

III ENCONTRO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DO CONPEDI | MADRID / ESPANHA

08

Madrid/Espanha

2015

ORGANIZADORES

PROF. DR. RAFAEL PETEFFI DA SILVA

PROFA. DRA. CRISTINA AMUNÁTEGUI RODRIGUEZ

Direito Mercantil

Direito Civil

Direito do Consumidor

Novas Tecnologias

Aplicadas ao Direito

III ENCONTRO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DO CONPEDI | MADRID / ESPANHA

08

Madrid/Espanha
2015

ORGANIZADORES

PROF. DR. RAFAEL PETEFFI DA SILVA

PROFA. DRA. CRISTINA AMUNÁTEGUI RODRIGUEZ

Direito Mercantil

Direito Civil

Direito do Consumidor

Novas Tecnologias

Aplicadas ao Direito



Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

DIRETORIA – CONPEDI

Presidente: Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul: Prof. Dr. José Alcebiades de Oliveira Junior – UFRGS

Vice-presidente Sudeste: Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste: Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu – UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro: Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo: Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto: Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

CONSELHO FISCAL

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas – PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta – UFBA (suplente)

Representante Discente: Mestrando Caio Augusto Souza Lara – UFMG (titular)

SECRETARIAS

Diretor de Informática: Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação: Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais: Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional: Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica: Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos: Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional: Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

E56

Encontro de Internacionalização do CONPEDI (1. : 2015 : Madrid, ES)

III Encontro de Internacionalização do CONPEDI / Universidad Complutense de Madrid
[Recurso eletrônico on-line];

Organizadores: Rafael Peteffi da Silva, Cristina Amunátegui Rodriguez. – Madrid :
Ediciones Laborum, 2015.

V. 8

Inclui bibliografia

ISBN (Internacional): 978-84-92602-98-8

Depósito legal : MU 1210-2015

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Participação, democracia e cidadania na perspectiva do Direito iberoamericano

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Direito mercantil. 3. Direito civil. 4. Direito do Consumidor. 5. Novas tecnologias I. Encontro de Internacionalização do CONPEDI – Madrid/Espanha.

CDU: 34

APRESENTAÇÃO

Durante los días 7 a 9 de septiembre de 2015, celebramos en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, el III Encontro de Internacionalização do CONPEDI, en Madrid (España), sobre el tema “Participación, Democracia y Ciudadanía en la Perspectiva del Derecho Iberoamericano”.

La celebración del Encuentro de Madrid, se gestó durante el I Encuentro Internacional en la Universidad de Barcelona, coordinado por el Prof. Dr. Jordi García Viña, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UB.

Para la preparación del evento se nombraron dos coordinadores, por parte española, el Prof. Dr. Jose Luis Tortuero Plaza, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UCM, y por parte brasileña, la Profa. Dra. Clerilei A. Bier, del Departamento Administração Empresarial - Esag/Udesc.

Una vez recibido el beneplácito de las autoridades académicas de la UCM se procedió a nombrar un Comité organizar compuesto por:

Dr. Raúl Leopoldo Canosa Usera

Decano de la Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Constitucional.

Dra. Cristina Amunategui Rodríguez

Secretaria Académica de la Facultad. Departamento de Derecho Civil.

Dra. Carmen Otero García Castrillón

Vicedecana de Posgrado y Títulos Propios. Departamento de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado.

Dra. Rosario Cristóbal Roncero

Departamento Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Dra. Francisca Moreno Romero

Departamento Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Como es normal en estos eventos internacionales, los trabajos preparatorios fueron muy intenso tanto en Brasil como en España, donde colaboraron tanto el equipo de CONPEDI, como el equipo de colaboradores de la Profa. Bier.

La respuesta de los profesores doctores brasileños fue excelente, presentado más de 400 trabajos para su evaluación. Igualmente la respuesta de los profesores de la

Facultad de Derecho fue bastante razonable (alrededor de 50) teniendo en cuenta que las fechas elegidas eran tiempo no lectivo y que muchos profesores disfrutaban de sus vacaciones veraniegas.

También la crisis económica que se instalaba en Brasil, dificultó que muchos ponentes se trasladaran a Madrid. No obstante la participación fue bastante numerosa, 300 profesores brasileños y españoles de todas las ramas del Derecho se reunían en Facultad de Derecho de la UCM para exponer y discutir sobre los temas de mayor actualidad y relevancia jurídica y social! TODO UN ÉXITO!!.

Llegaba el día señalado. El Acto solemne de inauguración se celebró el día 7 de septiembre a las 18,00, se realizó en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho y al mismo asistieron 300 profesores, el Presidente del Consejo General de Graduados Sociales de España, Dr. Javier San Martín, la representación de la Embajada de Brasil en España, la Vicerrectora de Relaciones Institucionales y Gabinete del Rector de la UCM, Dra. Isabel Fernández Torres, así como todos los Presidentes de las distintas mesas de trabajo.

La Mesa presidencial estuvo compuesta por las siguientes autoridades:

Prof. Dr. Carlos Andradás Heranz

Rector Magnífico de la Universidad Complutense de Madrid.

Prof. Dr. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel

Presidente do Tribunal Constitucional Espanha.

Catedrático de Direito del trabajo y de la seguridade social da Universidade Complutense de Madrid.

Dr. Rafael Catalá

Ministro da Justiça da Espanha.

Prof. Dra. Carmen Otero Garcia- Castrillón

Vice-Decana Relaciones Internacionales e Interinstitucionales de la Facultad de Derecho – UCM.

Prof. Dr. Raymunto Juliano Rego Feitosa

Professor Adjunto Direito Tributario.

Presidente do CONPEDI.

Prof. Dr. Jose Luis Tortuero Plaza

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UCM
Coordinador Espanhol do Encontro.*

Tras las interesantes intervenciones de todos los participantes, se procedió a impartir la lección magistral inaugural a cargo del Presidente del Tribunal Constitucional de España, Dr. Francisco Pérez de los Cobos, que versó sobre “Los límites del control de constitucionalidad”.

Al finalizar, se procedió a entregar las placas de agradecimiento a los miembros del Comité organizador y al Coordinado español, Prof. Jose Luis Tortuero. Finalizando el acto con la llegada de la Tuna de la Facultad de Derecho para tocar y cantar el himno universitario por excelencia el “gaudeamus igitur”

Terminado el acto inaugural todos los participantes asistieron a un excelente cocktail en los jardines de la Facultad de Derecho, propiciándose un tiempo ideal para compartir y saludarse.

El martes, día 8, se celebraron los talleres de exposición y debate de las ponencias. Fueron siete talleres que durante todo el día (des las 9 h. hasta las 19 o 20 h.) profesores brasileños y españoles reflexionaron sobre los temas investigación de mayor actualidad en todas las Áreas jurídicas. Cada Taller inicio su andadura con la conferencia de un profesor español especializado en cada tema y de renombrado prestigio. La valoración final fue el alto nivel de los trabajos presentados y de los debates... TODO UN ÉXITO.

El encuentro finalizo el día 9 en el Congreso de los Diputados, donde al finalizar la interesante visita institucional y las fotos de recuerdo, nos reunimos en la Sala de Columnas para proceder a la Clausura del Encuentro. Las palabras de clausura correspondieron al Presidente de CONPEDI, Prof. Dr. Raymundo Juliano Rego Feitosa, y al coordinador español, Prof. Dr. Jose Luis Tortuero Plaza. La excelente conferencia de clausura corrió a cargo del Dr. Julio V. González García, Catedrático de Derecho Administrativo Universidad Complutense de Madrid, sobre el tema “Globalización, Democracia y Parlamento”.

El III Encuentro Internacional CONPEDI fue todo un éxito y recibió el apoyo y reconocimiento de todas las instituciones vinculadas al mundo jurídico, desde la academia, el Ministerio de Justicia, el Tribunal Constitucional y el Parlamento español. También participo la Embajada de Brasil en España. En definitiva nuestro Congreso y nuestro trabajo investigador tuvieron en España una extraordinaria relevancia.

Prof. Dr. José Luis Tortuero Plaza

Catedrático de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da UCM.

Profa . Dra. Clerilei A. Bier

Professora de Direito do Trabalho na Esag / Udesc.

Prof. Dr. Orides Mezzaroba

Secretário Executivo do CONPEDI.

SUMÁRIO

Direito Empresarial Contemporâneo: O Caso Banksy <i>Marisa Forghieri e Carlos A. Rohrmann</i>	7
Igualdade Substancial e Autonomia Privada no Código Civil Brasileiro de 2002 <i>Roxana Cardoso Brasileiro Borges e Emanuel Lins Freire Vasconcellos</i>	18
O Acordo de Leniência como Instrumento de Tutela da Defesa da Concorrência no Brasil <i>José Maria Ramos e Oksandro Gonçalves</i>	42
Prática de Cartel no Brasil: Um Estudo sobre as Decisões do CADE e o Perfil das Condenações por Cartel <i>Felipe Braga Albuquerque e Leonardo José Peixoto Leal</i>	66
Princípio Compétence-Compétence : Amplitude, Limitações e Aplicabilidade na Arbitragem Comercial <i>Ricardo Stersi dos Santos e Rafael Peteffi da Silva</i>	88
Simples Nacional: Análise da Constitucionalidade das Exclusões Setoriais <i>Guilherme Adolfo dos Santos Mendes</i>	107
Tributação da Transferência Financeira nas Operações Comerciais: Uma Alternativa Técnica para Substituição dos Impostos de Consumo <i>Mário Jorge P. C. Lima</i>	130
Zona Livre de Arbitragem: Brasil para o Primeiro Mundo <i>Luiz Carlos Barnabé de Almeida e Mardônio da Silva Girão</i>	144

DIREITO EMPRESARIAL CONTEMPORÂNEO: O CASO BANKSY

MARISA FORGHIERI

Psicóloga clínica e gestora, com Pós-Doutorado em Psicologia Social e do Trabalho da USP, Doutora em Psicologia Clínica pela PUC-SP, Mestre em Psicologia do Desenvolvimento pela USP, graduada em Psicologia pela PUC-SP, Professora Titular da Universidade Paulista e Docente Permanente do Programa de Mestrado em Direito Empresarial da Faculdade de Direito Milton Campos.

CARLOS A. ROHRMANN

Doutor em Direito pela Universidade da Califórnia em Berkeley. Professor de Direito Virtual e de Direito Empresarial da Faculdade de Direito Milton Campos. Professor titular e Diretor da Faculdade de Administração Milton Campos. Coordenador-Geral da Pós-Graduação das Faculdades Milton Campos e Coordenador Didático do Mestrado em Direito Empresarial da Faculdade de Direito Milton Campos. Mestre em Direito pela Universidade da Califórnia em Los Angeles – UCLA. Mestre em Direito Comercial para UFMG. Bacharel em Direito (FDMC) e em Ciência da Computação (UFMG). Membro da Academia Mineira de Letras Jurídicas, titular da Cadeira Acadêmica número dezesseis, patrono Raul Soares de Moura. Procurador do Estado de Minas Gerais. Advogado.

Resumo

O Direito empresarial e as grandes galerias de arte são provocados pela obra do artista inglês Banksy; este ensaio discute as novas perspectivas para os artistas urbanos e para o Direito empresarial na contemporaneidade. Este texto apresenta, sob uma perspectiva interdisciplinar, algumas áreas de aplicação do direito de empresa, especialmente quanto à proteção, ou não, da propriedade intelectual, no caso da arte urbana. O artigo apresenta o caso Banksy e suas obras em ambientes urbanos, ora públicos, ora privados, e, a partir de uma revisão histórica sobre a proteção da propriedade intelectual, ainda que se trate da proteção de uma obra de arte, analisa os desafios que a inusitada criação do autor Banksy coloca para o direito de empresa.

Palavras-chave

Direito Empresarial; Banksy; Arte urbana; Propriedade intelectual.

Abstract

The interaction between business law and art galleries is hit by the work of the English artist Banksy. This article addresses new prospects for urban artists and business law

in contemporary times. This paper presents, under an interdisciplinary perspective, some areas of application of business law, especially the protection, or not, of intellectual property, in the case of urban works of art. The article presents the case Banksy and his work in the urban environment, sometimes in public property, sometimes in private buildings, and, from a historical review of the protection of intellectual property, especially in the case of protection of a work of arts, this text examines the challenges that the unusual creation of Banksy presents to contemporary business law.

Key words

Business Law; Banksy; Urban art; Intellectual property.

1. Introdução

A arte contemporânea vem sendo discutida e analisada sob diversas perspectivas. Saturada e deslocada, transcendendo o espaço expositivo clássico, a arte exige do expectador um novo modelo para a sua compreensão. (CAUQUELIN, 2005).

Variadas e renovadas propostas artísticas são expostas em importantes museus e galerias, pelo mundo. Tais galerias, de modo objetivo e, ao mesmo tempo, subjetivo, elegem os artistas e as tendências que representam e caracterizam um tipo de vanguarda. Ninguém imaginou ou previu, entretanto, que uma potente manifestação de vanguarda seria uma provocação ou, por assim dizer, uma livre contribuição para o acervo da Tate Gallery.

Em 2003, o artista inglês Banksy entrou na Tate Gallery e ali colou o seu quadro, comprado em uma feira de antiguidades de Londres - uma pintura a óleo sem assinatura sobre a qual ele aplicou uma faixa de isolamento de ocorrência policial. Essa instalação durou duas horas, devido à cola de má qualidade (BANKSY, 2005), e foi fotografada pelo artista. Anos mais tarde, mesma a Tate Gallery comprou, por uma quantia não divulgada, uma obra de Banksy, incluindo-a em seu acervo permanente.

Banksy é um artista urbano que, além de trabalhar com arte de estêncil e grafite nas ruas, decidiu colocar sua obra em um espaço anteriormente reservado apenas para um restrito grupo de artistas.

A Arte que admiramos é feita por apenas uns poucos escolhidos. Um pequeno grupo cria, promove, comercializa, exhibe e decide seu sucesso. Apenas poucas centenas de pessoas em todo o mundo têm realmente a palavra. Quando se vai a uma galeria de Arte, você é apenas um turista olhando a sala de troféus de alguns milionários. BANKSY, 2005.

A intervenção de Banksy na Tate criou uma nova perspectiva para se reagir, pensar e compreender a arte contemporânea, bem como os direitos próprios dos artistas e das galerias de arte.

O talento único de Banksy o coloca à frente de um movimento totalmente novo no mundo das artes: a arte de rua – ou arte urbana. Em 2010 a revista Time o incluiu no ranking das cem pessoas mais influentes do mundo, junto a personalidades como Barak Obama e Steve Jobs. Banksy mandou uma foto de si mesmo com um saco reciclável cobrindo seu rosto; ele é o único artista do século XXI que é famoso e desconhecido, ao mesmo tempo.

Para além da proposição de um novo paradigma para se pensar a arte contemporânea e seus espaços expositivos, Banksy também questiona a uniformização dos espaços públicos, em nome de um padrão entediante de higiene.

Quais as fronteiras entre o espaço público, suporte da arte urbana, e os espaços expositivos tradicionais? Como uma obra de arte urbana, que tem como suporte um muro, pode ser vendida em uma galeria? Como se dá a autenticação dessas obras? Como o espaço público pode ser renovado por meio da arte? Qual proteção, se é que o autor deseja alguma, o direito confere às obras?

A seguir, trazemos imagens com alguns exemplos das obras de Banksy, no espaço urbano.



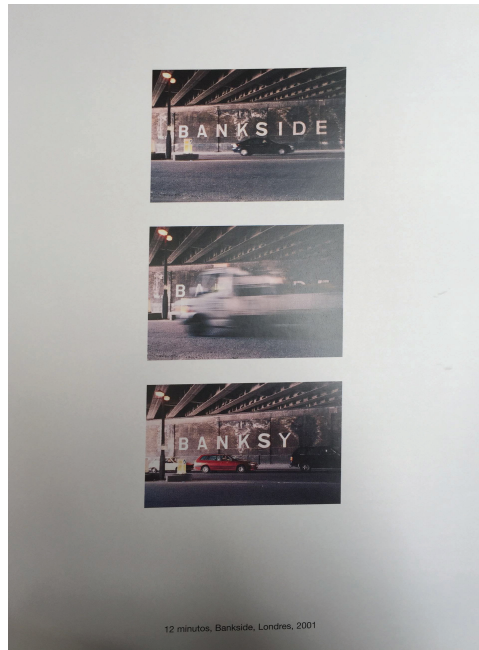
BANKSY. *Guerra e Spray. Mona Lisa*, p. 27



BANKSY. *Guerra e Spray*. Palestina, p. 71



BANKSY. *Guerra e Spray*. Boring p. 127



BANKSY. *Guerra e Spray*. Bankside, p. 7

2. Direito Empresarial Contemporâneo, Propriedade Intelectual e Arte Urbana

Uma vez que um dos mais interessantes aspectos que o direito contemporâneo se interrelaciona com o movimento da arte urbana é a valorização do local onde a arte é inserida por meio do acréscimo à propriedade, invocaremos a proteção ao direito de propriedade intelectual.

