documentos contratuais ou, com mais razão ainda, caso o sistema intervenha para forçar a depuração de todas as transações, o que lhe permite fazer publicidade dos direitos reais, como ocorre na Alemanha, Austrália, Espanha e Inglaterra, países com registro de direitos.

Essas orientações acarretam conseqüências importantes para a configuração e a regulamentação dos sistemas relativos aos papéis que a concorrência e a integração vertical podem desempenhar e à possível incompatibilidade entre esses dois parâmetros de configuração.

Quanto à concorrência, é possível introduzi-la entre os que prestam serviços de preparação de documentos, sobretudo os operadores de grandes empresas com importantes ativos de reputação. Caso contrário, na organização de registros e tribunais há de se cuidar da independência de quem decide em favor das partes, assegurando desse modo a proteção eficaz dos direitos reais de terceiros.

Neste segundo caso, a liberdade de escolha, elemento imprescindível da concorrência, é imprópria, porque nem todos os interessados podem exercê-la. Por isso, parece inevitável manter algum tipo de monopólio, em que pesem os riscos e custos que ele venha a ocasionar. O fato de todos os países, sem exceção, terem optado por monopólios territoriais confirma a lógica dessa conduta organizativa.

Quanto à integração vertical de funções, é preciso ter em conta que a possível intervenção de qualquer representante de parte – advogado, notário, segurador, o próprio credor etc. – na produção de efeitos jurídicos sobre terceiros encontra um obstáculo radical no fato de que a liberdade de escolha das partes condiciona as decisões de seu representante contra tais terceiros. Esse condicionamento será tanto mais amplo quanto mais potentes forem os incentivos ensejados pela concorrência entre os provedores dos serviços.

Do que se deduz a mencionada incompatibilidade estrutural entre a concorrência e a integração. Numa hipotética situação de integração e concorrência, seria de esperar uma atenuação dos efeitos registrais até a fronteira mesma da integração. Por exemplo, se, num registro de direitos, a depuração passasse a ser governada por representantes de parte (sejam eles quem forem) e a prioridade continuasse sendo estabelecida por registradores

independentes, esse registro de direitos transformar-se-ia em mero registro de documentos. Se, de modo similar, a um passo mais adiante, a prioridade também fosse determinada por representantes das partes, a prioridade do próprio registro perderia eficácia para regredir para um sistema de contratação privada, como no *Ancien Règime*, antes das revoluções liberais do século XIX. No primeiro caso, o tráfego imobiliário ficaria de fato ao sabor da produção de ditames jurídicos anteriores às transações e, no segundo, ao sabor das intervenções judiciais cujo número e transcendência tenderiam a aumentar de forma inexorável.

3.2 A descrição da organização prestadora dos serviços

A seção precedente desenvolveu o tema da configuração organizativa dos registros num plano muito geral. Desse modo, ela responde as perguntas sobre que serviço prestar – registro de direitos – e com que estrutura de mercado – monopólio territorial que possibilite a independência, portanto o próprio registro de direitos.

Para elaborar esse produto requer-se, adicionalmente, pôr em pé uma organização eficaz, o que exige tomada de decisões de configuração e gestão não relativas ao produto, mas aos processos, especialmente aos incentivos que operem sobre quem tem poder de decisão. Adiemos para a Seção 4 a discussão da gestão reguladora do sistema.

Quanto a sua configuração, convém resumir a problemática dizendo que o funcionamento eficaz de um registro de direitos, como o espanhol, o alemão ou o inglês, requer três elementos. Primeiro, profissionais altamente qualificados, que invistam na formação profissional antes e durante o exercício dela. Segundo, requer rapidez nas decisões de inscrição, caso contrário ele teria as mesmas propriedades de um mero registro de documentos. Em razão disso, são necessários fortes incentivos que assegurem a produtividade. Terceiro, ele requer um alto grau de qualidade, notadamente em relação à independência e honestidade nas funções de controle, uma vez que o registrador atua como gatekeeper de seu próprio cliente. Vejamos como esses problemas foram resolvidos na Espanha, soluções importantes para países em desenvolvimento.

Em primeiro lugar, quanto à qualificação profissional, requerem-se investimentos em capital humano que garantam a concorrência profissional. Para que esses investimentos se efetuem e contribuam para a especialização desses profissionais, há necessidade de compensação econômica suficiente e estabilidade mediante as quais os novos “investidores” se assegurem de que o investimento feito lhes proporcionará o rendimento prometido no futuro. Esse rendimento depende essencialmente das decisões tomadas pelos reguladores em relação ao grau e à função remuneradora dos profissionais e ao grau de compromisso do Estado com a rentabilidade do investimento.

Quanto à produtividade, é muito importante que os interessados na gestão desses sistemas observem como ela é assegurada no sistema espanhol. O fato de a produtividade ser relativamente baixa no setor público levanta a questão de sua possível causa (8). A nosso juízo, deve-se buscar a resposta nas diferenças de organização; a característica diferencial e essencial dos registros não é outra senão seu funcionamento como franquia pública, com remuneração residual do profissional e contratação dos demais empregados.

Por último, para assegurar a produtividade e a qualidade, contribui uma complexa estrutura de incentivos que inclui um patamar de remuneração aparentemente superior ao máximo alcançável fora da profissão – em boa medida atribuível à remuneração de investimentos prévios em capital humano; o processo de auto-seleção de pessoal idóneo, processo conseqüente do bom rendimento e da especialidade profissional bem como do próprio método de seleção; e, por último, a responsabilidade pessoal do registrador por suas decisões.

Em princípio, a fixação do grau de remuneração não deveria acarretar grandes problemas, uma vez que existem referências observáveis no mercado externo. Por muitas razões e como sucede em geral com toda judicatura, não parece sensato que o grau de remuneração dos funcionários seja inferior ao dos operadores privados com quem atuam. É procedente assinalar duas dificuldades recorrentes. Uma delas é a confusão que costuma afligir a opinião pública e, ocasionalmente, os próprios reguladores, o que os leva a considerar o grau de remuneração aparente como real. A remuneração aparente é a observada durante o exercício profissional. A real, a que corresponde a essa remuneração aparente descontados os custos investidos na formação e no ingresso na profissão, bem como nos primeiros anos de exercício durante os quais a remuneração está abaixo da alcançada na atividade privada. A retribuição real há de se medir por isso, como o rendimento de um investimento em capital humano.