Analisaremos o direito que protege a propriedade intelectual após uma resumida pesquisa acerca do direito de propriedade, propriamente dito. Vamos buscar uma base nas origens do instituto no próprio direito romano.

O direito de propriedade¹ é constitucionalmente protegido pela Constituição da República de 1988 e também pelo Código Civil brasileiro.

1 CR-88, art 5º, *caput* e incisos XXII e XXIII, *verbis*:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social”.

O Código Civil de 2002, na esteira do Código Civil de 1916, não define o direito de propriedade, apenas enumera os direitos do proprietário (usar, gozar, dispor e o direito de reaver, reivindicar a coisa de quem quer que a possua ou detenha injustamente).²

Pode-se buscar a origem dos direitos do proprietário no direito romano, ou, mais especificamente, no *Corpus Iuris Civilis*.³

O *Corpus Iuris Civilis*, que foi escrito em Constantinopla, muito depois da queda do Império Romano do Ocidente, quando Justiniano era o imperador do Império Romano do Oriente – Império Bizantino.⁴ A sua edição foi uma tentativa, por parte do Imperador, de resgatar o esplendor do direito romano.

O direito de propriedade, no direito romano, era visto como o “direito que liga o homem a uma coisa”. Por se tratar de um direito potencialmente absoluto, o direito de propriedade possibilitaria, ao seu titular, retirar da coisa todo o uso e toda a utilidade possíveis.⁵ Houve, mesmo no direito romano, ao longo dos anos, uma evolução no sentido de se tornar o direito de propriedade menos individualista e mais social.

Uma análise da definição romana do direito de propriedade como o direito que dá a ligação do homem à “coisa” decorre como o direito de propriedade estava intimamente associado ao caráter tangível do seu objeto.

Lembre-se de que o termo “coisa” corresponde ao termo *res* do latim, o qual, no sentido estrito, refere-se apenas àquelas que são dotadas de existência física, embora doutrinadores apontem para dúvidas, dentro do direito romano, quanto à possibilidade de *res* referir-se também a “outras entidades relevantes para o direito”.⁶ Todavia, como se depreende da lição do prof. Cretella Júnior, transcrita a seguir, não se poderia dizer que o termo jurídico *res* teria chegado a abranger, no direito romano, as obras do espírito humano: “Nunca, porém, a mentalidade prática e concreta do romano chega a rotular como *res* certas entidades imateriais como serviços, prestações pessoais, obras do espírito humano, irredutíveis a algo material”.⁷

2 Código Civil, art. 1228, *caput*:

“Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reaver-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.

3 Cf. CRETELLA JÚNIOR, 1995.

4 A versão do *Corpus Iuris Civilis* utilizada para a nossa consulta e para a nossa pesquisa é uma tradução do original, em latim, para o inglês: SCOTT, S. P. *The civil law including the Twelve Tables, the Institutes of Gaius, the Rules of Ulpian, the Opinions of Paulus, the Enactments of Justinian, and the Constitutions of Leo*. Cincinnati: Ed. The Central Trust Company, v. 1.

5 CRETELLA JÚNIOR, 1995, p. 169.

6 *Ibid.*, p. 151:

O vocábulo *res* é tomado ora em sentido restrito, designando apenas o que cai sob os sentidos – tudo que tem existência real, no mundo concreto, ora tal sentido é alargado pelas investigações e exigências dos juristas a ponto de abranger a *res incorporales*.

7 *Ibid.*, p. 151.

A evolução do direito de propriedade aponta uma primeira fase como sendo um direito voltado, principalmente, para o bem tangível, especialmente com vista à proteção dos bens imóveis.

O direito de propriedade sobre os bens móveis, inicialmente uma consequência lógica do direito sobre os imóveis, tornou-se mais elaborado ao longo da Idade Média e da Idade Moderna.

Por fim, foi somente há menos de trezentos anos que surgiu a proteção específica do direito da propriedade intelectual, com a edição das primeiras leis de *copyright* na Grã-Bretanha, como se verá adiante.

Nota-se que no texto do *Corpus Iuris Civilis* também há referências ao direito sobre a “propriedade incorpórea”. Todavia, tal direito referia-se mais a “direitos”, como o direito de herança e os direitos de usufruto⁸ e de servidão⁹, do que a direitos sobre propriedades intelectuais, como os direitos autorais e as patentes.

Curiosamente, apesar de a edição de lei de *copyright* somente ter surgido no final da Idade Média, um estudo mais aprofundado do *Corpus Iuris Civilis* aponta para algumas manifestações da presença do embrião do Direito da Propriedade Intelectual no direito romano.

Tal manifestação está presente no trecho do *Corpus Iuris Civilis* que trata da chamada *accessio física*. A princípio, é considerado bem imóvel tudo aquilo que o homem incorporar definitivamente ao solo, uma vez que o *Corpus Iuris Civilis* determina que, por exemplo, a planta originada da semente lançada à terra pertence ao “dono da terra”, ainda que a semente seja de terceiro. Ou seja, tudo aquilo que o homem incorporar permanentemente ao solo pertence ao dono do solo como um bem imóvel (ainda que proveniente de terceiro, com direito a indenização em certos casos).¹⁰

O interessante é que o *Corpus* vai além do exemplo da semente e preceitua que até mesmo os escritos de terceiros devem pertencer ao dono do papel, e não àquele que redigiu o texto:

(33) O escrito, também, ainda que se pense em escrito de ouro, pertence ao papiro, assim como as edificações e as plantas pertencem ao solo; e, conseqüentemente, se Titius tiver escrito um poema, uma estória ou um discurso, no seu papiro, você, e não Titius, há de ser considerado como o dono do escrito.¹¹ (tradução nossa)

8 *Corpus Iuris Civilis*, ed. cit., Título II, itens 1 e 2, v. 2.

9 *Ibid.*, item 3 e Título III.

10 Assim também dispõe o art. 79 do Código Civil Brasileiro. Ressalta-se que o revogado Código Civil de 1916 era mais específico ao tratar, em seu art. 43, da “semente lançada ao solo” como um bem imóvel (trata-se de uma redação, digamos, mais próxima daquela do direito romano, adotada pelo texto do *Corpus Iuris Civilis*).

11 *Corpus Iuris Civilis*, ed. cit., Título I, item número 33, v. 2.

Apesar desta regra geral da propriedade, seja por acessão física, no caso da semente lançada à terra, ou, ainda, no caso das edificações, seja por acessão intelectual, no caso do escrito em papel de outrem, há algumas exceções no *Corpus Iuris Civilis*. Cuida-se de algumas dúvidas que são levantadas em hipóteses de pinturas, o que pode corresponder ao início do reconhecimento do direito de propriedade intelectual ou da proteção jurídica das chamadas “obras do espírito”, conforme se depreende do texto que segue imediatamente ao número (33), transcrito anteriormente:

(34) Quando alguém pinta na tela de outrem, algumas pessoas pensam que a tela deveria pertencer à pintura, e outros são de opinião que a pintura, seja de que tipo for, é parte da tela. Parece-Nos (sic) preferível que a tela deva pertencer à pintura, uma vez que seria ridículo que uma pintura de Apelles ou de Parrhasius pudesse ser considerada a adição a uma tela. Assim, se uma pessoa estiver na posse de uma tela e o artista que a pintou resolve demandá-la, se este último não estiver disposto a pagar o preço da tela, ele pode ser impedido com base na fraude; mas se ele, que a pintou, estiver de posse dela, decorrerá que uma ação pode ser ajuizada contra ele pelo dono da tela, de forma que, se não pagar o preço da pintura, em todos os casos, ele também poderá ser impedido por uma exceção com fundamento na fraude; se ele, quem a pintou, obteve a posse da tela em boa-fé, é evidente que, se o artista ou qualquer terceiro adquirir a tela sub-repticiamente, o seu dono terá um direito de ação por furto.¹² (tradução nossa)

Assim, pode-se concluir que até mesmo Justiniano já admitia que seria um erro considerar sempre que ao dono da tela pertenceria a pintura (é interessante que também o revogado Código Civil Brasileiro de 1916, em seu art. 62, excepcionava a pintura em relação à tela, como benfeitorias acessórias). Esta regra demonstra a importância da propriedade intelectual como algo que se desprende de seu suporte físico. Em outras palavras, caso alguém seja dono do suporte físico onde está alguma propriedade intelectual, isto não lhe confere, por si só, algum direito de propriedade sobre a obra intelectual, ou a “obra do espírito”.

O direito da *Common Law*, por seu turno, como um sistema bem menos elaborado e bem menos abstrato do que o direito romano, cuidou do direito de propriedade de duas formas, a “propriedade real” que se referia à terra e a “propriedade pessoal” que tratava dos bens móveis.¹³

A “propriedade real” da *Common Law*, dada a sua grande importância durante a Idade Média, por ser o local onde as pessoas moravam e dela retiravam o seu sustento,

¹² *Ibid.*, n. 34.

¹³ Cf. BAKER, 1990.

seja pela agricultura, seja pela criação de animais, era regulamentada pelo regime feudal (*feudal tenure*). O direito do regime feudal de propriedade (*feudal tenure*), que era bastante complexo, dados os direitos e as obrigações dos senhores feudais e dos servos que habitavam a terra.¹⁴

O direito que regulamentava a “propriedade pessoal” da *Common Law*, por seu turno, foi bastante singelo, devido à falta de valor econômico dos bens móveis durante a Idade Média (o que era explicado pelo feudalismo e a excessiva valorização da terra, além do fato de a atividade comercial ter sido relativamente pequena durante o período feudal na Grã-Bretanha). É claro que mesmo durante o feudalismo já se desenvolvia o direito de propriedade sobre bens móveis na Grã-Bretanha, mas foi com o advento da Revolução Industrial que o direito de propriedade pessoal, ou o direito de propriedade sobre os bens móveis consolidou-se.

A *Common Law* adotou o termo *chattels*¹⁵ para o bem móvel (um termo que tem origem na língua francesa) e, segundo o regime da *Common Law*, o direito de propriedade sobre um *chattel* começava pela sua criação ou pela feitura de uma coisa nova. Trata-se da aplicação da teoria romana da *specificatio*, segundo a qual a coisa pertence ao seu fabricante, àquele que, com as suas mãos, fez a coisa.

Assim como o direito da propriedade móvel decorreu da evolução do feudalismo e, principalmente, da grande mudança trazida pelo comércio e pela Revolução Industrial, o Direito de Propriedade Intelectual também surgiu como decorrência da técnica, ou, mais especificamente, do surgimento da imprensa.

O primeiro direito de “*copyright*” foi conferido por um decreto real em 1556, na Grã-Bretanha, pouco após o advento da imprensa.¹⁶ Há discussões na doutrina no que se refere à existência de outros decretos semelhantes e anteriores a esse, o que não invalida a importância do decreto de 1556.¹⁷

A primeira lei inglesa que regulamentou o *copyright* foi o *Statute of Anne*, passada pelo parlamento britânico em 1710. Esta lei conferia aos autores o direito exclusivo sobre as suas obras, por um prazo de quatorze anos, renováveis por outro período de mais quatorze anos.

Deslocando de Justiniano e do direito comum da Inglaterra da Idade Média para a contemporaneidade, deparamo-nos com um interessante conflito que se apresenta para a proteção à propriedade intelectual. Como e o que proteger no caso da arte urbana? Qual

14 *Ibid.*, p. 255.

15 *Ibid.*, p. 428.

16 Cf. MERGES, 1997.

17 *Ibid.*, p. 321.

a propriedade a ser protegida pelo direito e a qual custo? O autor comete uma ilegalidade ou não ao expressar sua arte em prédios de terceiros, sejam públicos ou privados?

É interessante destacar que o próprio Banksy estampa em seu livro a provocação “copyright is for losers”, em uma provocação à ideia da propriedade intelectual. Ademais, quando Banksy pinta em certos locais ele sabe que a chance de a pintura ser apagada pelo dono do prédio existe. Tal probabilidade, por outro lado, tende a diminuir ao longo do tempo porque as obras de Banksy têm alcançado considerável exposição e consequente valorização, o que torna um “prêmio” para o dono do prédio receber as ilustrações, ainda que, em certos casos ou certos momentos, até mesmo provocativas, do artista.

A primeira interpretação do direito da propriedade intelectual é no sentido de proteger o autor da obra. Curiosa a situação fática de Banksy quando o próprio autor compartilha sua obra com o grande público, de certa forma “abrindo mão”, despojando-se de seus direitos de autor sobre as suas criações.

Um argumento que também poderia ser trazido à análise é a possibilidade do “enriquecimento sem causa” do dono do prédio quando ele se apropria da obra de Banksy e a vende para uma galeria de arte por soma expressiva. Todavia, por outro lado, teríamos que considerar também a renúncia do autor ao seus direitos de propriedade intelectual sobre a obra, ou até mesmo uma espécie de “doação implícita” dos direitos materiais sobre a criação em prol do dono do prédio. Não adentraremos aqui na análise dos direitos morais do autor Banksy sobre a obra, por entendê-los fora do escopo deste artigo.

3. Conclusões

A contemporaneidade comporta novas manifestações de arte urbana que não só inovam ao apresentarem criações do espírito originais e muito criativas como também ao desafiam certos pressupostos do direito da propriedade intelectual.

Ao produzir e publicizar obras de grande valor no espaço público, Banksy de certa forma renuncia aos seus direitos autorais. Ao mesmo tempo, galerias de arte podem pagar vultosas quantias para o dono do prédio no qual a obra foi fixada pelo autor sem muito interesse na proteção intelectual futura. A obra passa a ser de “propriedade” do acervo da galeria de arte, sem qualquer remuneração para o autor.

Tomando o direito de propriedade intelectual como ramo do direito que protege as criações do espírito e que tem como norte a proteção do autor, sob tal perspectiva, um tanto tradicionalista, pode-se dizer, nos dias de hoje, a interpretação é toda construída em favor de Banksy como autor. Ocorre que, quando o próprio autor não se preocupa com a sua obra e pouco se importa com a futura comercialização da mesma, pelo dono do prédio, a velha construção justiniana de acessão perde importância no caso concreto.

Concluimos com duas interessantes frases de Banksy acerca do copyright e do direito sobre as suas criações, expressas em obras por ele grafitadas em Londres e reproduzidas em seu livro, “copyright is lor losers” e “I fought the law and I won...”.

4. Referências

- BAKER, J. H. *An introduction to English legal history*. 3. Ed. Londres: Butterworths, 1990.
- BANKSY. *Wall and peace*. Londres: Century, 2005.
- _____. *Guerra e Spray*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2012.
- CAUQUELIN, A. *Arte contemporânea*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- CRETELLA JÚNIOR, J. *Curso de direito romano*. 18. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- ELLSWORTH-JONES, W. *Banksy: the man behind the wall*. New York: St. Martin's Press, 2012.
- JAMESON, F. Pós-modernidade e sociedade de consumo. In: *Revista Novos Estudos* no. 12. São Paulo, CEBRAP.
- MERGES, Robert P. et al. *Intellectual property in the new technological age*. New York: Aspen & Law Business, 1997.
- SCOTT, S. P. *The civil law including the Twelve Tables, the Institutes of Gaius, the Rules of Ulpian, the Opinions of Paulus, the Enactments of Justinian, and the Constitutions of Leo*. Cincinnati: Ed. The Central Trust Company, v. 1.

IGUALDADE SUBSTANCIAL E AUTONOMIA PRIVADA NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002

ROXANA CARDOSO BRASILEIRO BORGES

Doutora em Direito das Relações Sociais (Direito Civil) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP-2003), Mestre em Instituições Jurídico-Políticas (Direito Ambiental e Civil) pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC-1999), Bacharela em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSal – 1996), Professora Associada de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, onde leciona no Doutorado, no Mestrado e na Graduação, Professora Adjunta na Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Bahia, Professora no Centro Universitário Estácio da Bahia (Estácio Fib), atua nas áreas de Direito Civil, Direito Ambiental, Metodologia da Pesquisa e Bioética e Biodireito.

EMANUEL LINS FREIRE VASCONCELLOS

Aluno do Doutorado em Direito e Mestre em Direito (2012) pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Professor substituto de Direito Civil da Faculdade de Direito da UFBA. Coordenador Acadêmico do curso de Direito e Professor de Direito Civil da Faculdade Ruy Barbosa (*campus Paralela*). Advogado.