Como dizíamos, a regulamentação do patamar é relativamente simples: o regulador deve fixá-lo a partir de quando disponha de profissionais competentes, recompensando-os no mesmo patamar ao das privadas similares. Contudo, convém recordar as dificuldades anteriormente apontadas em muitos setores públicos – e concretamente no espanhol – em manter patamares de remuneração sensatos em relação à remuneração fixa dos profissionais, o que torna mais conveniente o uso de fórmulas de retribuição automática variável, às quais necessitam de escassa gestão explícita, como são as de remuneração residual.

A única dificuldade que se estabelece nesse terreno seria dispor de uma rede de explorações – por exemplo, concessionárias de automóveis, farmácias ou registros – situadas em circunstâncias diversas e mutáveis às quais se deseja assegurar um certo grau de rentabilidade. (9). No setor privado, isso se resolve mediante uma gestão muito ativa que não tem correspondência no setor público. Temos analisado concretamente como as redes de concessionárias de automóveis estão em condições de alcançar esse objetivo (entre outros), se mediante a consignação, para os fabricantes, de direitos decisórios para – entre outras muitas decisões – estabelecer anualmente os objetivos de vendas de cada concessionária e garantir a eles descontos no preço no atacado, que representam o componente essencial da rentabilidade da concessionária. (10)

No setor público, uma fórmula similar é absolutamente inviável, uma vez que não existe capacidade gerencial suficiente; mesmo que existisse, seria duvidoso conceder tanto poder discricionário ao gestor público. Convém, pelo contrário, levantar fórmulas mais automáticas. Na Espanha, as duas possibilidades estão manifestadas pela organização de farmácias e registros. Nas farmácias, a franquía tem levado ao extremo o fato de que existe um direito de propriedade sobre a licença, direito que se transmite a preço de mercado. Se ele quiser proporcionar incentivos uniformes, o regulador deve zelar para que a rentabilidade das diversas farmácias da rede não se diferencie muito. Logicamente, a rentabilidade das

farmácias – exceto o eventual pagamento pela transferência – pode ter sido muito diversa (11). Mais ainda, quando da reforma do sistema de distribuição farmacêutica, esbarra-se em graves dificuldades em virtude do temor justificado de a reforma levar algumas farmácias à falência. No caso dos registros, embora existam entre eles diferenças de rentabilidade, elas têm muito pouca importância, uma vez que não se traduzem em diferenças notáveis de rentabilidade entre registradores e os registradores se designam em registros não em função da subasta da transferência – como em nossas farmácias–, mas da antigüidade na carreira profissional.

A propósito da função de retribuição do sistema espanhol, sobressaem três elementos, cada um deles encerrando lições importantes: uso de retribuição residual e pagamento por serviço; caráter diferido da compensação e responsabilidade pessoal do registrador.

Em primeiro lugar, o sistema proporciona motivação muito intensa, uma vez que os funcionários, bem como os empregados mais qualificados das empresas privadas de advocacia, auditoria, consultoria ou investimentos, dão-se conta do benefício ou do resíduo depois do pagamento do pessoal cujos incentivos como empregados da iniciativa privada também são maiores, os demais insumos materiais e sobretudo a amortização do investimento necessário para a entrada. Esse caráter residual da remuneração do funcionário responsável o converte de fato num empresário, que pode vir a ser titular de uma “franquia” da Administração Pública, embora sujeito a numerosas e pormenorizadas restrições em sua atividade (12).

Coerente com essa posição empresarial, o sistema fomenta um uso eficiente dos recursos como bem mostram as numerosas tentativas feitas para introduzi-lo em outros âmbitos do setor público. Que se pense, por exemplo, nos “mercados internos” (internal markets) de saúde e educação criados pelos governos Thatcher, no Reino Unido, (13) ou nos “acordos cooperativos” e demais esquemas motivadores que se tentou aplicar na saúde pública espanhola (14). Nesse contexto, é necessário pagar pelo serviço para, assim, tornar independente o sistema das eventualidades da política orçamentária. Adicionalmente, como em outros setores públicos e para desanimar o consumo trivial desse tipo de atividade, é imprescindível que esse sistema proporcione utilidade pública e privada.

Quanto ao caráter diferido de remuneração, ele consiste no aumento considerável dessa remuneração de acordo com a antigüidade do profissional, sem, contudo, entrar por ora em mais pormenores (15). Basta assinalar que essa é a fórmula adotada nas atividades profissionais privadas, o que motiva o cumprimento e a auto-seleção; cumprimento, porque em seu período de mais atividade o profissional percebe quase-renda – caso lhe seja retribuído algo acima de sua máxima retribuição alternativa; e auto-seleção, porque o caráter diferido da compensação incentiva o ingresso de profissionais com um tipo de desconto inferior, portanto, que preferem lucros a longo prazo, em soma, profissionais adversos à fraude, característica indispensável da atividade profissional, mediante a qual quem decide goza de notável poder discricionário.

Por último, as sucessivas leis que desde 1861 vêm regulamentando os registros espanhóis estabeleceram um regime mediante o qual cada registrador não só assume o risco econômico da atividade do registro como se responsabiliza pelas decisões com seu patrimônio. Para os

demais funcionários públicos, se muito, admite o erro e a abertura de um expediente sancionador que, em última instância, raras vezes traz conseqüências substanciais, exceto se se tratar de delitos. O registrador, pelo contrário, atua sob a ameaça desse mesmo regime com a possibilidade de, após uma demanda judicial, ser obrigado a responder com todo seu patrimônio pessoal. Obviamente, isso incentiva muito o cumprimento da legalidade e a vigilância para que se respeitem os direitos de terceiros, como corresponde a um modelo de registro de direitos.