Resumo

Sob o influxo da corrente doutrinária que propugna a constitucionalização do Direito Civil, ampliou-se a discussão sobre a função promocional do Código Civil de 2002 no que diz respeito à igualdade substancial. Neste trabalho, busca-se analisar os instrumentos oferecidos pelo novel codificação para a efetivação da aludida igualdade, em contraposição à proteção da igualdade formal erigida pelas codificações oitocentistas e, no Brasil, pelo Código Civil de 1916. Situado historicamente em um período de afirmação de direitos prestacionais e construído com base em diretrizes distintas da codificação brasileira de 1916, o novo Diploma Civil pátrio apresenta, mesmo que de forma tímida e insuficiente, instrumentos idôneos à concretização da aludida igualdade substancial, que se encontram esquecidos por expressivo contingente doutrinário em virtude da valorização em demasia do fenômeno chamado constitucionalização do direito.

Palavras-chave

Autonomia privada; Igualdade substancial; Constitucionalização do direito; Sincretismo metodológico; Defeitos do negócio jurídico.

Abstract

Under the influence of doctrinal current that advocates the constitutionalization of civil law, expanded the discussion on the promotional role of the Civil Code of 2002 with regard to substantive equality. In this paper, we try to analyze the instruments offered by the novel encoding for the realization of the aforementioned equality, as opposed to the protection of formal equality erected by the nineteenth-century encodings, and in Brazil, the Civil Code of 1916. Located historically in a statement period prestacionais rights and built based on different coding guidelines of the Brazilian 1916, the new Civil Diploma features, even if timid and insufficient, suitable instruments to the achievement of the aforementioned substantive equality, which are forgotten by significant doctrinal contingent because of valuation in excess of the phenomenon called constitutionalization of law.

Key words

Civil autonomy; Substantial equality; Constitutionalization of law; Methodological syncretism; Legal addictions.

1. Introdução

O projeto oitocentista de realização da igualdade por intermédio da liberdade econômica revelou-se frustrado pela história, que viu o liberalismo econômico acentuar a concentração de riqueza nos países ocidentais. Como consequência, o Direito Civil passou por profunda reformulação com o advento do Estado Social, decorrente especialmente da constitucionalização do direito e da intervenção crescente do Estado na esfera privada. A liberdade econômica sofreu expressiva limitação, ao tempo que os institutos jurídicos do Direito Civil passaram a ser interpretados em conformidade com a Constituição.

Partindo desse pressuposto, tomou corpo a doutrina do que se convencionou denominar de Direito Civil-Constitucional, que põe acento na questão da igualdade substancial no âmbito do Direito Civil, em contraposição à igualdade formal de outrora.

Essa construção doutrinária, naturalmente, não está imune a críticas. Considerável parcela da doutrina civilista se insurge contra os excessos do Direito Civil Constitucional, tendo por base, essencialmente, a crítica ao sincretismo metodológico, ao uso indistinto de instrumentos nem sempre compatíveis com o Direito Civil e ao abandono dos institutos civis para a solução de conflitos da contemporaneidade.

Assim, expressa-se a importância de se considerar as peculiaridades do Direito Privado (e, em especial, do Direito Civil), que não podem ser ignoradas em função do fenômeno da constitucionalização, posto que a Constituição Federal, malgrado figure, na condição

de vértice do sistema jurídico, como ponto de partida para a interpretação do Direito Civil, não possui o condão de anular os institutos jurídicos próprios do Direito Privado.

O presente *paper* surge, portanto, de um conjunto de reflexões que parte das contribuições teóricas já desenvolvidas pelo campo do *Direito Civil Constitucional* referentes ao tema da igualdade substancial e a sua relação com a autonomia privada, mas reconhece a pertinência das críticas ao excesso desse campo de pensamento¹, especialmente no que se refere ao sincretismo metodológico e ao abandono das soluções oferecidas pela própria codificação civil para a solução de problemas que envolvam algum grau de desigualdade fática.

Deste modo, este artigo intenta analisar especificamente a relação entre autonomia privada e igualdade substancial no Código Civil brasileiro de 2002 (CCB), analisando os instrumentos oferecidos por este diploma legal para a concretização da igualdade substancial.

Neste sentido, o primeiro capítulo é dedicado a uma breve exposição da dicotomia público-privado, mormente para se contextualizar as contribuições do Direito Civil Constitucional e as críticas tecidas pelo campo que se autodenomina Direito Civil Contemporâneo.

O segundo capítulo trata da autonomia privada e da liberdade no Direito Civil, partindo de uma breve menção ao projeto oitocentista de autonomia da vontade para chegar à concepção atual de autonomia privada.

O terceiro capítulo tem por objeto a análise do princípio da igualdade substancial no paradigma teórico do Direito Civil Constitucional. Mesmo sem adentrar especificamente nas diferentes teorias sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais (o que escaparia ao objetivo do presente artigo), parte-se da premissa que o elemento teórico essencial para a concretização do princípio da igualdade substancial neste campo de pensamento é a aplicação *direta* dos direitos fundamentais nas relações privadas, culminando por desprivilegiar ou, até mesmo, abandonar os institutos próprios do Direito Civil idôneos à concretização da aludida igualdade.

O quarto capítulo traz, por conseguinte, as críticas ao Direito Civil Constitucional que, no que alude particularmente à igualdade substancial, parecem mais vigorosas. Neste sentido, privilegia-se a identificação da análise *interna* e *externa* do Direito (ou do fenômeno jurídico), verificando-se que a interpretação do Direito Civil a partir de instrumentos e

1 As críticas apresentadas no presente *paper* sustentam-se, basicamente, nas formulações do Professor Otávio Luiz Rodrigues Junior, que organiza, juntamente com outros civilistas, a *Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo*. Neste sentido, cf. <www.direitocivilcontemporaneo.com>, <www.direitocivilcontemporaneo.com> e <www.conjur.com.br/secoes/colunas/direito-civil-atual>.

institutos próprios da codificação brasileira de 2002 não prescindem de valores e mesmo de uma análise econômica incipiente, mas, isto sim, localiza estes elementos como *externos* ao fenômeno jurídico.

Por fim, o último capítulo dedica-se a tecer uma breve e ilustrativa análise – não se pretenderia esgotar o assunto nas escassas linhas do presente *paper* – de alguns institutos próprios do Código Civil de 2002, relacionando-os com os princípios da igualdade e da autonomia privada.

2. A Dicotomia Público-Privado

No campo jurídico e político, é corriqueira a distinção entre *público* e *privado*. Dentre os vários critérios possíveis para se efetuar a distinção, a ideia mais básica, no Direito, é aquela segundo a qual o *direito público* seria aquele destinado a regular as relações entre o Estado e os cidadãos, ou entre os próprios entes estatais; o *direito privado*, por seu turno, constituir-se-se na regulamentação das relações estabelecidas entre particulares.

Sobre o tema, Bobbio (2011) estabelece uma delicada confluência de disciplinas – direito, ciência política, filosofia e história das ideias – para apresentar teoricamente esta grande dicotomia que baliza o pensamento político-jurídico clássico e contemporâneo, cuja origem remonta a passagens do *Corpus Iuris (Institutiones, I, I, 4; Digesto, I, I, I, 2)*, em que a dupla de termos público/privado fez seu ingresso na história do pensamento político e social do Ocidente.

O direito público e o privado constituíram, na Escola de Exegese, dois ramos estanques e rigidamente compartimentados (TEPEDINO, 2000). Na linguagem jurídica, a preeminência da distinção entre direito público e privado sobre todas as outras, a constância do uso nas diversas épocas históricas, a sua força inclusiva, foram tão expressivas que levaram Radbruch a considerar os conceitos de direito privado e de direito público inclusive como duas categorias *apriorísticas* do pensamento jurídico (BOBBIO, 2011).

Bobbio (2011) pontua que os dois termos de uma dicotomia podem ser definidos um independente do outro, ou então apenas um deles é definido e o outro ganha uma definição negativa (neste segundo caso, diz-se que o primeiro é o termo forte e o segundo o termo fraco). De acordo com o pensador italiano, a definição de direito público e privado é um exemplo do primeiro caso, mas dos dois termos o mais forte é o primeiro, na medida em que frequentemente de *privado* pode ser definido como *não-público*, raramente o contrário.

Ademais, os dois termos de uma dicotomia se condicionam reciprocamente, no sentido de que se reclamam continuamente um ao outro: na linguagem jurídica, a escritura pública remete imediatamente por contraste à escritura privada e vice-versa; na linguagem

comum, o interesse público determina-se imediatamente em relação e em contraste com o interesse privado e vice-versa. No interior do espaço em que os dois termos se delimitam, a partir do momento em que este espaço é totalmente ocupado, eles, por sua vez, delimitam-se reciprocamente, no sentido de que a esfera do público chega até onde começa a esfera do privado e vice-versa. Um dos lugares-comuns do secular debate sobre a relação entre a esfera do público e do privado é que, *aumentando a esfera do público, diminui a do privado*, sendo igualmente válido o contrário; uma constatação que é geralmente acompanhada e complicada por juízos de valor contrapostos.

De fato, a originária diferenciação entre o direito público e o privado é acompanhada pela afirmação da supremacia do primeiro sobre o segundo. Relevante doutrina, contudo, insurgiu-se contra a *apriorística supremacia do interesse público sobre o privado*, de modo a inaugurar um novo marco na discussão do tema (SARMENTO, 2010; BARROSO, 2011).

Para Bobbio, a relevância conceitual e também classificatória – senão axiológica – da dicotomia público/privado está no fato de que ela compreende, ou nela convergem, outras dicotomias tradicionais e recorrentes nas ciências sociais, que a completam e podem inclusive substituí-la.

Nada obstante, ao longo dos séculos alternou-se o primado do público sobre o privado e o primado do privado sobre o público (FACCHINI NETO, 2010; BOBBIO, 2011), ao tempo que ocorre, simultaneamente, uma relativização da rígida dicotomia com os fenômenos da privatização do público e de uma paralela publicização do privado. Este último fenômeno se torna muito evidente com o que parte da doutrina jurídica convencionou denominar “constitucionalização do Direito Civil”.

3. O Direito Civil Oitocentista e o Paradigma da Liberdade e da Autonomia Privada

Dentre as flutuações históricas em que o direito público ora prevalecia, ora não (quando predominava o direito privado), cumpre destacar o papel das codificações produzidas no século XVIII. Neste período, o Direito Público passa a ser visto como o ramo do Direito que disciplina o Estado, ao tempo que o Direito Privado é tido como o ramo do Direito que disciplina a Sociedade Civil, marcando uma rígida separação entre ambos. As relações privadas são estruturadas a partir de uma concepção de propriedade absoluta e de uma plena liberdade contratual (espaços que o Direito Público não deveria atingir), positivada em todos os Códigos Civis neste primeiro ciclo das codificações. A característica central deste período histórico é que o direito se torna *estatal* (pois o legislador passa a se ocupar de forma sistemática e abrangente do Direito Privado) e *burguês* (pois o Direito Privado passa a espelhar a ideologia, os anseios e as necessidades da classe socioeconômica

em ascensão em praticamente todos os Estados ocidentais (FACCHINI NETO, 2010, p. 41-2).

A autonomia da vontade (depois aperfeiçoada como autonomia privada) figurava como instituto central no Direito Civil estatal e burguês oitocentista, posto que essencial para viabilizar a livre aquisição e circulação de riquezas. Em uma ordem normativa que protegia, essencialmente, interesses patrimoniais, assegurar a liberdade de contratar e a igualdade formal de posições entre os figurantes de um negócio jurídico era premissa indispensável.

Nada obstante, não constitui tarefa fácil definir o que seria autonomia privada, como bem reconhece Pietro Perlingieri (2002, p. 17), que a conceitua da seguinte forma:

Querendo tentar uma definição inicial e considerando-a como mero ponto de partida para os sucessivos desenvolvimentos críticos, pode-se entender por “autonomia privada”, em geral, *o poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas (...) como consequência de comportamentos – em qualquer medida – livremente assumidos.* (grifos nossos)

Essa concepção viabiliza a liberdade de regular por si as próprias ações, permitindo aos indivíduos envolvidos em um comportamento comum determinar as regras daquele comportamento por meio de um acordo de vontades. Tal posição, malgrado simbolize um quadro ideal e tenha uma quase ausência de realização histórica plena, exerceu importante influência no pensamento jurídico e na praxe, colocando-se como a marca do valor da liberdade individual (PERLINGIERI, 2002, p. 17).

Essa formulação, essencial no período do Estado Moderno ou Liberal, foi essencial à viabilização do liberalismo econômico, dando pouca ou nenhuma importância, no âmbito do Direito Civil, para o tema da igualdade (SARMENTO, 2008; PERLINGIERI, 2007; FACCHINI NETO, 2010). Daí ser corrente afirmar que, nesse período, prevalecia o “ter” em detrimento do “ser”.

Segundo Ana Prata, a autonomia da vontade – geralmente utilizada como sinônimo de autonomia privada – pressupõe *o poder que a vontade livremente expressa tem de criar, modificar e extinguir relações jurídicas, dentro dos limites legais* (1998, p. 113).

De forma criteriosa, Roxana Borges (2005) cuida de distinguir os conceitos de autonomia jurídica individual (faculdade de realizar condutas lícitas, posto não proibidas) e autonomia privada (liberdade negocial), diferenciando, em seguida, a concepção clássica de autonomia da vontade (vontade como fonte de direito) e autonomia privada (vontade lícita, ou conforme ao direito, como fonte criadora de relações jurídicas). Essencial, para a autora, é conceber a possibilidade de exercício da autonomia privada em negócios jurídicos não contratuais, isto é, onde o objeto do negócio não tenha conteúdo patrimonial (pelo

menos direto). A *limitação à vontade onipotente* (construção exacerbadamente individualista), constituindo barreiras jurídicas à liberdade negocial, é que justifica a importância da distinção entre autonomia da vontade e autonomia privada. Assim, a teoria da autonomia privada compreende o âmbito individual e o público (da competência normativa estatal, numa concepção estatista).

De fato, segundo Luigi Ferri (2001, p. 5), *o problema central da autonomia privada reside nos seus limites*, e não na importância exagerada que é – ou era – dada ao debate entre os defensores do dogma voluntarista contra aqueles que propugnam o dogma da declaração. A autonomia privada não é expressão de uma mera licitude ou faculdade, e sim *a manifestação de poder, e, precisamente, do poder de criar, dentro dos limites estabelecidos pela lei, normas jurídicas* (FERRI, 2001, p. 7).

Portanto, a autonomia privada, como evolução do dogma voluntarista, constituiu-se como um dos princípios fundamentais do sistema de Direito Privado, em um reconhecimento da existência de um âmbito particular de atuação do sujeito, com eficácia normativa. É parte do princípio de autodeterminação dos homens, é manifestação da subjetividade, o princípio dos tempos modernos que reconhece a liberdade individual e a autonomia do agir, segundo Hegel, que foi quem pela primeira vez a ele se referiu. Para esse filósofo, a subjetividade era a marca dos tempos modernos, em torno do que se desenvolveram os sistemas de Direito que tinham, naquela época, o indivíduo como eixo central — hoje a pessoa humana (AMARAL NETO, 1999).

Decerto que o modelo oitocentista de Direito Civil cumpriu um papel político essencial: a defesa dos interesses de uma classe socioeconômica em ascensão, que identificava no Estado um inimigo a ser contido através de um Direito Constitucional estruturado no liberalismo político e no absentéismo estatal, associado à ideia central da igualdade formal que caracterizava o liberalismo econômico do Estado Moderno/Liberal.

O advento do Estado do Bem-Estar Social, decorrente da crise do liberalismo econômico, contudo, colocou acento no Direito Constitucional, na intervenção econômica do Estado nas relações privadas e no conseqüente dirigismo contratual, alterando profundamente os marcos teóricos do Direito Civil. Neste contexto, a igualdade substancial emerge como *limite à autonomia privada*, que fora considerada, no projeto oitocentista, como um paradigma intangível e inabalável.

4. Direito Civil Constitucional: A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais e a Centralidade do Paradigma da Igualdade na Reconstrução do Direito Civil

No pensamento que se convencionou chamar de Direito Civil Constitucional, foi fortalecida a ideia de que as normas constitucionais não teriam sentido apenas negativo

(como limites ao legislador ordinário), mas possuiriam caráter transformador, passando a ser entendidas como fundamento conjunto de toda a disciplina normativa infraconstitucional, como já afirmava Maria Celina Bodin de Moraes (1991) antes mesmo do advento do Código Civil de 2002.