4. A debilidade reguladora do sistema

4.1 Visão geral

Na análise sobre a regulamentação do sistema, deixamos conscientemente de lado as questões relativas à configuração do produto e da estrutura de mercado, tratadas na Seção 3.1, apesar de elas terem sido discutidas na Espanha nos últimos anos, quando surgiram propostas que defendem a livre escolha do registrador pelas partes do contrato privado ou a fusão de notários e registros.

A avaliação negativa que essas propostas merecem fica bastante clara não só para os registros de direitos do caso espanhol, à luz da teoria e da evidência empírica esboçadas nas Seções 2 e 3.1. A razão para não tratá-las mais cuidadosamente neste trabalho não é outra senão seu pouco interesse para países em desenvolvimento, que carecem de sistemas eficazes de proteção dos direitos de propriedade. Essa carência faz com que esses assuntos não sejam tratados com a profundidade que merecem como na Europa do século XIX (16). Conseqüentemente, ninguém perde tempo discutindo questões que podem ser esclarecidas por uma lógica elementar bem como questões cuja confirmação é evidente nos países desenvolvidos onde se seguem as orientações enunciadas. Contrariamente, porém, em alguns países europeus cujos sistemas são relativamente eficazes, talvez essa mesma eficácia tenha levado a certo desdém das funções que os registros desempenham. Nessas condições de relativa ignorância, mediante as quais um compreensível, porém mal aconselhado afã por adicionar graus de liberdade e eficiência, propõem-se medidas que correm o grave risco de destruir todo o sistema ou provocar custos substanciais.

Interessa assinalar aqui os problemas mais sérios que geralmente se manifestam nos sistemas registraes bem como nos serviços públicos profissionais. A essência da manutenção de um funcionalismo profissional de qualidade e do sistema registral, em nosso caso, sobretudo de um registro de direitos requer um difícil equilíbrio regulador ou, se preferirem, uma “gestão reguladora” muito consciente da delicadeza e das possibilidades do instrumento que se regula.

Nesse terreno correm-se dois perigos extremos: a torpeza reguladora e a “captura” do regulador.

A torpeza do regulador toma a forma de mudanças reguladoras imprudentes, seja rebaixando preços ou liberalizando o regime de funcionamento; elas podem destruir o sistema de remuneração acordado modificando ou introduzindo incertezas nas expectativas de remuneração futura, privando, com isso, os investimentos futuros de motivação e expropriando, de passagem, as receitas em excesso dos obteníveis fora da profissão – as

denominadas “quase-rendas” no jargão econômico, que vêm ressarcir os investimentos feitos no passado (17). Nesses casos, o risco costuma ser especialmente grave caso se ignore o caráter da remuneração, que, pelo público, é vista como salário, quando, na realidade, trata-se de rendimento de um investimento prévio em capital humano.

No terreno oposto, o regulador também pode ser capturado pelos profissionais. As manifestações desse fenômeno seriam, por exemplo, a elevação da manutenção dos preços em patamares divergentes aos do câmbio tecnológico e contratual – notoriamente, esse é o caso do cancelamento de hipotecas na Espanha –, ou o congelamento da oferta com a conseqüente geração ou distribuição de rendas entre um número maior de beneficiários. Em qualquer caso, as conseqüências seriam duas: distributivas e produtivas. Produzir-se-ia uma transferência de riqueza dos clientes para os profissionais ou, o que é mais importante, em virtude do desperdício de recursos, provocar-se-ia uma maior dissipação de riqueza por parte dos aspirantes à profissão.

A melhor ou plena solução do problema talvez seja impossível, uma vez que, ao introduzir mais auto-regulamentação, garante-se que as medidas não destruam o sistema de incentivos, porém corre-se um risco maior de captura. Nessa situação, também poderia ocorrer que nem sequer o futuro da instituição estivesse protegido, uma vez que a captura do regulador poderia levar sua profissão a uma situação de complacência mediante a qual a introdução de toda mudança ou reforma fosse facilmente retardada ou impedida, mesmo as de alto valor social. Nesses casos, é possível que a situação acabe se tornando insustentável e que o equilíbrio regulador de forças se modifique radicalmente; em conseqüência, a profissão perderia concorrência para influir nas mudanças.

O projeto institucional atualmente vigente na Espanha concede explícita e implicitamente certas concorrências reguladoras sobre a profissão em diferentes ministérios que manifestam diferentes propensões e inclinações. Tradicionalmente, o Ministério da Justiça regulamentava com relativa autonomia o funcionamento da profissão; nos últimos anos, porém, ela passou a receber considerável atenção de outros departamentos ministeriais de âmbito geral sobre muitas matérias, como os novos serviços e a fixação de preços.

Na regulamentação desse e de outros muitos setores, o problema mais freqüente é o de uma certa inadequação entre os conhecimentos e os incentivos dos ministérios gerais – sobretudo os da Economia e Fazenda – e dos ministérios funcionais – como os da Justiça, Saúde ou Educação. Uma gestão eficiente requer ambos os elementos: conhecimento e incentivos.

Observa-se, todavia, que os ministérios gerais padecem de um déficit de conhecimentos sobre as atividades setoriais, gestão pública e o papel que a concorrência pode desempenhar nela. Além disso, às vezes vislumbram um horizonte temporal muito a curto prazo, notoriamente em face de situações de crise e urgência. Por exemplo, após aumentos inesperados de inflação, sente-se a necessidade de se tomarem medidas de fachada. Freqüentemente, elas contradizem a necessidade de que o marco regulador seja suficientemente estável para fomentar os investimentos em capital humano, característica, aliás, de toda atividade profissional. No mesmo sentido, constitui uma causa mais de fundo que esses ministérios não sejam responsáveis pelas falhas setoriais, derivadas de medidas não-premeditadas.