Neste contexto, seria inevitável a inflexão da disciplina civilista (voltada anteriormente para a tutela dos valores patrimoniais) em obediência aos enunciados constitucionais, os quais não mais admitem a proteção da propriedade e da empresa como bens em si, mas somente enquanto destinados a efetivar valores existenciais, realizadores da *justiça social*. Assim, qualquer norma ou cláusula negocial (campo privilegiado da autonomia privada), por mais insignificante que parecesse, deveria se coadunar e exprimir a normativa constitucional. Sob essa ótica, as normas do Direito Civil necessitariam ser interpretadas como reflexo das normas constitucionais – estas assumiriam a função de, no Direito Civil, validar a norma ordinária aplicável ao caso concreto, modificando os institutos tradicionais à luz dos valores e princípios constitucionais (BODIN DE MORAES, 1991).

Segundo este campo de pensamento, a rígida dicotomia entre Direito Público e Privado começa a se redefinir, gradativamente, na Europa do início do Século XX e no Brasil depois da década de 30, com a maciça intervenção do Estado na economia e com o processo, daí decorrente, de restrição à autonomia privada, associado ao fenômeno conhecido como dirigismo contratual, alterando profundamente o papel do Código Civil (TEPEDINO, 2000, p. 3-4). O fenômeno da descentralização tem início neste período e intensifica-se, no Brasil, a partir da década de 60, com a edição de diversos microsistemas jurídicos que criavam verdadeiro direito especial, destinando ao Código Civil a função de direito comum.

Com a ampliação dos microsistemas (*i.e.*, centros de gravidade autônomos, do ponto de vista jurídico-positivo), o legislador deixa de atuar de maneira genérica e neutra diante de suportes fáticos considerados estruturas formais e abstratas, e passa a estimular a *função promocional do Direito* – característica do Estado Social, que incentiva comportamentos que atendam as prioridades traçadas (TEPEDINO, 2000, p. 5).

No âmbito do Direito Constitucional, ganha espaço a doutrina da máxima efetividade ou supremacia da Constituição, que propugna a centralidade do texto constitucional na interpretação do direito infraconstitucional – dando origem à consagrada interpretação conforme à Constituição. Como bem destaca Ingo Wolfgang Sarlet (2010, p. 14), os primeiros esforços para tratamento do tema no Brasil foram empreendidos por autores do Direito Privado a partir de uma perspectiva mais ampla de um Direito Civil-Constitucional, ao tempo que a doutrina constitucionalista se dedicou mais às relações entre os direitos fundamentais e o Direito Privado.

Este pensamento, no que concerne especificamente aos direitos fundamentais, lança profundos debates sobre a *eficácia* da norma constitucional, especialmente no que diz

respeito aos direitos sociais e aos efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas, o que pressupõe a efetividade da Constituição. Segundo Hesse (2009, p. 12), constituem *pressupostos para a efetividade* do sistema constitucional: (1) a sua consonância com as forças e tendências da realidade histórica em que está inserida e; (2) a disponibilidade dos dirigentes políticos e dos governados para aceitar como moralmente imperativo o conteúdo da Constituição.

Como decorrência de uma “constitucionalização do Direito Civil”, que engendrou o que Fachin (2000, p. 317) denominou de “virada de Copérnico” no Direito Privado brasileiro, tem crescido o interesse da doutrina pátria no estudo da relação entre direitos fundamentais e direito privado, em particular no que diz respeito à *eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*.

No Brasil, esses estudos têm base, especialmente, em doutrina e jurisprudência estrangeiras², decorrentes de larga discussão jurisprudencial e de inúmeras publicações sobre o tema surgidas ao longo de três décadas no mundo inteiro, especialmente nos estudos formulados pelas doutrinas alemã, portuguesa, italiana e espanhola, bem como, mais recentemente, pela doutrina francesa e inglesa (CANARIS, 2009, p. 10), além da doutrina da *state action* norte-americana (SARLET, 2005, p. 198; SARMENTO, 2008, p. 193-196).

Na formulação de Sarlet (2005, p. 199), a questão da vinculação de particulares (pessoas físicas e jurídicas) aos direitos fundamentais orbita em torno de saber até que ponto pode o particular recorrer aos direitos fundamentais nas relações com outros particulares, isto é, se, quando e de que modo poderá opor direito fundamental do qual é titular relativamente a outro particular, que, nesse caso, exerce o papel de destinatário (obrigado), mas que, por sua vez, também é titular de direitos fundamentais.

O tema da eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais no âmbito das relações jurídico-privadas acabou sendo versado, na doutrina e jurisprudência constitucionais, sob vários títulos, especialmente “eficácia privada”, “eficácia em relação a terceiros” (*Drittwirkung* ou “eficácia externa”) e “eficácia horizontal” dos direitos fundamentais (SARLET, 2005, p. 199), sendo este último o mais consagrado. Utilizaremos indistintamente todos eles, por não identificar nenhum elemento que justifique, no presente artigo, a distinção terminológica.

Nada obstante, a própria utilização do termo eficácia pode conduzir a certos equívocos e imprecisões, o que é comum nas esferas doutrinária e jurisprudencial. Há quem distinga validade e eficácia, associando esta última, especificamente, à dimensão

2 O tema, ainda não pacificado no pensamento jurídico brasileiro, demanda um exame das peculiaridades do sistema jurídico pátrio, a justificar a aplicação de uma ou de outra teoria da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

processual do problema (SARLET, 2005, p. 201). Canaris (2009, p. 52), distinguindo validade (*Geltung*) e eficácia (*Wirkung*), afirma que o problema desta última se relaciona com os destinatários das normas de direitos fundamentais, o que difere dos efeitos dos direitos fundamentais sobre as normas de direito privado – o que Sarlet (2005, p. 202) chama de “vinculação do legislador privado aos direitos fundamentais”. Canaris (2009, p. 52) define a questão da seguinte forma:

Até agora falamos dos efeitos dos direitos fundamentais sobre as normas do direito privado e sobre sua aplicação e desenvolvimento. Em contrapartida, não tratamos, até o presente momento, da questão de saber se, e como, os sujeitos de direito privado se encontram, eles próprios, vinculados aos direitos fundamentais. Esta problemática – e, num correcto entendimento, apenas ela – é que constitui o objecto da discussão em torno da chamada “eficácia dos direitos fundamentais em relação a terceiros” (*Drittwirkung*).

Em sua clássica formulação sobre o pensamento sistemático na ciência do Direito, Canaris (2002) reconhece, igualmente, a importância dos direitos fundamentais na modificação do sistema objetivo como resultado não de uma intervenção direta do legislador (o que estaria de acordo com a doutrina tradicional das fontes do Direito), mas do postulado da unidade valorativa. Tal é a formulação do autor germânico (CANARIS, 2002, p. 114-115):

De acordo com a doutrina tradicional das fontes do Direito, deve partir-se do princípio de que, em primeira linha, a modificação cabe ao *legislador*. Como exemplo, recorde-se mais uma vez o alargamento paulatino da responsabilidade pelo risco e a modificação do nosso sistema de Direito privado, com isso provocada. No entanto, não é sempre necessário verificar-se semelhante intervenção directa. As modificações do sistema podem antes resultar de actos legislativos que respeitem, primeiramente, a domínios jurídicos inteiramente diferentes; nota-se, aqui, de modo particular, o postulado da unidade valorativa e, com isso, a força do pensamento sistemático. Um dos exemplos mais visíveis, que surge a tal propósito, é a doutrina da eficácia externa dos direitos fundamentais que só se torna compreensível sobre o pano de fundo da ideia da unidade da ordem jurídica e que, na forma da eficácia externa imediata ou mediata, modificou essencialmente o nosso sistema de Direito privado; o tema do Direito geral da personalidade torna-o particularmente claro.

Na doutrina brasileira, dentre as obras que tratam das teorias da eficácia imediata ou mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas³, *prevalece a tese da vinculação*

3 Sobre as teses da eficácia direta e indireta dos direitos fundamentais no âmbito do direito privado, cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. reimpressão. Coimbra: Almedina,

direta dos particulares aos direitos constitucionais (SARMENTO, 2008, p. 260). A jurisprudência pátria⁴, outrossim, mesmo sem adentrar na discussão das teses jurídicas sobre a forma de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, vem aplicando diretamente os direitos fundamentais consagrados na Lei Maior na resolução de litígios privados (SARMENTO, 2008, p. 265)⁵.

Nada obstante, mesmo sem fazer menção direta ao tema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI n.º 319-4/DF, considerou constitucional a Lei federal n.º 8.039/90, que limitava o reajuste de mensalidades em instituições particulares de ensino de 1º, 2º e 3º graus, com base na conciliação dos *valores* constitucionais da livre iniciativa do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social.

Tal posição parece aproximar-se bastante da teoria do dever estatal de proteção, que atribui ao legislador – e não ao juiz – a tarefa de conciliar autonomia privada e direitos fundamentais.

Ademais, a valorização do princípio da redução das desigualdades sociais (prevista no art. 3º, III, da Carta Magna), indica a tendência da Corte em proteger um dispositivo constitucional que os autores do campo do Direito Civil Constitucional costumam associar à ideia de igualdade substancial (TEPEDINO, 2003).

Perlingieri (2007, p. 44) destaca que o art. 3º da Constituição italiana prevê a proteção integrada da igualdade formal (no parágrafo primeiro) e substancial (no parágrafo segundo), ressaltando que, na hipótese de contraste entre o princípio da igualdade (no nível constitucional) e o princípio da paridade de tratamento (no nível infraconstitucional), prevalece o primeiro. Isso porque quando existe desigualdade de fato, não existe espaço para o princípio da igualdade de tratamento (PERLINGIERI, 2007, p. 46).

Nada obstante, Perlingieri (2007, p. 49) acentua a impossibilidade do princípio da igualdade substancial se realizar em todo o seu alcance nas relações privadas. A sua função

2009, p. 53-55; SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: Luís Roberto Barroso. (Org.). A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 210-244; MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 122-131.

4 Sobre a jurisprudência do STF na aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, cf. MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 131-138.

5 O debate central, destarte, orbita em torno da definição da teoria a ser aplicada no direito brasileiro. Em geral, prevalece a doutrina da eficácia direta, mas há quem defenda a possibilidade do Ministério Público atuar na defesa de direitos fundamentais nas relações entre particulares (CHEQUER, 2007), formulação que não parece associar-se diretamente a esta teoria.

seria contribuir, em sede interpretativa, para especificar o conteúdo que as cláusulas gerais devem assumir: da equidade à lealdade, do estado de necessidade à lesão e à causa não imputável, da diligência à boa-fé etc. A própria expropriação (equivalente à desapropriação no Brasil), na condição de aquisição coativa típica do direito administrativo, seria, segundo o autor italiano, uma técnica a serviço da justiça distributiva (igualdade substancial), começando a encontrar aplicações no Direito Civil (Perlingieri, 2007, p. 53); esse pensamento parece encontrar eco no Direito Civil brasileiro, especialmente levando-se em consideração os §§ 3º a 5º do art. 1.228 do Código Civil.

Desta sorte, cumpre anotar que o Código Civil brasileiro apresenta alguns dispositivos que dizem respeito direto a direitos e garantias fundamentais, a exemplo dos §§ 1º a 5º do art. 1.228, que mantém íntima conexão com a função social da propriedade, amparada por um conjunto de dispositivos constitucionais e, especialmente, pelo inciso XXIII do amplo catálogo de direitos fundamentais do art. 5º da Magna Carta.

Vê-se, assim, que é possível detectar, no sistema jurídico brasileiro, *a possibilidade de aplicação da teoria da eficácia mediata*, que advoga a realização dos direitos fundamentais por intermédio de instrumentos próprios do direito privado, partindo da interpretação da Constituição como um conjunto de normas objetivas que estabelecem valores com eficácia irradiante.

Observe-se, ademais, que Perlingieri cita institutos similares àqueles encontrados no Código Civil brasileiro e que podem instrumentalizar a realização da igualdade substancial, a exemplo do estado de perigo (art. 156, CCB), da lesão (art. 157, CCB), que figuram como defeitos do negócio jurídico, bem como da boa-fé, cuja ausência, a despeito de não constituir motivo para a invalidade do negócio jurídico (tal qual prevê, *v.g.*, o art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor), revela-se critério interpretativo importante nas relações negociais.

Ocorre que a aplicação direta de dispositivos constitucionais nas relações privadas, quando dissociada de instrumentos próprios do Direito Civil, pode conduzir a situações de arbítrio judicial, posto que é concedido essencialmente ao intérprete (notadamente o juiz) a tarefa de apurar a existência da desigualdade fática que demanda correção. Aí reside, corretamente, as críticas mais vigorosas contra o chamado Direito Civil Constitucional, inclusive no que diz respeito à proteção da igualdade nas relações travadas sob a égide da autonomia privada.

5. A Crítica ao Direito Civil Constitucional

Decerto que a defesa da tese de extinção das diferenças entre Direito Público e Privado pode conduzir a um esvaziamento das normas de Direito Civil, tornando inócuas as

tentativas de criar mecanismos de proteção da igualdade nas relações particulares estruturadas a partir do legislador privado.

Em verdade, se a tônica das codificações civis oitocentistas era a proteção da liberdade econômica, a projeção dos direitos fundamentais nas relações privadas põe o holofote sobre o paradigma da igualdade nas relações interprivadas, pois não se concebe mais, *e.g.*, que um figurante de um negócio jurídico encontre-se em posição de desvantagem exagerada em relação ao outro. Tanto o Código Civil quanto o de Defesa do Consumidor já se ocuparam de traçar mecanismos e oferecer ferramentas jurídicas para evitar a desigualdade no negócio jurídico, no que se sobreleva a ideia de isonomia e equilíbrio contratual.

Doutra sorte, no Direito das Coisas, por exemplo, a propriedade, agora funcionalizada socialmente, cede espaço à dignidade da pessoa humana, podendo o possuidor, em diversos casos, preferir o proprietário se este se revela negligente em relação ao bem do que qual é dono. Assim, *exempli gratia*, o dono de um imóvel que não destina à sua propriedade (enquanto bem) a função social que lhe é inerente, vê o seu direito sucumbir diante do interesse daqueles que, não sendo proprietários de quaisquer outros imóveis urbanos ou rurais, ocuparam o bem negligenciado e nele passaram a residir (arts. 1.239 e 1.240, CCB), o que demonstra, manifestamente, a intenção de preservar a moradia como instrumento de realização da dignidade humana.

Ocorre que os princípios da igualdade (no caso da ausência de equilíbrio contratual) ou da proteção da dignidade da pessoa humana (na hipótese de perda da propriedade por usucapião especial – arts. 1.239 e 1.240 do CCB – ou por desapropriação judicial privada – art. 1.228, §§ 4º e 5º do CCB) possuem mecanismos previstos na própria codificação para a sua implementação: pode-se falar, ilustrativamente, em invalidade do negócio jurídico por estado de perigo ou lesão (arts. 156 e 157, CCB), em revisão judicial do contrato por onerosidade excessiva ou pela aplicação da teoria da imprevisão (arts. 317 e 479, CCB).

Nos casos atinentes a defeitos do negócio jurídico ou a onerosidade excessiva, busca-se o equilíbrio contratual, o que denota, à evidência, a busca de um *contrato justo*, ao molde do modelo contemporâneo de contrato como vínculo de colaboração, que atende simultaneamente aos significados atuais de igualdade (substancial) e autonomia privada (BORGES, 2006, p. 34 e ss.).

Observe-se, bem assim, que o contrato não será anulado (art. 157, § 2º, CCB) nem se resolverá (art. 479, CCB) se for possível restabelecer o equilíbrio contratual. Deste modo, como assinala Laura Frantz (2014, p. 245), a seara contratual do Código Civil de 2002, permeada por novos princípios (boa-fé objetiva, função social e equilíbrio econômico), convive em absoluta harmonia com os princípios contratuais clássicos, como a autonomia privada e a força vinculante dos pactos, tendo o Diploma Cível, neste particular,

utilizado a revisão do art. 317 e a resolução do art. 478 como soluções para a onerosidade excessiva.

Destarte, mesmo reconhecendo a necessidade de se proceder a uma interpretação do Direito Civil conforme à Constituição, a tese defendida por alguns autores como Paulo Lôbo (2008, p. 19) de que o centro do Direito Civil foi deslocado para a Constituição pode conduzir ao esvaziamento do Direito Privado, por não competir à Lei Maior a oferta de instrumentos mais específicos de defesa dos particulares em situações de desigualdade.

Faz-se necessário, portanto, delimitar o campo de atuação do Direito Civil atual no Brasil (o seu *proprium*), o que pode ser feito a partir de diferentes caminhos: das grandes teorias sobre a sociedade em geral, da ordem constitucional ou da doutrina do Direito Privado (GRUNDMANN, 2014, p. 234). Neste particular, a escolha pela doutrina do Direito Privado (e, em especial, do Direito Civil) impõe a identificação dos instrumentos privatísticos que se mostram compatíveis com a realização de princípios como igualdade (substancial) e dignidade da pessoa humana⁶.