Os Ministérios Setoriais, por sua vez, embora contem com melhores informações sobre seus respectivos setores e os requisitos organizativos das atividades correspondentes, têm escassas informações sobre o possível papel e o canal da concorrência. Muitas vezes, eles também são inclinados a padecer captura reguladora por parte dos próprios interesses setoriais, embora isso seja difícil distinguir de um desejo saudável de evitar a deterioração a longo prazo das atividades sob sua responsabilidade.

É impossível saber se é possível ou não melhorar o atual projeto. Numa visão otimista, as lutas travadas nos últimos anos mostram sinais de que existe um certo equilíbrio de forças. Sem dúvida nenhuma, não estamos em situações extremas. Também é provável melhorar o marco regulador, desde que se reconheça que é preciso dotá-lo da necessária estabilidade para fomentar investimentos específicos a longo prazo.

4.2 Um exemplo de regulamento: o tratamento do rigorismo registral

Já foi manifestada anteriormente a necessidade de proteger o interesse de terceiros, o que tem levado os registros do mundo inteiro a se organizarem sobre bases de monopólio territorial. Esse roteiro de organização é necessário, porém pode gerar custos em virtude do excessivo rigor nas decisões registrais, que deve ser corrigido com uma regulamentação competente que, dada a natureza do problema, saiba fazer-lhe frente sem destruir as próprias funções registrais.

A propósito, convém precisar as causas do fenômeno, localizá-lo, assinalar sua necessidade e como é possível evitá-lo.

A causa do fenômeno não é só a situação de monopólio, uma vez que ele existe há mais de um século e o rigorismo vem se tornando um problema apenas das últimas décadas. Atualmente, uma causa principal do rigorismo está no caráter crescentemente imperativo das leis. É compreensível que se caia na tentação de eliminar o encarregado de aplicá-la,¹⁸ que os poderosos ocasionalmente tenham êxito em co-acionar o registro e que cláusulas estatutárias de importantes sociedades mercantis, talvez eficientes, porém de legalidade duvidosa, acabem tendo entrada no registro mercantil.

Trata-se de uma situação segundo a qual o conteúdo ineficiente de muitas normas imperativas põe os registros numa situação paradoxal, mediante a qual o cumprimento correto de suas obrigações legais reduz, em vez de aumentar, o valor agregado. Porém, não só as leis fazem-se mais imperativas e o *enforcement* registral torna-se menos valioso. Simultaneamente, o notariado foi evoluindo para uma melhor sintonia com os interesses privados, graças ao crescente peso dos grandes operadores e da maior concorrência entre os notários. Todas essas forças geram assim mais tensão entre notariados e registros, uma vez que ambos os órgãos estão se movimentando em direções opostas.

Quanto à localização do rigorismo, já se mencionou que o fenômeno afeta mais a matéria societária dos registros mercantis do que dos imobiliários. Uma das razões já apontada é a promulgação de leis societárias cada vez mais imperativas seguramente sem muitas disposições de cunho social (19). No âmbito imobiliário sucede algo similar a respeito da atuação do registrador como guardião do cumprimento de todo tipo de disposições

administrativas, urbanísticas e fiscais. Não obstante, é possível que o grau de ineficiência e, portanto, de resistência que inspira as disposições seja superior no terreno societário, graças ao voluntarismo ingênuo que parece haver inspirado o legislador nessa matéria. Uma segunda razão é mais estrutural: uma boa proporção das inscrições que resistem aos registros imobiliários não se refere ao descumprimento de uma norma imperativa – portanto em proteção de direitos de titularidade coletiva –, mas à proteção de direitos de titularidade individual, exigindo do registro o consentimento dos titulares de direitos afetados. Nesses casos, quem decide sobre a transação correspondente é o titular do direito afetado, atuando o registro como um mero guarda. Também sucede assim com regras imperativas, porém de um modo difuso e ainda menos claro quando a eficiência de tais normas é discutível.

O regulador dispõe de mecanismos suficientes para controlar esse problema. Para isso, ele deve saber distinguir duas hipóteses diferentes. Por um lado, os casos de rigor aparentemente excessivo, porém motivados de fato, uma vez que o registro aplica corretamente uma legislação que é, em si mesma, insensatamente rigorosa. Por outro lado, merecem um tratamento distinto aqueles outros casos em que o registro certamente efetua uma interpretação excessivamente rigorosa de uma lei potencialmente flexível, suposição essa que por certo procede qualificar de rigorismo.

Também não é necessário dizer que o primeiro caso, de aplicação correta de uma lei inadequada, deve ser tratado mediante a oportuna reforma legislativa e não com medidas frívolas, como é a comentada proposta de dar liberdade às partes para escolha do registrador, criando um óbvio conflito de interesses com terceiros e originando muito provavelmente uma substancial deterioração do sistema. O motivo é que o aparente rigorismo registral é apenas o mensageiro das nossas defeituosas novas leis; o sintoma do problema, não sua causa. O legislador deveria considerar em especial a possibilidade de que alguns textos legais espanhóis são formalistas, ineficientes e desnecessariamente rigorosos. A solução lógica não passa, todavia, pela diminuição das funções nem atenuação dos incentivos do enforcer encarregado de fazer cumprir as leis, mas pela mudança de tais leis, uma vez que elas são, na verdade, ineficientes, como tratamos de demonstrar em outras ocasiões (20). O que menos necessita um país, cuja língua carece de tradução para o termo *enforcement* legal, é menosprezar um dos poucos instrumentos que aplica as leis com eficácia, sejam elas sensatas ou não.

O que na verdade nosso país necessita é aliviar a proliferação de regras imperativas e sobretudo eliminar as insensatezes que algumas leis contêm, porém não unicamente, em matéria de sociedades após a infeliz reforma societária de 1989 e a conseqüente renovação do regulamento do registro mercantil. Fora do âmbito mercantil, há de se ter em conta que também em matéria de propriedade há sintomas de esclerose formalista – por exemplo, nas dificuldades para registrar “hipotecas flutuantes”, com graves conseqüências para a vida econômica. O que é mais grave, do ponto de vista do cidadão, é que muitos serviços que se demandam do sistema de segurança jurídica preventiva não chegam a ser executados com eficácia – quer seja em virtude do reconhecimento legal de direitos reais não-inscritos, como os derivados de arrendamentos, quer pela subsistência de riscos substanciais que, atualmente, o sistema não tem conseguido evitar ou assegurar, como são os derivados das entregas de dinheiro em conta (21).