Otávio Luiz Rodrigues Junior (2011), tecendo vigorosa crítica, afirma que, no Brasil, as contestações à tradição da *civil law* e do Direito Civil – hoje maiores do que nunca – são baseadas em novos movimentos como o neoconstitucionalismo, a crítica à teoria da separação de poderes e o ativismo judicial. Além disso, de forma mais ampla, outros movimentos como o realismo jurídico, o *Law and Economics* e as teorias da argumentação também seriam responsáveis pela derruição do sistema do direito privado.

Neste sentido, boa parte das críticas é direcionada ao sincretismo metodológico, que associa, *e.g.*, sem rigor, ferramentas da análise econômica do Direito e a ponderação de princípios ou valores (VILLELA, 2009; STRECK, 2011; GARCIA AMADO, 2007; JUNQUEIRA DE AZEVEDO, 2008).

Segundo Rodrigues Junior, seria grande equívoco afirmar que o Direito Civil clássico e a tradição de *civil law* nele baseada são contrários a valores; estes consubstanciariam, mesmo no pensamento de Kelsen, critérios para a análise *externa* do direito, tal qual a ideia de eficiência contida na análise baseada em ferramentas da *Law and Economics*. A análise *externa* de fatos e valores, malgrado reconhecida pelo autor da *teoria pura*, não seria, na formulação do pensador tcheco, objeto da ciência jurídica, que se preocuparia unicamente com elementos constantes da análise *interna* do direito⁷.

6 Antonio Junqueira de Azevedo (2002, p. 100), por exemplo, identifica que a dignidade da pessoa humana como princípio jurídico pressupõe o imperativo categórico da intangibilidade da vida humana, dando origem, em sequência hierárquica, aos seguintes preceitos: 1) respeito à integridade física e psíquica das pessoas; 2) consideração pelos pressupostos materiais mínimos para o exercício da vida; e 3) respeito às condições mínimas de liberdade e convivência social igualitária.

7 Rodrigues Junior (2011, p. 48-9) adverte que não está, necessariamente, a defender o positivismo kelseniano, mas apenas a demonstrar que os fatos e valores já eram elementos cuja importância não se

Assim, mesmo no pensamento kelseniano, uma análise *interna* do art. 765 do CCB (que dispõe que segurador e o segurador são obrigados a conservar, no aperfeiçoamento e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes) pressupõe desconsiderar, na interpretação da norma, elementos sociológicos, econômicos ou de caráter exclusivamente moral. Ainda assim, existe um espaço de indeterminação interpretativa que constitui a *moldura*, indeterminação esta acentuada em virtude da presença de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais (boa-fé e probidade/veracidade) (RODRIGUES JUNIOR, 2011, p. 49).

O mesmo art. 765, contudo, poderia ser objeto de uma análise *externa*, baseada, por exemplo, na análise econômica do direito, onde a *justiça* seria substituída pelo critério da *eficiência* (RODRIGUES JUNIOR, 2011, p. 50), o que parece ser uma crítica bem percutiente, especialmente observando que a ideia de equilíbrio contratual geralmente pressupõe a ideia de equivalência material (é dizer, economicamente paritárias) de prestações.

Da mesma forma, uma análise externa baseada no instrumental do *Law and Economics* sobre a doutrina do terceiro cúmplice (RODRIGUES JUNIOR, 2004) conduziria à avaliação sobre os efeitos nocivos ou não da responsabilização do terceiro que interfere ilícitamente em relações negociais alheias, induzindo sua ruptura ou gerando danos aos contraentes. É perquirir: seria de todo ruim essa atuação ou ela é um mecanismo interessante de fomento às relações entre agentes no mundo produtivo? A resposta a essa questão conduz, invariavelmente, a um critério econômico de análise, que se revela necessariamente *externo* (RODRIGUES JUNIOR, 2011, p. 50).

Outra crítica poderosa direciona-se às decisões marcadas pelo que o autor denomina de *síndrome de Sherwood*, pois “os contratos de Direito Civil, em tese paritários, seriam o âmbito ideal para que os juízes se convertam em Robin dos Bosques e tirem dos ricos para dar aos pobres” (RODRIGUES JUNIOR, 2011, p. 56). Este seria o móvel para a intervenção judicial nos contratos. Os problemas essenciais daí decorrentes, diz o autor, são o esvaziamento político do espaço democrático e a criação de um campo fértil para a ação dos interessados no arbítrio e no abuso da discricionariedade judicial⁸.

ignorava, mesmo no pensamento formal de Kelsen, o que conduz à possibilidade de se tomar o Direito (ou o fenômeno jurídico) sobre duas perspectivas: uma *interna* (elementos próprios da ciência jurídica) e outra *externa* (elementos distintos – porém conexos – da ciência jurídica).

8 Para que se faça justiça à formulação de Rodrigues Junior e não se deixe entender que este defende o retorno ao Direito Civil Oitocentista, cumpre transcrever trecho final do seu artigo, que descreve com nitidez o ponto central da sua crítica:

“Antes que se tente confundir as teses aqui defendidas com um ‘canto do cisne’ do Direito Civil Oitocentista ou com um apelo no estilo de Juliano, o Apóstata, de retomada da religião pagã, é preciso registrar que não se desconhece a incompetência do Direito Privado (e de seus estudiosos) em

Portanto, parece lícito afirmar ser necessário reconhecer os avanços e os excessos do Direito Civil Constitucional, de modo a possibilitar um estudo que aceite a tangibilidade do Direito Civil sem, contudo, esvaziá-lo. Neste sentido, cabe apontar, de forma breve e ilustrativa, algumas figuras presente na codificação civil brasileira que, associadas à autonomia privada, demonstram-se compatíveis ou não com a ideia de igualdade substancial.

6. Alguns Instrumentos Normativos de Concretização do Princípio da Igualdade Substancial Presentes no Código Civil Brasileiro de 2002

Parece lícito reconhecer que o Código Civil brasileiro de 2002 traz instrumentos idôneos à concretização do princípio da igualdade substancial, plenamente compatíveis com o princípio clássico da autonomia privada. Ilustrativamente, cumpre tecer uma breve leitura do *erro*, do *estado de perigo* e da *lesão*⁹, ligadas que estão, diretamente, à autonomia privada.

compreender as transformações sociais e não oferecer mecanismos de adaptação aos novos tempos, por meio de novos institutos jurídico-privados. Foi essa miopia que permitiu o surgimento do Direito do Trabalho (a partir dos contratos de locação de mão de obra), do Direito do Consumidor (sob a base contratual civilística) e das leis de locação predial urbana.

Não se ignora que as relações no mundo privado são marcadas, em diversos casos, pela assimetria entre as partes. O fenômeno da vulnerabilidade de diversos agentes é inegável e eles não podem ser deixados entregues à própria sorte, como se a ‘mão invisível’ do mercado tudo fosse capaz de resolver. Os grandes grupos econômicos podem ser tão nocivos aos privados quanto o Estado, em muitas situações. No reconhecimento da entropia do mundo privado, não se deseja o retorno aos tempos de 1929. A tragédia da crise econômica de 2008 é uma prova de que a atuação regulatória (e portanto *ex ante*) foi ineficaz, o que deu margem a diversos questionamentos judiciais, que levarão para o campo da indeterminação. A autonomia privada não se ressentida da regulação *ex ante*. Ela é mais do que necessária, porque define as regras do jogo, antes de seu início.

A posição aqui sustentada diz respeito a problemas de caráter epistemológico, da falta de rigor e de coerência no desempenho do papel (essencial) dos doutrinadores e na renúncia às soluções dos problemas jurídicos com base em respostas que o Direito Privado pode e tem condições de oferecer. O risco está, ainda, no que advertiu Konrad Hesse, citando Alexis de Tocqueville, na perda da capacidade humana de ‘configuração responsável e autônoma da própria vida’, não por um Estado todo-poderoso e ditatorial, mas pelo Estado excessivamente protetivo, que acostuma os homens com sua mão bondosa, quando, na verdade, os escraviza em uma gaiola de ouro.

Em Portugal ou na Alemanha, para se ficar com esses dois exemplos, muitos avanços na tentativa de adaptar a tradição de civil law e o Direito Civil clássico às exigências de nosso tempo foram obtidos, apesar de alguns embaraços, sem que, para isso, se fizesse necessário abandonar dois mil anos de experiência jurídica sem qualquer vantagem para o Direito ou a sociedade. Muitas das questões relativas ao Direito Civil, aqui expostas, são comuns ao Direito Constitucional, no que se refere ao abandono dos fóruns de deliberação democrática, da perda da dignidade da legislação e da busca pelo Santo Graal da judicialização de políticas públicas e de agendas morais, que deveriam ser implementadas ou decididas nas esferas adequadas e legítimas. Nesse ponto, os dois elementos da tradição de civil law unem-se nas mesmas adversidades.” (RODRIGUES JUNIOR, 2011, p. 65-6)

- 9 Poder-se-ia tratar, no mesmo sentido, da *teoria da imprevisão* e da *resolução por onerosidade excessiva*, o que demandaria uma análise mais complexa, que excederia os limites do presente *paper* e que constituem

Ressalte-se que o presente artigo não tem a pretensão de esgotar o estudo destas três figuras, mas apenas indicar a sua compatibilidade ou não com a ideia de igualdade substancial. Poder-se-ia, certamente, analisar outros institutos sob esta mesma perspectiva, mas isso constitui uma proposta maior.

No que alude ao *erro* como defeito do negócio jurídico (arts. 138 e ss.), vê-se que o Código atual previu que somente seria considerado vício que contamina a liberdade da vontade aquele substancial e *escusável*. Erro desculpável, para o Código, é aquele que não seria cometido por pessoa de diligência *normal*. Em outras palavras, erro invalidante é aquele perdoável, que não seria cometido pelo *homem médio*.

O problema reside exatamente em determinar o que seria homem médio. No conceito clássico do Direito Civil, o termo nos conduziria intuitivamente à ideia de pessoa que pratica habitualmente atos de comércio jurídico, ou, de outra forma, possui instrução formal suficiente para detectar a necessidade de uma diligência em um negócio jurídico eventual que venha a realizar. Nada obstante, essa definição despreza a eventual desigualdade fática, que pode residir na deficiência de instrução formal, na pouca experiência (o que se aproxima da inexperiência possível na lesão), na diferença socioeconômica, na dificuldade de acesso a órgãos ou repartições públicas etc.

Tome-se o seguinte exemplo: um contrato de compra e venda de bem imóvel de valor superior a trinta salários mínimos, celebrado por instrumento particular por pessoa pobre e que desconhece a necessidade do ato registral para transferência dominial, configura, legalmente, causa de nulidade do negócio jurídico. Tratando-se de invalidade formal, a repetição do ato pela forma adequada (instrumento público associado ao registro no cartório de imóveis) *removeria* o problema, tal qual indica Marcos Bernardes de Mello (2014, p. 111).

Ocorre que tal negócio pode ser praticado em zonas urbanas periféricas de grandes cidades onde se tem habitações desordenadas e desprovidas de registro imobiliário, o mesmo acontecendo em pequenas cidades onde a população não tem o hábito de dirigir-se ao tabelionato de notas para lavrar escrituras públicas, celebrando atos cotidianos de disposição de bens imóveis sem a forma adequada e desprovido do regular registro imobiliário. Veja-se que, a rigor, não apenas o negócio seria nulo, como também sequer constituiria, eventualmente, justo título para efeito de usucapião ordinária, posto carente de transcrição no cartório de imóveis.

matéria suficiente para outro artigo, específico, sobre a temática. Para uma leitura mais acurada da teoria da imprevisão e, inclusive, da sua afinidade com as figuras do erro, lesão e estado de perigo (analisadas brevemente no presente trabalho), remete-se o leitor à apreciação da obra de Otávio Luiz Rodrigues Junior, “Revisão Judicial dos Contratos: Autonomia da Vontade e Teoria da Imprevisão”, que faz uma análise cuidadosamente consistente do tema.

É certo que a doutrina e a jurisprudência cuidam de abrandar a necessidade de registro, como se vê da Súmula n.º 84¹⁰ do STJ e do Enunciado de n.º 86¹¹ da I Jornada de Direito Civil (promovida pelo STJ em conjunto com o Conselho da Justiça Federal), mas parece evidente que a ideia de *homem médio*, que resgata a figura do *pater bonus familiae*, revela-se manifestamente anacrônica, considerando as substanciais diferenças socioeconômicas possíveis entre os contraentes de negócios de disposição de bens imóveis.

Veja-se que a doutrina, atualmente, controverte acerca do critério da escusabilidade para aferição do erro: para um setor relevante, erro invalidante é aquele reconhecível pela outra parte, ainda que grosseiro (e, portanto, inescusável). Ocorre que esse entendimento, consubstanciado no Enunciado n.º 12¹² da I Jornada de Direito Civil, malgrado possua o condão de valorizar o princípio da confiança (como dever anexo decorrente da boa-fé objetiva), induz demasiada aproximação da figura do *dolo* (ou erro provocado), esvaziando (ainda mais) o instituto do erro¹³.

Doutra ponta, louvável a inclusão, no novo Código Civil, dos institutos do *estado de perigo* (art. 156) e da *lesão* (art. 157), tendentes a equacionar a onerosidade excessiva ou a desproporcionalidade material das prestações. Parece evidente que ambos são vocacionados a combater o desequilíbrio na relação negocial, tornando anuláveis atos de vontade em que se verifique a desigualdade material entre os contraentes. Sucede que, nestas figuras, pouco importa a condição pessoal do contraente: importa saber se há onerosidade excessiva imposta a alguma das partes.

Veja-se que, ainda que esteja localizado no plano de validade do negócio jurídico, induzindo a sua anulabilidade, os vícios consubstanciados no estado de perigo ou na lesão deverão prioritariamente ser sanados por meio da revisão judicial do contrato, conforme proclama o art. 157, § 2º, do CCB e os enunciados n.º 148¹⁴ e 149¹⁵ das Jornadas de Direito Civil, sempre privilegiando o que se convencionou chamar de *princípio da conservação ou manutenção do contrato*.

Decerto que o estado de perigo e a lesão diferem da teoria da imprevisão (art. 317, no que diz respeito às obrigações pecuniárias, e 478 e ss., no que alude às obrigações em

10 “É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro.”

11 “Art. 1.242: A expressão ‘justo título’ contida nos arts. 1.242 e 1.260 do Código Civil abrange todo e qualquer ato jurídico hábil, em tese, a transferir a propriedade, independentemente de registro.”

12 “Art. 138: Na sistemática do art. 138, é irrelevante ser ou não escusável o erro, porque o dispositivo adota o princípio da confiança.”

13 Do ponto de vista prático, raras são as ações anulatórias fundadas no *erro*, especialmente pela dificuldade probatória da sua espontaneidade.

14 “Art. 156: Ao ‘estado de perigo’ (art. 156) aplica-se, por analogia, o disposto no § 2º do art. 157.”

15 “Art. 157: Em atenção ao princípio da conservação dos contratos, a verificação da lesão deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial do negócio jurídico e não à sua anulação, sendo dever do magistrado incitar os contratantes a seguir as regras do art. 157, § 2o, do Código Civil de 2002.”

geral) em razão de serem apreciados no momento da *celebração* do negócio jurídico. Daí porque são vícios de consentimento e consubstanciam hipóteses de anulabilidade do ato.

Nada obstante, a aplicação do princípio da *preservação dos contratos* culmina por aproximar em demasia os aludidos defeitos do negócio jurídico em relação à teoria da imprevisão, especialmente se considerarmos que a doutrina, atualmente, nas relações não consumeristas, entende prescindível a imprevisibilidade quando se tratar de onerosidade excessiva superveniente (BORGES, 2006, p. 41-2), nos mesmos moldes do que prevê o Código de Defesa do Consumidor.

Veja-se, neste particular, que tanto em um caso (estado de perigo ou lesão como vícios invalidantes) como em outro (seja a onerosidade excessiva do art. 317, seja a manutenção do contrato com base no art. 479) prioriza-se a revisão judicial.

Em ambos, contudo, verifica-se a predominância de um critério econômico (ainda que não metodologicamente estruturado) para solução do problema: a promoção do reequilíbrio contratual por intermédio da recomposição da paridade de prestações.

Evidencia-se, deste modo, uma análise *externa* do problema, mas, no caso da lesão e do estado de perigo, o critério manejado para solução parte, eminentemente, de uma análise *interna* do fenômeno jurídico: o Código Civil aponta expressamente a oferta do suplemento suficiente como instrumento para reequilibrar o negócio jurídico (cf. art. 157, § 2º, CCB).

Já na segunda hipótese, abre-se espaço à interpretação judicial, que, se mal empregada, pode dar azo à inversão da desproporção (justificada, por exemplo, na grande diferença socioeconômica entre os contraentes), o que antes mantém o problema do que o soluciona. É o que se depreende da leitura do enunciado n.º 367¹⁶ das Jornadas de Direito Civil, que parece pressupor que, caso assegurado o contraditório, garantir-se-á, automaticamente, a justiça contratual. Tratando-se de prestações materiais, parece lógico inferir que a simples oitiva da outra parte (garantia fundamental do direito fundamental à igualdade) não assegura a recomposição justa do contrato.

Evidencia-se, neste particular, o risco de ofensa à segurança jurídica e à própria igualdade, decorrente da utilização indiscriminada e isolada, *e.g.*, de diretrizes constitucionais como dignidade da pessoa humana, apartadas de critérios como hipossuficiência e vulnerabilidade, próprios do direito privado, resultando em uma aplicação imotivada de princípios constitucionais em absoluto abandono de instrumentos idôneos do Direito Civil.

Por fim, releva notar que o Código Civil parece indicar, mesmo timidamente, que a ideia de igualdade substancial parece funcionar, efetivamente, como *limite* à autonomia

16 “Art. 479: Em observância ao princípio da conservação do contrato, nas ações que tenham por objeto a resolução do pacto por excessiva onerosidade, pode o juiz modificá-lo equitativamente, desde que ouvida a parte autora, respeitada sua vontade e observado o contraditório.”

privada: presente a desproporção de prestações, a ignorância ou inexperiência do contratante, por exemplo, restabelece-se o equilíbrio negocial, resolve-se ou anula-se o negócio.

Em outras palavras: verificando-se vício na formação da vontade (defeitos do negócio jurídico) ou onerosidade excessiva (lesão objetiva), não há que se falar em cumprimento coativo do contrato. O princípio da vinculação do contrato será observado, contudo, tão logo se reestruture o equilíbrio econômico contratual, preservando, assim, a autonomia privada manifestada pelas partes negociantes.

7. Conclusões

A dualidade público-privado, estruturante no pensamento jurídico, vem sofrendo grande abalo, especialmente no último período histórico, em razão do fenômeno denominado *constitucionalização do direito*, que enfraqueceu as fronteiras (há muito criticadas) entre Direito Público e Direito Privado.

Neste compasso, tomou corpo na doutrina civilista o campo teórico que se autodenominou *Direito Civil Constitucional*, que, malgrado tenha trazido contribuições essenciais ao pensamento privatístico, pondo termo à pretensa intangibilidade do Direito Civil por outros setores do Direito (especialmente o Constitucional), culminou por valorizar em demasia o aludido fenômeno, convertendo a benéfica constitucionalização na maléfica *colonização* do Direito Civil pelo Direito Constitucional.

Desta maneira, se o Direito Civil Constitucional ostenta o mérito de ter retirado do isolamento e do idealismo jurídico a doutrina civilista, trouxe como efeito nocivo o abandono dos institutos próprios do Direito Civil.

A afirmação corrente do suposto fim da dicotomia público-privado traz como resultado prático o abandono do estudo criterioso e da aplicação das ferramentas oferecidas pelo Código Civil para a solução dos problemas próprios das relações privadas. Em *ultima ratio*, isso pode significar o não investimento em lutas democráticas pela positivação, no Código Civil ou em legislação especial, de outros instrumentos jurídicos aptos a concretizar direitos fundamentais (considerando que todo direito e garantia fundamental é *conquistado*, e não concedido).

Se é certo que o Direito Civil oitocentista era insensível aos ditames da igualdade substancial, valorizando em excesso uma igualdade formal favorável à manutenção de privilégios, o Direito Civil, no período contemporâneo, parece estar mais atento aos clamores de igualdade, ainda que não na velocidade desejada (especialmente ao se tratar de codificações).

Assim, mesmo reconhecendo a necessidade de se proceder a uma interpretação do Direito Civil conforme à Constituição, a tese defendida por alguns autores de que o centro

do Direito Civil foi deslocado para a Constituição pode conduzir ao esvaziamento do Direito Privado, por não competir à Lei Maior a oferta de instrumentos mais específicos de defesa dos particulares em situações de desigualdade.

Faz-se necessário, portanto, delimitar o campo de atuação do Direito Civil atual no Brasil (o seu *proprium*), o que pode ser feito a partir de diferentes caminhos: das grandes teorias sobre a sociedade em geral, da ordem constitucional ou da doutrina do Direito Privado. Neste particular, a escolha pela doutrina do Direito Privado – e, em especial, do Direito Civil – impõe a identificação dos instrumentos privatísticos que se mostram compatíveis com a realização de princípios como igualdade e dignidade da pessoa humana.

Destarte, situado historicamente em um período de afirmação de direitos prestacionais e construído com base em diretrizes distintas da codificação brasileira de 1916, o novo Diploma Civil pátrio apresenta, mesmo que de forma insuficiente, instrumentos idôneos à concretização da aludida igualdade, que se encontram frequentemente esquecidos por correntes doutrinárias em virtude da valorização excessiva do fenômeno chamado constitucionalização do direito. O avanço tímido do Código Civil em direção à igualdade substancial não justifica, contudo, o abandono do Direito Civil, devendo-se resgatar o estudo criterioso e a instrumentalização das ferramentas postas à disposição pela codificação para a concretização da igualdade material.

Por fim, releva notar que o Código Civil parece indicar, mesmo timidamente, que a ideia de igualdade substancial funciona como efetivo *limite* à autonomia privada: presente a desproporção de prestações, a ignorância ou inexperiência do contraente, por exemplo, restabelece-se o equilíbrio negocial, resolve-se ou anula-se o negócio. Em outras palavras: verificando-se vício na formação da vontade (defeitos do negócio jurídico) ou onerosidade excessiva (lesão objetiva), não há que se falar em cumprimento coativo do contrato. O princípio da vinculação do contrato será observado, contudo, tão logo se reestruture o equilíbrio econômico contratual, preservando, assim, a autonomia privada manifestada pelas partes negociantes.

8. Referências

- AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Autonomia Privada. **Revista CEJ**. Brasília: CEJ, v. 3, n. 9, p. 25-31, set./dez. 1999.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR n. 6023** – ago. 2002. Informação e documentação – Referências – Elaboração. Rio de Janeiro: ABNT, 2002.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR n. 6024** – mai. 2003. Informação e documentação – Numeração progressiva das seções de um documento escrito – Apresentação. Rio de Janeiro: ABNT, 2003.

- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR n. 14724** – mar. 2011. 3. Ed. Informação e documentação – Tratados acadêmicos – Apresentação. Rio de Janeiro: ABNT, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed., 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política**. São Paulo: Paz e Terra, 2011.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. **Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro, v. 1, p. 59-73, 1991.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Contrato: do clássico ao contemporâneo – a reconstrução do conceito. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**, n. 13, p. 29-50, 2006.
- _____. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2009.
- _____. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 37-75.
- FERRI, Luigi. **La Autonomía Privada**. Granada: Comares, 2001.
- FRANTZ, Laura Coradini. Excessiva Onerosidade Superveniente: análise dos julgados do STJ. *In*: Judith Martins-Costa (org.). **Modelos de Direito Privado**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 215-248.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo. *In*: CARBONELL, Miguel (org.). **Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos**. Madrid: Trotta, 2007. p. 237-264.
- GRUNDMANN, Stefan. Qual a unidade do direito privado? De uma concepção formal a uma concepção material do direito privado. *In*: GRUNDMANN, Stefan; MENDES, Gilmar; MARQUES, Cláudia Lima; BALDUS, Christian; MALHEIROS,

- Manuel (Orgs.). **Direito Privado, Constituição e Fronteiras:** encontros da Associação Luso-Alemã de Juristas no Brasil. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 233-261.
- HESSE, Konrad. Constituição e Direitos Constitucionais. In: HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1-22.
- JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista USP.** São Paulo, n. 53, p. 90-101, mar./mai. 2002.
- _____. O direito ontem e hoje: crítica ao neopositivismo constitucional e à insuficiência dos direitos humanos. **Revista do Advogado,** v. 28, n. 99, p. 7-14, set. 2008.
- LÔBO, Paulo. A Constitucionalização do Direito Civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito Civil Contemporâneo:** novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008, p. 18-28.
- MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico:** plano da validade. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade:** estudos de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil:** introdução ao Direito Civil Constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- PRATA, Ana. **Dicionário Jurídico.** 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 1998.
- RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. A doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio *res inter alios acta*, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos. **Revista dos Tribunais,** v. 93, n. 821, p. 80-98, mar. 2004.
- _____. Estatuto epistemológico do Direito Civil Contemporâneo na tradição de *Civil Law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **O Direito,** n. 143, II, p. 43-66, 2011.
- _____. **Revisão Judicial dos Contratos:** autonomia da vontade e teoria da imprevisão. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: **Boletim Científico.** Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília: ano 4, n. 16, p. 193-259, jul./set. 2005.
- _____. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.).

Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 13-36.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: Luís Roberto Barroso. (Org.). **A nova interpretação constitucional:** ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 193-284.

_____. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** 2. ed., 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. (org.). **Interesses públicos versus interesses privados:** desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. 3. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 1-16.

_____. Crise das Fontes Normativas e Técnica Legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A Parte Geral do Novo Código Civil:** estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VILLELA, João Baptista. Variações impopulares sobre a dignidade da pessoa humana. **Superior Tribunal de Justiça:** Doutrina. Edição comemorativa, 20 anos, Distrito Federal, 2009. p. 559-581.

O ACORDO DE LENIÊNCIA COMO INSTRUMENTO DE TUTELA DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

JOSÉ MARIA RAMOS

Doutorando em Direito – PUC-PR, Bolsista da Capes. Mestre em Análise Regional, Economista, Bacharel em Direito. Professor do Curso de Ciências Econômicas da Universidade Estadual do Oeste do Paraná – Unioeste, Campus de Francisco Beltrão – PR. Curitiba - PR - Brasil. *E-mail:* jmramoseco@hotmail.com.br

OKSANDRO GONÇALVES

Doutor em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado/Doutorado) da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogado. Curitiba - PR - Brasil. *E-mail:* oksandro@cgaadv.com.br

Resumo

Os países de economia de mercado têm significativas preocupações com as infrações à ordem econômica, necessitando constituir marcos regulatórios e mecanismos para tutelar a concorrência econômica, de tal modo que a eficiência econômica seja regida por instrumentos jurídicos determinados pelo Estado. Para mitigar os problemas decorrentes da formação de cartel que impedem a livre concorrência, provocando prejuízos à coletividade, surge o instituto do acordo de leniência, administrado pelo Conselho de Administração e Defesa Econômica – CADE -, órgão responsável pela prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. O acordo de leniência é um dos instrumentos mais efetivos utilizados pelas autoridades antitrustes para propiciar a aplicação eficaz da legislação de defesa da concorrência em relação à repressão às condutas anticompetitivas embora haja algumas contradições no campo da ética. Em cumprindo o acordo de leniência, o proponente-delator poderá ter a extinção da ação punitiva ou redução de um a dois terços da penalidade aplicável no âmbito administrativo e, no âmbito penal, extingue automaticamente a punibilidade dos crimes contra a ordem econômica.

Palavras-chave

Antitruste; Análise econômica do direito; Intervenção do Estado; Desenvolvimento; Leniência.

Abstract

The market economy countries have significant concerns with the restraint of trade, requiring constitute regulatory frameworks and mechanisms to protect economic competition, so that economic efficiency is governed by legislation determined by the State. To mitigate the problems arising from the formation of a cartel that prevent free competition, causing damage to the community, the Office of the leniency agreement arises, administered by the Board of Directors and Economic Defense - CADE - the body responsible for prevention and repression of offenses against economic order. The leniency agreement is one of the most effective tools used by antitrust authorities to provide effective enforcement of antitrust law as regards the repression of anti-competitive practices although there are some contradictions in the field of ethics. In fulfilling the leniency agreement, the proposing informer may have the extinction of the punitive action or reduction of one to two thirds of the penalty applicable at the administrative level and in the criminal context, automatically terminate the punishment of crimes against the economic order.

Key words

Antitrust; Law and Economics; State Intervention; Development; Leniency.

1. Introdução

O cartel – caracterizado pela formação de acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando à fixação de preços ou quantidades vendidas ou produzidas -, dentre as infrações à ordem econômica revela-se potencialmente prejudicial à livre concorrência e à livre iniciativa, haja vista eliminar a concorrência, restringir a capacidade de desenvolvimento tecnológico, bem como promover a imposição de preços ou quantidades ao mercado, prejudicando escolhas dos consumidores, com perdas significativas de bem-estar.

Os cartéis são considerados ilegais (o único cartel reconhecido como legalizado é a OPEP – Organização dos Países Exportadores de Petróleo), e, por isso, exige-se a atuação do Estado no desenvolvimento de políticas antitruste com a finalidade de impedir, identificar e punir os agentes econômicos que firmam pactos anticompetitivos, pois a manutenção de um livre mercado corresponde a um interesse difuso, que visa garantir a livre iniciativa que, por sua vez, pressupõe a disputa entre os agentes econômicos.

Considerando a dificuldade de identificar e, conseqüentemente, de punir atos de cartel, a legislação antitruste evoluiu e introduziu o acordo de leniência, um mecanismo de abrandamento das penalidades em troca de informações que levem à identificação de cartéis, que “difundiram-se e passaram a ser vistos pela comunidade antitruste internacional como a principal ferramenta de investigação à disposição das autoridades” (RIBEIRO; NOVIS, 2010).

Os acordos de leniência ampliam significativamente a possibilidade de obtenção de provas de cartéis, permitindo assim aumentar a probabilidade de condenação desse crime, bem como deter a formação de cartel, ao afetar sua estabilidade, diante do risco da delação.

Assim, este trabalho tem como objetivo analisar o modelo de acordo de leniência introduzido com a Lei n. 12.529/2011, empregado pelo CADE (Conselho de Administração e Defesa da Concorrência), e seus reflexos na persecução cível, penal, bem como, a sua interface com as questões éticas. Para atender aos objetivos propostos utilizou-se do método de pesquisa bibliográfica, estruturando-se o artigo em quatro seções além desta introdução; a segunda seção apresenta experiências internacionais desenvolvidas nos Estados Unidos e na Comunidade Europeia; a seção três destaca as características do modelo de leniência brasileiro, como os requisitos e os reflexos civil e penal; e a seção quatro aborda questões éticas que envolvem a política de defesa da concorrência por meio dos acordos de leniência.

2. Os Acordos de Leniência: A Experiência Norte-Americana, na Comunidade Europeia e a Brasileira

O termo leniência vem do latim *lenitate*, traduzindo a noção de brandura, mansidão, suavidade e, em direito da concorrência, corresponde, segundo Tavares e Giacaglia (2010, p. 78) “à aplicação de uma sanção menos severa, mais suave, em razão da colaboração ao desmantelamento de um cartel”.

Os acordos de leniência, segundo Rodas (2007, p. 22), “são aqueles firmados entre um integrante-delator do cartel e a autoridade antitruste com vistas a reduzir ou afastar as sanções que seriam aplicadas ao primeiro em troca de cooperação nas investigações”. É a possibilidade que os infratores cooperem com as investigações, com a finalidade de prevenir ou reparar dano de interesse coletivo. Para Mello (2008, p. 586), acordo de leniência “é uma tentativa de, pela via jurídica, desmantelar organizações que degeneram o ambiente de livre competição entre os agentes de mercado”.

Atualmente, o acordo de leniência é visto como uma importante ferramenta para preservar os pilares da livre concorrência, como será visto na experiência comparada.

2.1. A Experiência Norte-Americana

Os EUA foram pioneiros a instituir uma política de leniência em 1978, contudo, essa experiência apresentou poucos resultados porque a celebração do acordo, a concessão de benefícios - anistia (*amnesty*) das multas e de um processo criminal - não era automática, estando sujeita ao poder discricionário da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça.

Com a finalidade de reduzir a ação discricionária e estender benefícios a potenciais delatores, o programa norte-americano foi revisado em 1993, e passou a ser denominado *Corporate Leniency Policy*, instituindo três novas formas de abordagem de investigação e punição de cartéis.

- (i) isenção total, imediata e automática das penalidades em relação às empresas que colaboram com a agência antitruste, antes do início das investigações;
- (ii) a possibilidade de a leniência ser concedida, excepcionalmente, após iniciada a investigação, desde que as autoridades não disponham de provas para a condenação;
- (iii) a possibilidade de empregados, diretores e outros membros da empresa que cooperarem com as autoridades antitruste poderem ser protegidos das acusações criminais (RODAS, 2007, p. 24).