O segundo caso, em que propriamente cabe falar de rigorismo registral, merece o mesmo tratamento que o rigorismo judicial – uma vez mais é relevante lembrar que, no fundo, os registros de direitos vêm a ser uma jurisdição especializada: um funcionamento ágil do sistema de apelações, que dispõe ademais de incentivos que prejudicam tanto a frivolidade, seja por excesso de rigor, seja por apelação imerecida. Tudo isso sem descuidar do regime de responsabilidade pessoal do registrador para que se evite frouxidão em suas decisões. Não é esta a melhor oportunidade para nos estendermos sobre esse assunto, basta, no entanto, assinalar que é possível uma dupla atuação dirigida para melhorar a função e os incentivos dos registradores. Quanto à formação, parece necessário completar o valor da sua liberdade contratual e o custo social de suas restrições para evitar que uma atitude formalista agrave a aplicação de normas já de per si excessivamente imperativas e formalistas. Quanto aos incentivos, é preciso penalizar o excessivo rigor sem, contudo, cair no risco oposto, afrouxar excessivamente o controle da legalidade. Para isso, caberia contemplar várias possibilidades, desde recriar o antigo Corpo de Letrados da Direção Geral dos Registos e do Notariado, com funções centradas na inspeção e decisões de apelação, até cobrar taxas dissuasórias aos recorrentes para evitar litígio frívolo.

5. Pontos críticos na aplicação do sistema em países em vias de desenvolvimento

A aplicação da análise anterior a países onde não existe um sistema registral ou onde o que existe tem de ser radicalmente reformado requereria um estudo específico de viabilidade e uma planificação rigorosa. Em geral é possível esboçar um conjunto de fatores ou aspectos fundamentais para levar em conta. Para não ser exaustivo, faremos referência em seguida aos que julgamos mais decisivos e aplicáveis ao sistema registral bem como mais ou menos diretamente a todo tipo de profissionais.

O início e a manutenção de um sistema de motivação baseado na remuneração acordada entre os profissionais dependem crucialmente das expectativas dos que têm poder de decisão; nesse caso, os potenciais candidatos e os funcionários em exercício. As decisões de investimento em capital humano necessário na fase anterior ao exercício da profissão – sobretudo na preparação para o concurso – dependem da rentabilidade esperada. O caráter específico desses investimentos determina que a rentabilidade deles seja relativamente independente da rentabilidade dos investimentos gerais em formação. Por isso, a conduta dos potenciais candidatos pode ser muito afetada por mudanças em suas expectativas. Em pleno exercício profissional, no entanto, também são afetadas as decisões de cumprimento nas dimensões em que tal cumprimento dependa da percepção de alguns rendimentos superiores aos que poderiam ser obtidos nos melhores empregos alternativos.

Nesse terreno, podemos, portanto, distinguir dois problemas genéricos fundamentais relativos à criação de expectativas na fase inicial e à permanência delas nas fases posteriores, juntamente com outras questões mais específicas, entre as quais o financiamento direto dos serviços pelos clientes.

5.1 O início do sistema

A geração de confiança suficiente para que os candidatos em potencial estejam dispostos a investir na preparação exigida para desempenhar o posto de trabalho confronta-se com uma

notável dificuldade. Têm sido cuidadosamente tratados os problemas que em todos os Estados dão origem a sua incapacidade para comprometer-se, para não alterar as regras do jogo. Nos países em vias de desenvolvimento, essa incapacidade é ainda maior em virtude dos períodos em que são sabiamente governados em face da possibilidade sempre presente de uma regressão política.

O início do sistema em tais condições exige do Estado um investimento inicial importante. Nesse período, não basta comprometer-se com uma remuneração elevada no futuro, de modo que com ela se compensem os anos de formação e um ressarcimento em preços de mercado ou inferiores a ele nos primeiros anos de exercício. Pelo contrário, o sobressalente ou a diferença não de ser pagos desde o primeiro momento tanto quanto mais específico for o investimento formativo que se requeira. De certa maneira, pode-se entender que, ao realizar esses pagamentos extras, o Estado está constituindo uma espécie de depósito, penhor ou fiança cuja utilidade nos recrutamentos futuros se esfumaria, caso o Estado descumprisse as condições prometidas, defraudando as expectativas dos ingressantes – o funcionamento desse mecanismo é similar ao que se costuma salvaguardar como cumprimento em todos os contratos “implícitos”.

Obviamente, é essencial impedir a fraude na seleção ou na contratação de ingresso, para que os profissionais escolhidos sejam competentes, bem como para que o sistema permaneça a salvo de futuros vaivens políticos. Entretanto, no período inicial, pode ser difícil conseguir essa condição de honestidade na seleção, se bem seja esse o momento mais adequado para que o sistema ganhe credibilidade. Nessa fase inicial, a remuneração há de ser irregularmente elevada, o que torna positivo o valor líquido dos postos de trabalho. Adicionalmente, os encarregados de decidir a seleção podem sentir pouca confiança ou pouco compromisso com o êxito do sistema a favor do qual não vêem necessidade nem se sentem incentivados para decidir honestamente. Em semelhantes condições, é provável que resulte especialmente difícil conseguir o objetivo de honestidade.

5.2 A manutenção do sistema

Uma vez consolidadas algumas expectativas favoráveis, a manutenção do sistema continua sendo ameaçada por muitas razões. Basta assinalar duas principais delas.

Existe o risco de que a mudança política transtorne um sistema incipiente. Por isso, é desejável que a configuração desse tipo de instituições básicas do Estado conte com o apoio de um amplo espectro de instituições políticas, o que talvez ajude a assegurá-las contra futuras mudanças no governo. A adaptação à democracia é um caso particular desse problema, uma vez que é pouco provável que os novos governantes tenham participado da criação do sistema.