Com essas alterações o programa mostrou-se fundamental no combate aos cartéis, conforme apontam os dados de Griffin (2003), tanto que no período de 1978 até 1993 a média de celebração de acordos foi de aproximadamente uma por ano, e com a nova política, a partir de 1993, o número de celebrações subiu para uma por mês, sendo que entre outubro de 2002 e março de 2003 o número de celebrações de acordos de anistia pulou para três por mês.

O *Corporate Leniency Policy* também possibilita a chamada anistia adicional (*amnesty plus*), que, segundo Rodas, permitiu que outros cartéis, em outros mercados, fossem denunciados (2007, p. 24):

As autoridades norte-americanas perceberam ser comum que uma empresa participante de um cartel em um mercado, fazia igualmente parte de outros cartéis. Em vista disso, de forma pró-ativa, passaram a oferecer acordos de leniência para empresas, já formalmente investigadas por práticas de cartéis, com relação a outros cartéis em distintos mercados de que também fossem partícipes. Assim, ainda que uma empresa não pudesse ser beneficiada com o perdão total da pena decorrente do primeiro cartel sob investigação, a prestação de informações em relação ao segundo cartel levaria ao afastamento de condenação no que se refere a este, além da redução da pena com relação ao primeiro (o plus). Se a empresa decidir não reportar o envolvimento em um eventual segundo cartel, ela assume o risco de que, caso o conchavo seja descoberto, as penalidades sejam muito maiores em razão da reincidência.

A ideia da anistia adicional permite ao agente econômico que está sob investigação pela prática de cartel em um mercado, firmar acordo de leniência em outro mercado cartelizado do qual faça parte, desde que a autoridade antitruste não tenha conhecimento e o agente cumpra todos os requisitos legais. Assim, ele poderá obter redução da pena no

cartel que está em investigação e a anistia no qual firmou acordo de leniência, beneficiando-se duplamente, mas em diferentes medidas.

Para estimular o programa de leniência norte-americano, foi publicado, em 29 de outubro de 2003, o *Antritrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of* e, em 22 de junho de 2004, o *Antritrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of*, que ampliou penalidades e multas. O primeiro aumentou a multa imposta para a empresa participante de cartel de dez milhões pra cem milhões de dólares; e o segundo aumentou a multa ao empresário participante de cartel de trezentos e cinquenta mil dólares para um milhão de dólares e a pena de prisão aumentou de três para dez anos (GPO - *Government Publishing Office*, 2004).

O sucesso do programa de leniência corporativa norte-americano, segundo Salomi (2012, p.143) se deve a três fatores preponderantes: “a ameaça de aplicação de penalidades severas, o temor da punição e a transparência na política de atuação da agência”. Reflexo disso pode ser observado nos valores arrecadados pela aplicação de multas decorrentes de punição das atividades de carteis, que só no ano fiscal¹ de 2014 ultrapassaram os \$ 1.8 bilhões de dólares, como demonstra os dados no gráfico 01.

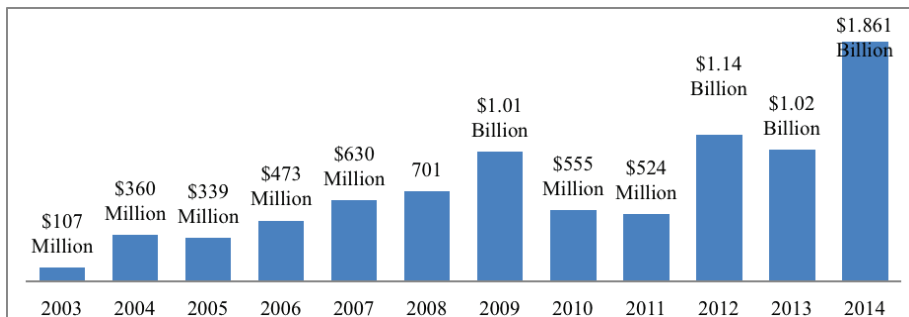


Gráfico 01- Multas aplicadas por crimes antitruste nos Estados Unidos da América no período de 2003 a 2014, no ano fiscal.

Fonte: Department of Justice, Criminal program, 2014.

2.2. A Experiência da Comunidade Europeia

Com o Tratado de Roma de 1957, que instituiu um mercado comum para seus signatários iniciais (França, Itália, Alemanha, Bélgica, Holanda, Luxemburgo), lançou-se as bases para um direito da concorrência europeu. Para Bagnole (2005, p. 201), “no campo

¹ O ano fiscal norte americano encerra em 30 de setembro.

da concorrência o tratado tinha como objetivo a superação da divisão do espaço econômico europeu em favor de um mercado cada vez mais integrado, onde as empresas tivessem liberdade de competir” bem como evitar o aparecimento de monopólios, práticas concertadas de empresas entre outros elementos que restrinjam a concorrência.

A Comunidade Europeia também desenvolveu seu programa de leniência, que por intermédio da Comissão Europeia, órgão comunitário responsável pela defesa da concorrência, lançou, em 1996, o denominado de *Leniency Notice*, que de forma diversa do modelo americano, que concede a anistia apenas à primeira firma que trair o cartel e delatá-lo à autoridade antitruste, seguiu uma abordagem de escalonamento das multas, conforme aponta Rodas (2007), de modo que a primeira empresa que se apresentar e contribuir com as investigações que levem a comprovação do cartel terá maiores benefícios, mas isso não impede que outras empresas participantes venham contribuir para acabar com o cartel.

De acordo com o Jornal Oficial das Comunidades Europeias (1996), a não aplicação da pena ou redução ocorrerá quando uma empresa: (a) for a primeira a trair e a delatar o cartel antes de qualquer investigação, apresentando informações úteis com toda documentação e provas, o que lhe garantirá uma redução da multa na ordem de 75 a 100% do valor total; (b) for a primeira a trair e a delatar o cartel, mas a investigação já estiver em curso, a redução da multa será em torno de 50 a 75% do valor total; e (c) se não for a primeira a trair e a delatar o cartel, mas colaborar com a investigação e não contestar as alegações de que é alvo, garantirá para si uma redução da multa que pode ser de 10% a 50% do valor total. A exata redução do valor das multas fica sob a discricionariedade da Comissão Europeia.

Em 2002, seguindo diretrizes do modelo norte-americano, a Comunidade Europeia promoveu uma reforma no *Leniency Notice*, ampliando a transparência e ofertando maiores garantias nas condições de concessão de eventuais reduções das penas aos membros de cartéis que buscam os acordos. Essa reforma possibilitou a redução de pena para as empresas colaboradoras, que fazem parte do cartel (chamados *latecomers*), ainda que as investigações já tenham sido iniciadas, desde que:

- (i) ofereçam provas contundentes acerca da existência do cartel; (ii) aceitem cooperar com o órgão antitruste de forma irrestrita; (iii) abandonem, definitivamente, as antigas condutas ilícitas; (iv) não tenham forçado a participação de quaisquer empresas no cartel. A anistia total, nos casos em que a investigação já tenha sido iniciada, somente será possível se a empresa for a primeira a cooperar com as autoridades antitruste, a fim de delatar evidências suficientes do cartel (RODAS, 2007, p. 25).

Os *latecomers* se beneficiam do programa com uma redução escalonada das penalidades, desde que atendam os requisitos cumulados descritos acima. Para o primeiro *latecomers*,

redução de 30 a 50%; ao segundo redução de 20 a 30%; e aos demais membros do cartel, redução de até 20% (Jornal Oficial das Comunidades Europeias, 2002 – item 23).

O programa europeu, *Leniency Notice*, passou por uma nova revisão em 2006 e a principal alteração foi a inclusão da possibilidade de o candidato a leniente continuar participando do cartel, na medida da necessidade para preservar a integridade e confidencialidade das negociações do acordo de leniência (Jornal Oficial das Comunidades Europeias, 2006 – item 12 b).

No período de 2011 a fevereiro de 2015 o Tribunal de Justiça Europeu já aplicou multas que totalizam € 6.077.179.000, conforme se observa no gráfico 01, a seguir.

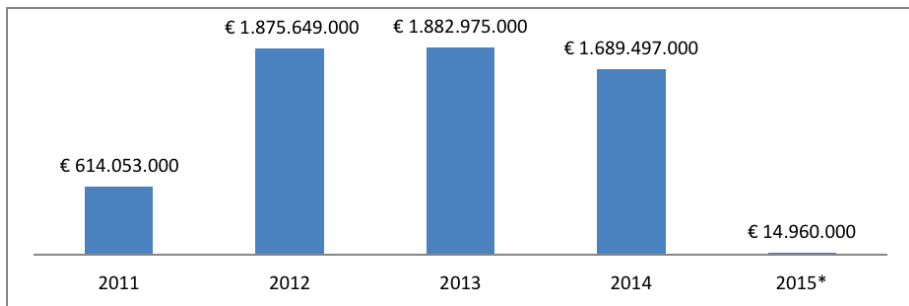


Gráfico 02- Multas impostas a cartéis pela Corte de Julgamento Europeia no período entre 2011 a 2015, valores em € (Euros).

Fonte: European Commission, 2015.

* Valor corresponde até o mês de fevereiro de 2015.

2.3. O Programa de Leniência no Brasil.

O programa de leniência somente foi instituído pela Medida Provisória nº 2.055, de 11 de agosto de 2000 que, após três edições, foi convertida na Lei nº 10.149/2000, alterando e acrescentando dispositivos à então lei de defesa da concorrência (Lei nº 8.884/94), especificamente os artigos 35-B e 35-C, que passaram a regular os acordos de leniência, com a principal finalidade de combater os delitos de cartéis, com a colaboração do co-autor do delito em troca de benefícios.

Segundo Mello *et al* (2008, p. 587), o Brasil, ao instituir o acordo de leniência, “optou pela consensualidade que, na medida do possível, deve operar na Administração Pública com vista à otimização da investigação antitruste de forma a proteger os interesses tutelados pela ordem econômica, bem como repreender os atos que expressam o abuso do poder econômico”:

[...] a Lei nº 8.884/94 reconhece que é do interesse dos consumidores brasileiros conceder benefícios àquele participante de cartel que queira

por um fim na conduta e cooperar de forma plena e ampla com as autoridades de defesa da concorrência de modo a permitir a condenação dos demais participantes do cartel. O interesse dos cidadãos brasileiros de ver desvendados e punidos cartéis supera o interesse de sancionar uma única empresa ou indivíduo que possibilitou a identificação, desmantelamento e punição de todo o cartel (SDE/CADE - Secretaria de Direito Econômico, Ministério da Justiça Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2009, p. 17).

A Portaria do Ministério da Justiça nº 456, de 15 de março de 2010, que trata de diversas espécies de processos administrativos², e que também regulamenta o Programa de Leniência, considera este um “[...] instrumento fundamental para garantir a plena concretização do princípio constitucional da livre concorrência, com especial relevância para a implementação da Política Brasileira de Combate a Cartéis” (BRASIL, 2010).

Em 2011 a legislação de defesa da concorrência sofreu significativas alterações, com a aprovação da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que revisou todo o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

O modelo vigente até 2011 tinha como problema impedir a empresa líder do cartel de celebrar o acordo de leniência, mas, com a reforma, esse impedimento foi retirado. Essa alteração parte da própria dificuldade de se avaliar quem é o líder, bem como de ampliar meios de prova oferecida pela empresa que se encontra nessa posição:

A SDE reconhece que em muitos cartéis não é possível identificar facilmente seu líder. O mero fato de uma empresa ter agendado uma reunião ou mantido arquivos do cartel não necessariamente a desabilita como potencial beneficiária do Acordo de Leniência. Além disso, não haverá um líder do cartel se duas ou mais partes desempenharam papéis equivalentes no funcionamento da prática, nenhuma tendo se sobressaído em sua organização. Por fim, o fato de uma empresa ser a líder de mercado não significa, necessariamente, que seja a líder do cartel (BRASIL, 2004, p. 45).

2 Art. 1º Regulam-se por esta Portaria as diversas espécies de processos administrativos previstos na Lei Nº 8.884, de 11 de junho de 1994, com a redação dada pela Lei Nº 9.021, de 30 de março de 1995, Lei Nº 9.470, de 10 de julho de 1997, pela Lei Nº 10.149, de 21 de dezembro de 2000, e pela Lei Nº 11.482, de 31 de maio de 2007, para apuração, prevenção ou repressão de infrações contra a ordem econômica, no âmbito da Secretaria de Direito Econômico:

I - Processo Administrativo para aprovação de Ato de Concentração Econômica;

II - Procedimento Administrativo para Apuração de Ato de Concentração;

III - Procedimento Administrativo Preparatório;

IV - Averiguação Preliminar para apuração de indícios de infração contra a ordem econômica;

V - Processo Administrativo cuja investigação possa resultar na imposição de sanções administrativas por infração contra a ordem econômica; e

VI - Processo Administrativo para imposição de sanções processuais incidentais.

Considerando a possibilidade de empresas participarem de mais de um grupo cartelizado, o SBDC também instituiu, aos moldes do modelo norte-americano, a possibilidade da leniência *plus*, que ocorre quando uma empresa já sob investigação, queira contribuir na investigação de um segundo cartel da qual é participante que ainda não está sob investigação. Nesta situação, embora o infrator não possa celebrar um acordo, se beneficiará da redução de 1/3 da pena que lhe for aplicada no primeiro cartel investigado e a extinção da ação punitiva em relação à nova infração denunciada, conforme disposição do art. 86 §§ 7º e 8º, da Lei nº 12.529 de 2011.

§ 7º A empresa ou pessoa física que não obtiver, no curso de inquérito ou processo administrativo, habilitação para a celebração do acordo de que trata este artigo, poderá celebrar com a Superintendência-Geral, até a remessa do processo para julgamento, acordo de leniência relacionado a uma outra infração, da qual o Cade não tenha qualquer conhecimento prévio.

§ 8º Na hipótese do § 7º deste artigo, o infrator se beneficiará da redução de 1/3 (um terço) da pena que lhe for aplicável naquele processo, sem prejuízo da obtenção dos benefícios de que trata o inciso I do § 4º deste artigo em relação à nova infração denunciada.

Contudo, para a obtenção deste benefício, o leniente precisa denunciar o segundo cartel antes que o primeiro seja levado ao CADE para julgamento final.

A leniência *plus* tem como objetivo estimular empresas e pessoas investigadas a considerarem a possibilidade de celebrar acordo de leniência com relação a todos os seus mercados de atuação.

2.3.1. Requisitos e Benefícios do Programa de Leniência

O programa de leniência consiste na celebração de acordos entre o CADE (por meio de sua Superintendência-Geral) e os agentes econômicos envolvidos na prática de cartéis, que buscam se desvincular dos conluíus e obter benefícios do programa, visando extinguir a punibilidade administrativa e criminal ou a redução da penalidade aplicável.

Mas, para celebrar o acordo, a Lei nº 12.529/2011 estabelece algumas condições, conforme rege o art. 86, incisos I e II, como a colaboração efetiva com as investigações e com o processo administrativo, na “identificação dos demais envolvidos na infração” e na “obtenção de documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação”. Além destas condições, para celebrar o acordo de leniência, a empresa integrante do cartel deve preencher, cumulativamente os requisitos do art. 86, § 1º e incisos, da lei supra, *in verbis*:

§ 1º O acordo de que trata o caput deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação;

II - a empresa cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo;

III - a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo; e

IV - a empresa confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparando, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

O acordo de leniência não é apenas para pessoas jurídicas, pessoas físicas também poderão celebrar acordos de leniência (art. 86, § 2º), desde que cumpram os requisitos II, III e IV, do art. 86, § 1º da Lei nº 12.529/2011.

Conforme estipula o dispositivo legal, para atender os requisitos do acordo de leniência, o (a) proponente (empresa ou pessoa física) deve ser o primeiro a se apresentar à Superintendência-Geral e a confessar sua participação na prática denunciada. A ordem de apresentação é regulada por meio de um sistema de senhas (*marker system*), que não se aplica para a leniência individual, o que permite que todos os agentes de uma mesma sociedade se beneficiem deste instituto:

A SDE pode conceder uma senha (*“marker system”*) para proteger a posição de um candidato na “fila” para o Acordo de Leniência por um período de não mais de 30 dias, de modo a lhe permitir obter as informações e provas necessárias sobre a conduta denunciada. Para se habilitar para a senha, o candidato deve fornecer à SDE informações a respeito de seu nome e endereço, os co-partícipes do cartel (*“quem”*), os bens e locais afetados (*“o quê”* e *“onde”*) e, se possível, a duração estimada do cartel (*“quando”*). O candidato deve informar também sobre outras propostas de Acordo de Leniência sobre a mesma prática apresentadas ou a serem apresentadas a outras jurisdições (SDE/CADE, 2009, p. 21).