Num terreno mais concreto, é de recear a tentação de oportunismo na qual podem cair os reguladores ou políticos que vislumbram a curto prazo um horizonte distorcido. Nesse caso, a tentação é forte – como em geral ocorre com os funcionários públicos, uma vez que os benefícios são imediatos, ao passo que, em virtude dos processos de auto-seleção, seus efeitos nocivos podem manifestar-se muito lentamente. Dito de outro modo, um recorte da remuneração real, por exemplo, pode destruir a carreira profissional e desanimar os

investimentos e o ingresso de profissionais competentes. Todavia, os profissionais em exercício talvez continuem trabalhando por carecer de melhores alternativas. Caso elas ocorram, a qualidade pode deteriorar-se a curto prazo em virtude do desânimo dos profissionais cujos incentivos diretos a serem cumpridos se reduzem. Não obstante, se esses profissionais não abandonarem seu atual emprego, os fatores de auto-seleção manterão sua eficácia. Por isso, o efeito mais daninho será facilmente observável só a longo prazo, quando, depois de o processo auto-seletivo prévio deixar de atuar, ele der lugar ao ingresso de um grande contingente de profissionais pouco competentes ou inadequados, deteriorando-se assim substancialmente o capital humano médio da profissão.

O caráter dos benefícios que políticos e reguladores obtêm com essas medidas depende provavelmente do tipo de financiamento utilizado para os serviços. Quando os clientes pagam os serviços para os profissionais, sobretudo quando eles são ressarcidos com a renda residual do seu escritório, por várias razões esses benefícios são indiretos, de índole mais propagandista. O fato de os funcionários serem pagos diretamente pelos cidadãos não faz com que os gastos públicos diminuam. Entretanto, as variáveis econômicas afetadas têm magnitude macroeconômica. Por último, aproveita-se o papel que os profissionais representam na cobrança de impostos e outros encargos, muitas vezes percebidos erroneamente pelo público como pagamento líquido do profissional. Os benefícios apropriados pelos que tomam decisões políticas são, pelo contrário, mais palpáveis quando, independentemente de os usuários pagarem ou não taxas de serviço, os profissionais percebem um soldo fixo. Nesse caso, os governantes costumam sucumbir com facilidade à tentação de se apropriarem de rendas a curto prazo, reduzindo os ressarcimentos,²² razão pela qual se deteriora, no final, a qualificação dos profissionais e a eficácia dos serviços. Desse ponto de vista, um sistema de remuneração residual é mais sólido a longo prazo que um de remuneração fixa (23).

5.3 O papel do pagamento por serviço prestado

Toda adaptação institucional é delicada. Se ela modifica poucos elementos do sistema que imita, fracassará por não se adaptar à situação em que há de viver. Entretanto, se ela modifica muitos elementos seus, corre o risco de desvirtuá-lo. Nesse sentido é útil assinalar explicitamente a inconveniência de aplicar o sistema espanhol, caso não se altere um de seus princípios econômicos básicos, o de que os cidadãos paguem diretamente pelos serviços que demandam dos quais se convertem em clientes.

Provavelmente, num caso como esse, em que não há conseqüências pela falta de liberdade do cliente em escolher o registro, a vantagem principal do pagamento por serviço prestado não é tanto permitir que o sistema se autofinancie, sem agravar a geralmente precária situação do orçamento estatal (24), senão desvincular-se dele, reduzir consideravelmente o risco de diluição e expropriação da retribuição diferida, como analisado a propósito da manutenção do sistema.

Adicionalmente, num sistema de pagamento por serviço prestado, a política de ressarcimento do sistema fica à margem das discussões políticas sobre vencimentos dos servidores públicos e evitam-se possíveis crises derivadas de um crescimento mal planejado.

Entretanto, quando se pretendem criar novos corpos de funcionários numa administração degradada, cuja grande quantidade de funcionários se confronta com sua baixa remuneração, aparecem dificuldades oriundas basicamente do novo leque salarial dos funcionários públicos. O conflito potencial se reduz quando os honorários dos profissionais emanam das custas judiciais, são pagos por seus clientes e não entram, portanto, na negociação orçamentária nem muito menos na sindical. A vantagem não se manifesta só no início, mas diz respeito a cada renegociação salarial.

Entretanto, os sistemas baseados em remunerações salariais costumam passar por crises destrutivas, conseqüência de políticas de implantação e crescimento excessivamente rápidas. São duas as razões. Um início muito rápido pode gerar elevação de salários no setor profissional afetado, o que significa pagar salários irregularmente altos no início do sistema. Os incentivos de remuneração por categoria e antigüidade começariam assim a contar desses patamares irregularmente elevados. Além disso, a profissão ficaria concentrada em algumas altas esferas determinadas. Por isso, o custo financeiro também pode chegar a patamares insustentáveis (25). Obviamente, esse problema não afetaria funcionários remunerados mediante um sistema de tarifas.

6. Consideração final

Seja-me permitido terminar com uma breve reflexão de uma perspectiva mais ampla.

As possibilidades de aplicação que encerram sistemas como o registral deixam claro que, ao menos para o desenvolvimento das funções básicas do Estado, pode ser útil tomar como referência estruturas organizativas tradicionais, nascidas ou recriadas no século XIX, porém conformadas mediante uma lenta aprendizagem evolutiva ao longo de muitas décadas.

Graças ao seu maior grau de adaptação, esses tipos de estrutura oferecem muito mais confiança do que os que resultam de aplicações supostamente empresariais, das quais fazem parte técnicas e instrumentos de gestão que não atendem às peculiares restrições a que está sujeita a Administração Pública. (26)

* Um rascunho preliminar deste trabalho foi apresentado no seminário sobre “A reforma do Estado na América Latina”, organizado pelos Ministérios Espanhóis da Economia e Fazenda, Administrações Públicas e Justiça e pelo Banco Mundial, celebrado em Madri nos dias 14 a 18.10.1996. O autor agradece os comentários recebidos dos presentes bem como o apoio da Cicyt, mediante o Projeto SEC 99-1191. Na medida em que este artigo reúne e aplica sugestões de como criar instituições registrais eficazes, resultado de numerosos trabalhos anteriores do autor, é procedente reconhecer os muitos comentários recebidos em relação a esses trabalhos.

[1] B. Arruñada, Principios organizativos de la seguridad jurídica preventiva (Universitat Pompeu Fabra, *mimeo*, fevereiro de 2001), e Property Enforcement and the Organization of Consent (Universitat Pompeu Fabra, *Economics and Business Working Paper Series 564*, dezembro de 2001. Disponível em: <<http://www.econ.upf.es/cgi-bin/onepaper?564>>).

[2] Para valorizar quantitativamente a importância dos custos de transação na atividade econômica, veja-se: J. J. Wallis; D. C. North. "Measuring the Transaction Sector in the American Economy, 1870-1970". In: S. L. Engerman; R. E. Gallman (Ed.). *Long-term factors in american economic growth*, Studies in Income and Wealth. Chicago e Londres: University of Chicago Press, 1986. n. 51, p. 95-161.

[3] À medida que os países de língua espanhola, começando pela Espanha, desenvolvem-se econômica e politicamente, há necessidade de criar um neologismo para traduzir o vocábulo inglês *enforcement*, que expressa a idéia de aplicação efetiva das leis e dos contratos.

[4] Para ter uma idéia da importância que uma boa definição e o respeito dos direitos da propriedade no âmbito imobiliário encerram para o desenvolvimento econômico, veja-se, por exemplo, o livro de H. de Soto, *The mystery of capital: why capitalism triumphs in the west and fails everywhere else?*, New York: Basic Books, 2000.

[5] Veja-se: B. Arruñada. "The role of title insurance under recording and registration". *Economics and Business Working Paper Series*, n. 565, Universitat Pompeu Fabra, dez. 2001, disponível em: <<http://www.econ.upf.es/cgi-bin/onepaper?565>> bem como *Working Paper Series of The Geneva Association*, n. 248, Etudes et Dossiers, dez. 2001.

[6] Como ilustra a solução do litígio mediante a tentativa falida de fundir as duas *title plants* privadas de Washington D. C. As duas companhias proprietárias, empresas de títulos no Estado de Columbia, foram acusadas pela Federal Trade Commission de aumentar os preços e reduzir serviços, depois de consolidadas suas duas empresas numa só. O caso foi resolvido em agosto de 1998, quando as companhias aceitaram segregar de novo suas empresas e devolver o preço excedente percebido mediante contratos antigos. Igualmente, para permitir a fusão de duas seguradoras (LandAmerica e Reliance), a FDC exigiu que uma delas vendesse suas empresas em 12 condados com o argumento de que "because of the county-specific way in which title information is generated and the local character of the real estate markets in which the title plant services are used, geographic markets for title plant service are highly localized". Veja-se sobre ambos os incidentes, Federal Trade Commission, *Annual Report to Congress*, 1998, Washington D. C., 1999. A citação textual procede dessa fonte, em referência ao caso LandAmerica Financial Group, Inc.

[7] Para dados quantitativos comparados por ramos do setor público, veja-se: B. Arruñada. *Análisis económico del notariado*. Consejo General del Notariado. Madrid, 1995. p. 94; Do mesmo autor: "Bases para profesionalizar la sanidad pública". *La regulación de los servicios sanitarios em España*. Madrid: Fedea-AES-Civitas, 1997. p. 164.

[8] Pode existir também um certo custo em termos de “dissipação de rendas”, caso a concorrência seja improdutiva na entrada, na medida em que as condições de entrada se acerquem do que em economia se conhece como “concorrência perfeita”. Essa dissipação é normal em todo tipo de organização que utiliza mecanismos similares para incentivar seu pessoal, o que inclui de forma proeminente as empresas de serviços profissionais. Por isso, não teria sentido tomar como referência implícita a produção de bens e serviços que não requirem tais incentivos. Pelo contrário, caso eles sejam produzidos, deve-se entender como um custo a mais do sistema de incentivos. Para uma análise mais pormenorizada do problema da dissipação de rendas nesse contexto, veja-se B. Arruñada, “Bases para profesionalizar la sanidad pública”, *supra*, nota 7, p. 98-110 e 131-148; e B. Arruñada, “The economics of notaries”, *European Journal of Law and Economics*, n. 1, vol. 3, p. 22-26, 1996.

[9] Veja-se: B. Arruñada; L. Garicano; L. Vázquez. “Contractual Allocation of Decision Rights and Incentives: the case of automobile distribution”. In: *Journal of Law, Economics, and Organization*, n. 1, vol. 17, p. 256-283, primavera de 2001.

[10] Para ter uma idéia das dificuldades que a gestão estabelece nesse terreno, basta assinalar que as primeiras medidas nesse campo foram adotadas no ano de 2000. Refiro-me às disposições do real Dec.-lei 5/2000, pelas quais se introduz um topo superior à margem dos medicamentos de maior preço, permitem-se descontos de até 10% no preço de venda dos medicamentos publicitários e se estabelecem deduções progressivas entre 7% e 13% da fatura para a seguridade social que exceda 4,6 milhões de pesetas ao mês por farmácia.

[11] Tanto que só o regulamento hipotecário estende-se ao longo de 624 artigos de uma densidade apreciável.

[12] Veja-se: B. Arruñada. “El mercado interno de salud: la reforma del National Health Service”. *Revista de Economía* 11/80, 4.º trim., 1991; e B. Arruñada: “Internal Markets in the Reform of the Spanish NHS: A Comment on the Planners Latest Fantasy”. In: J. G. Backhaus (Ed.). *Essays in Social Security and Taxation*. Marburg: Metropolis Verlag, 1997. p. 429-444. Para uma análise mais geral aplicada a 12 ramos do setor público espanhol, veja-se: B. Arruñada. Gestión de la competencia en el sector público. *Anuario de la competencia*. 1999-2000, p. 267-311. Disponível em: <<http://www.econ.upf.es/cgi-bin/onepaper?490>>.

[13] Veja-se Arruñada, “Bases para profesionalizar la sanidad pública”, *supra*, nota 7.

[14] O leitor interessado pode consultar Arruñada, *Análisis económico del notariado*, *supra*, nota 7, p. 41-43; e Arruñada, “Bases para profesionalizar la sanidad pública”, *supra*, nota 7, p. 196-209.

[15] Vide nota 1.

[16] Sobre como desenvolver um marco regulador propício aos investimentos dos setores regulados, veja-se em especial: B. Levy e P. Spiller (Ed.). *Regulations, institutions, and commitment: comparative studies of telecommunications*. Political economy of institutions and decisions series. Cambridge, Nova York e Melbourne: Cambridge University Press, 1996; e B. Levy e P. Spiller. "The Institutional Foundations of Regulatory Commitment: a Comparative Analysis of Telecommunications Regulation". *Journal of Law, Economics, and Organization*, n. 2, vol. 10, p. 201-246, 1994.

[17] Merece um breve comentário nessa matéria a tese defendida pelo Prof. Paz-Ares em relação à legislação societária, segundo o qual "o papel que efetivamente está chamada a intervir a autonomia privada na configuração da sociedade de responsabilidade limitada depende mais do que pense a doutrina do que o que diga o legislador" (C. Paz-Ares. "Cómo entendemos y cómo hacemos el derecho de sociedades? (Reflexiones a propósito de la libertad contratual en la nueva LSRL)". In: C. Paz-Ares (Coord.). *Tratando de la sociedad limitada*. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1997. p. 163). Por um lado, é discutível em que grau essa hipótese descreve o que realmente sucede, em que grau a doutrina e o litígio podem desenvolver hoje em dia uma jurisprudência liberalizadora de um marco legal tão imperativo, como no caso em que queiram fazê-lo. Porém, o preocupante é que, embora a hipótese se confirmasse, a valoração do procedimento haveria de ser negativa, pois parece insensato produzir o direito mediante a promulgação de normas imperativas destinadas a serem liberalizadas em via jurisprudencial. Tal procedimento é questionável ao menos por dois motivos: por seu caráter improdutivo e por gerar efeitos externos negativos sobre todas as leis. Primeiro, não parece ser a solução mais econômica, no que tem de desnecessário destecer o previamente tecido. O custo de oportunidade é grande, pois direciona os esforços de todos os que intervêm no desenvolvimento jurisprudencial visando evitar a norma, em lugar de fazê-lo ao desenvolvimento de um ordenamento mais detalhado, que proporcione solução a uma maior variedade de problemas. Segundo, a derrogação de fato de uma lei desprestigia todas as leis, que passam a ser consideradas meras referências de um posterior combate doutrinal e judicial. Certamente, do ponto de vista dos interesses individuais, as valorações podem ser diferentes. Ocorreria assim, por exemplo, se a derrogação de fato de leis imperativas ineficientes gerasse mais demanda pelos produtores de doutrina que a promulgação direta de leis eficientes com um conteúdo menos imperativo.

[18] Vejam-se os Capítulos 9 e 10 de B. Arruñada, *Control y regulación de la sociedad anónima*. Madrid: Alianza Editorial, 1990, p. 213-320; bem como o ensaio B. Arruñada, "La criminalización del derecho societario: esbozo para un análisis crítico", *Boletín del Círculo de Empresarios*, n. 62, p. 99-132, 1.º semestre, 1997.

[19] *Idem, ibidem.*

[20] A esse respeito, é necessário destacar a iminente comercialização na Espanha de seguros de títulos por parte da empresa London & European Protección de la Propiedad, cujas firmas irmãs já estão ativas no Reino Unido e na França. Veja nossa análise do papel do seguro de títulos em jurisdições com registros de direitos em “The role of title insurance in markets with registration of rights”, *supra*, nota 5.

[21] Analisamos pormenorizadamente esse fenômeno no âmbito da saúde pública espanhola, em Arruñada, “Bases para profesionalizar la sanidad pública”, *supra*, nota 7.

[22] Nesse sentido, o caso do Cuerpo de Letrados de la Dirección General de los Registros y del Notariado é educativo. Quando se criou o corpo, seus membros foram remunerados em soldo fixado em alto padrão, com a intenção de que ele fosse superior às receitas dos melhores registros. Parece lógica essa diferença, uma vez que consideramos tratar-se do corpo inspetor e, de fato, produtor da jurisprudência especializada no terreno imobiliário e societário. Todavia, em pouco tempo seu salário havia caído notavelmente, ao contrário da remuneração dos registradores, razão pela qual lhes foi oferecida uma compensação, que consistiu em conceder-lhes a possibilidade de escolher as melhores praças de notariados e registros, ao cabo de um certo número de anos de exercício como letrados, política que, além de gratuita para o orçamento, resultou eficaz até a supressão do corpo nos anos de 1980.

[23] Não se pretende aqui uma análise exaustiva dos problemas que o pagamento por serviço prestado estabelece. Eles têm merecido a atenção de muitos autores e têm sido objeto de inumeráveis polêmicas. Basta assinalar que uma das críticas habituais ao pagamento por serviço refere-se ao desânimo provocado na produção de efeitos externos positivos em virtude do caráter rígido da demanda, derivado de seu caráter quase forçoso.

[24] A medicina pública espanhola segue essa descrição desde finais dos anos de 1960, quando se expandiu rapidamente até os anos de 1980, quando se modificou o sistema de remuneração. Analisamos sua evolução no trabalho citado na nota 21.

[25] Para o desenvolvimento dessas idéias, o leitor interessado pode consultar nosso trabalho *Gestión de la competencia en el sector público*, *supra*, nota. 12.