Quando a empresa se habilita no programa de leniência, é garantido também aos funcionários envolvidos o mesmo benefício, desde que assinem o acordo de leniência juntamente com a empresa e atendam aos requisitos legais. Entretanto, se a empresa não aderir ao programa, seu funcionário pode fazê-lo individualmente, mas a proteção não será estendida à empresa, conforme disposição do art. 191, § 3º, do RICADE.

O leniente deve também cessar seu envolvimento na atividade ilícita, que de acordo com Taufick (2012, p. 398), trata-se da “cessação do comprometimento com o cartel”,

entretanto, é possível que a continuidade da conduta seja necessária para não levantar suspeitas e servir de oportunidade para coletar provas contra outros membros do cartel em uma operação de busca e apreensão.

Entretanto, para celebrar o acordo de leniência a Superintendência-Geral do CADE, não pode dispor de elementos probatórios suficientes para ensejar a condenação do proponente, conforme indica o inciso III do §1º do art. 86, bem como o art. 199, §1º, XI e XII do RICADE, dado que o acordo visa conceder a extinção da ação punitiva, em casos em que o CADE não tenha possibilidade de constituir um acervo de provas apto à condenação do proponente.

Destarte para obter os benefícios do programa de leniência, deve haver a confissão do crime, pois se não há confirmação do crime, não há punição a ser extinta. Assim, além da confissão, o candidato a leniente precisa cooperar permanentemente com as investigações e o processo administrativo até o seu encerramento.

A proposta de acordo de leniência pode ser oral ou escrita - art. 193, RICADE -, mas da proposta, apresentada oralmente à Superintendência-Geral, será elaborado um termo único, e, tanto uma quanto a outra terão tratamento sigiloso.

O art. 197 do RICADE estabelece os prazos para negociação da proposta de acordo de leniência, que é de 6 (seis) meses, prorrogáveis por outros 6 (seis) meses, a critério da Superintendência-Geral, caso estejam presentes circunstâncias extraordinárias. Apenas o Superintendente-Geral e seu Gabinete participam na fase de negociação. Se nenhum acordo for celebrado, todos os documentos referentes à negociação são devolvidos à parte.

Se a proposta for rejeitada ou o proponente vier a desistir do acordo de leniência, o que pode ser realizado a qualquer momento antes da assinatura do respectivo instrumento de acordo, as informações apresentadas não poderão ser utilizadas pelo CADE. Entretanto, o CADE poderá iniciar procedimento investigativo no âmbito da Superintendência-Geral para apurar os fatos relacionados à proposta de acordo de leniência, conforme disposição do art. 198 do RICADE.

Atendidos os requisitos e uma vez declarado o cumprimento do acordo de leniência pelo Tribunal, o signatário fará jus aos benefícios previstos no art. 86, § 4º, I e II, da Lei nº 12.529 de 2012 e do art. 201 do RICADE.

Art. 201. Uma vez declarado o cumprimento do acordo de leniência pelo Cade, será decretada em favor do signatário do acordo de leniência:

I - a extinção da ação punitiva da administração pública, nas hipóteses em que a proposta do acordo de leniência tiver sido apresentada à Superintendência-Geral sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou

II - nas demais hipóteses, a redução de um a dois terços das penas aplicáveis na seara administrativa.

Parágrafo único. Nas duas hipóteses referidas acima, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de novembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

Conforme artigos 86 e 87, da Lei nº 12.529/2011, o acordo de leniência garante aos dirigentes e administradores da empresa beneficiária a imunidade na esfera administrativa e criminal. A lei determina, ainda, a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento de denúncia criminal contra tais pessoas físicas.

O primeiro acordo de leniência celebrado no Brasil deu-se em 8 de outubro de 2003, após a realização de duas operações de busca e apreensão, um dos membros de cartel apresentou-se à SDE (Secretaria de Direitos Econômicos) para delatar às autoridades antitruste um esquema elaborado por um grupo de 21 empresas, três entidades e 30 pessoas físicas do setor de segurança privada do Rio Grande do Sul para fraudar licitações e combinar preços. Visando a obtenção e imunidade total das multas administrativas e das sanções criminais, o beneficiário do programa de leniência apresentou provas diretas das fraudes às licitações, incluindo testemunhos de empregados e documentos trocados entre os integrantes do cartel (SEAE, 2009). Com a comprovação, inquéritos criminais foram instaurados contra as pessoas físicas envolvidas no cartel, com exceção do beneficiário do acordo de leniência. E, em 2007, como resultado do processo o Cade:

[...] impôs multas que variaram de 15 a 20% do faturamento bruto de 2002 a 16 empresas pela prática de cartel. Administradores das empresas condenadas e três associações de classe também foram condenados e multados pelo CADE. As multas impostas foram superiores a R\$ 40 milhões. Na mesma ocasião, o CADE reconheceu que o beneficiário do Programa de Leniência cumpriu as condições impostas no Acordo e, portanto, nenhuma sanção lhe foi imposta na esfera administrativa, tendo havido ainda a extinção automática da punibilidade no âmbito criminal (SEAE, 2009, p.19).

Embora o programa de leniência seja recente no SBDC, ele tem sido extremamente importante para os esforços de combate a cartéis. Segundo o CADE, no período compreendido entre 2003 a 2014, foram realizados 40 acordos leniência e nove aditivos a acordos de leniência, conforme indica a distribuição anual no gráfico 03, o que demonstra avanços e o reconhecimento do programa de leniência como instrumento de defesa da concorrência.

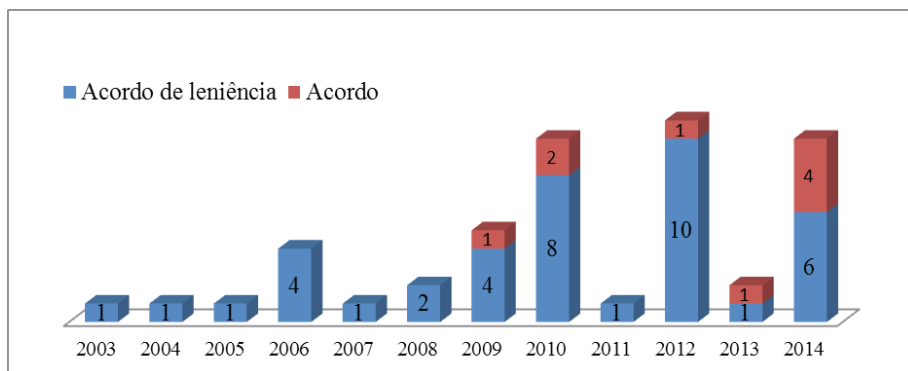


Gráfico 03- Acordos de leniência e aditivos assinados no período de 2003 a 2014.

Fonte: Cade, 2015.

A partir dos valores arrecadados é possível quantificar a grandeza das sanções impostas pelo CADE, no período de 2009 a setembro de 2014, quando arrecadou R\$ 288.375.130, conforme demonstra os dados do gráfico 04. Merece destaque o aumento de 66,74% dos valores arrecadados entre 2011 e 2013, justamente o período da nova lei que criou regras mais claras para a celebração de acordos de leniência. Estes valores indicam uma maior eficiência da norma e a atuação do CADE, que com mais transparência e aplicação de multa pode estimular os acordos de leniência.

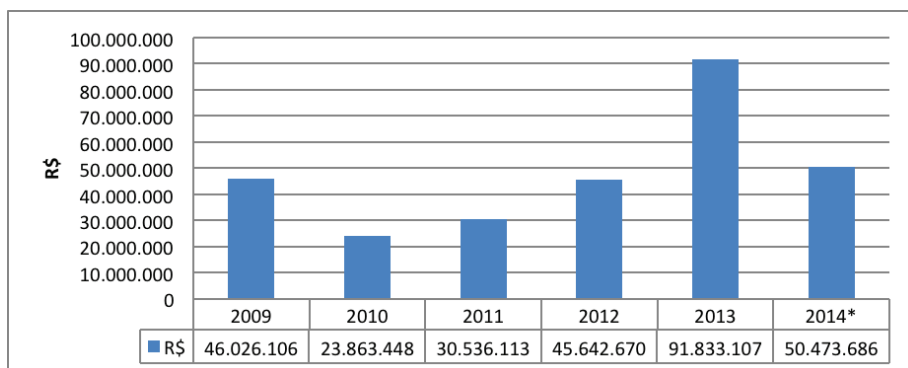


Gráfico 04- Valores arrecadados no período de 2009 a 2014, valores em Reais.

* Valores até setembro de 2014.

Fonte: Cade, 2014.

Segundo Rodas (2007, p. 23), um programa eficaz de leniência deve criar incentivos suficientes para que a empresa conclua que terá mais benefícios denunciando a prática de cartel do que se silenciar, para isso, é importante conter os seguintes elementos: “i) nível

das sanções, ii) receio da descoberta, iii) incerteza da conduta do concorrente integrante do acordo, iv) transparência no aplicação do programa”.

O aperfeiçoamento da legislação antitruste ganha importância diante do constante avanço da internacionalização das economias nacionais e a transnacionalização das empresas, que produzem mudanças em práticas comerciais que ampliam as possibilidades de operações formadoras de carteis, exigindo-se mecanismos diferenciados na defesa da concorrência.

Embora os programas de leniência do Brasil e da Comunidade Europeia tenham tomando como ponto de partida as experiências do modelo norte-americano, há algumas diferenças importantes, que estão destacadas no quadro 01, a seguir:

Quadro: 01- Características diferenciais do modelo norte americano, europeu e brasileiro em programas de leniência

Caraterísticas	Programas de leniência		
	Norte-americano	Europeu	Brasileiro
Imunidade após o começo das investigações	Sim, desde que seja a primeira empresa – imunidade da multa e do processo criminal.	Sim, desde que seja a primeira empresa.	Sim, apenas para o processo criminal.
Redução de multas para as empresas que não atenderam os requisitos do programa	Não há previsão de escalonamentos da multa para novas empresas que vierem a delatar a formação de cartel	A empresa que não for a primeira a delatar a formação do cartel poderá se beneficiar com uma redução de multa de forma escalonada	Não há previsão de escalonamentos da multa para novas empresas que vierem a delatar a formação de cartel, mas há a leniência <i>plus</i> .
Penalidade	Os infratores estão sujeitos à aplicação de sanções, tão logo investigados e condenados.	A Comissão Europeia não tem jurisdição sobre as pessoas, cabe a cada um dos países membros aplicarem a punição e/ou multa.	Os infratores estão sujeitos à aplicação de sanções, tão logo investigados e condenados.

Características	Programas de leniência		
	Norte-americano	Europeu	Brasileiro
Persecução Civil	Previsão da cláusula de restituição (<i>restitution clause</i>), concernente à obrigação da empresa beneficiada pela anistia indenizar as partes prejudicadas.	Cada país membro tem a responsabilidade de regulamentar as consequências civis, como reparação/indenização sobre os lenientes.	Possibilidade Ação Cível Pública, para ressarcimento de perdas e danos gerados pelo cartel.
Cartel como ato criminoso	Sim	Não	Sim

Fonte: Elaboração própria.

Como é possível observar o sistema brasileiro optou por retirar dos modelos americano e europeu seus aspectos mais positivos o que o torna, ao menos a priori, mais eficiente que os outros dois.

3. Reflexos do Acordo de Leniência no Direito Civil e Penal

A tutela administrativa do Estado visando proteger a defesa da concorrência não esgota a possibilidade de ações individuais ou coletivas em face dos infratores à ordem econômica para promover o ressarcimento por prejuízos gerados aos consumidores e ou ao poder público.

Na União Europeia e na legislação norte-americana, o fato de uma empresa ter cooperado com a Comissão durante o seu procedimento administrativo e ter obtido imunidades das penas ou redução não as protege das consequências de direito civil.

A legislação brasileira também proporciona mecanismos que permite que os consumidores que foram de forma prejudicados, possam ingressar com ações visando à reparação de danos.

3.1. Da Reparação Civil

A legislação brasileira permite a busca da reparação dos danos. Assim, além da persecução administrativa e penal, os membros de cartéis estão sujeitos ainda à persecução na esfera civil, conforme art. 47 da Lei nº 12.529/2011, que “prevê que consumidores

podem ingressar em juízo, diretamente ou por meio de associações, Ministérios Públicos e PROCONs, para obter indenização por perdas e danos sofridos pela prática de cartel”.

Tal dispositivo, segundo Taufick, é relevante, pois possibilita ações paralelas em função de danos à concorrência, contudo, é preciso reconhecer a pouca tradição brasileira nesse tipo de reparação, cujo aumento depende “da paulatina educação dos cidadãos pela advocacia da concorrência – a qual é importantíssimo instrumental de desincentivo ao cometimento de ilícitos concorrenciais” (2012, p. 293).

Além da lei anticoncorrencial não excluir a reparação pelos danos, essa sistemática encontra reforço no Código de Defesa do Consumidor, que, no seu art. 6º, estabelece o direito a reparação de danos patrimoniais e morais como um direito básico do consumidor:

[...] VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; VII – o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados; [...].

O disposto no art. 47, da Lei nº 12.529/2011, combinado com o art. 82 da Lei nº 8.078/1990, estabelece o rol de legitimados para o ingresso das ações coletivas, visando à proteção dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

I - o Ministério Público,

II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

§ 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

A legitimidade para agir expressada por esse artigo possibilita que quaisquer dos entes elencados atuem independentemente da concordância dos demais na interposição das ações coletivas. Nesse sentido, Nunes (2010, p. 796), entende que a norma protecionista do direito de ação é conferida a entes legitimados de forma concorrente, conferindo maior garantia de proteção aos direitos estabelecidos, visando ampliar a eficácia da lei.

Com o objetivo de estimular e promover o ajuizamento de ações privadas pelas vítimas de cartel, principalmente pela via de ação cível pública, o conselheiro Fernando Furlan, no cartel dos gases medicinais, determinou em seu voto no Processo Administrativo 08012.009888/2003-70 (item 7.3), que as entidades prejudicadas pelo cartel fossem informadas da possibilidade de promover ações de reparação por perdas e danos, bem como da divulgação dos documentos.

Com possibilidade de responsabilização civil por perdas e danos, em março de 2012 a Procuradoria da República em Campinas ajuizou ação civil pública, para que as empresas condenadas pelo CADE por formação de cartel na comercialização de gases industriais e medicinais, sejam obrigadas a ressarcir os cofres públicos pelos prejuízos causados ao Sistema Único de Saúde (SUS) e aos órgãos públicos que compraram gases industriais superfaturados na Subseção Judiciária de Campinas³.

3.2. Reflexos Penais do Acordo de Leniência

A livre concorrência e a livre iniciativa, previstas no *caput* do art. 170 da Constituição, são fundamentos basilares da ordem econômica. Desta forma, ações que coloquem em risco ou efetivamente violam os bens jurídicos do sistema econômico-social estarão sujeitas à punição pelo Estado, enquanto crimes contra a ordem econômica.

Neste sentido, reconhecendo a necessidade de um controle eficaz em relação à criminalidade moderna Hassemer *apud* Bitencourt (2013, p. 445) sugere a criação de um novo direito, denominado Direito de Intervenção, que seria um meio termo entre o Direito Penal e o Direito Administrativo, sem as pesadas sanções do Direito Penal, especialmente a pena privativa de liberdade, mas que seja tão eficaz e possa ter, ao mesmo tempo, garantias menores que a do Direito Penal tradicional.

Segundo Bittencourt (2013, p. 875), “a pena não é elemento do crime, mas consequência deste. A punição é consequência natural da realização da ação típica, antijurídica e culpável. Porém, após a prática do fato delituoso podem ocorrer causas que impeçam a aplicação da sanção respectiva”, conforme disposição do art. 107 do Código Penal, que apresenta um rol de situações que levam a extinção da punibilidade.

O rol previsto no artigo supra descrito não é *numerus clausus*, haja vista outros dispositivos, como por exemplo, perdão judicial (arts. 121, § 5º; 129, § 8º; 180, § 3º; 181;

3 Municípios da 5ª Subseção Judiciária do Estado de São Paulo: Águas de Lindóia, Amparo, Arthur Nogueira, Cajamar, Campinas, Campo Limpo Paulista, Capivari, Conchal, Cosmópolis, Elias Fausto, Engenheiro Coelho, Holambra, Hortolândia, Indaiatuba, Itatiba, Itupeva, Jaguariúna, Jarinu, Jundiá, Lindóia, Louveira, Mombuca, Monte Alegre do Sul, Monte Mor, Morungaba, Paulínia, Pedreira, Rafard, Santo Antônio da Posse, Serra Negra, Socorro, Sumaré, Valinhos, Várzea Paulista e Vinhedo.

348, § 2º; do Código Penal); a *restitutio in integrum* (art. 249, § 2º); as hipóteses do art. 7º, § 2º, *b e e*, do Código Penal.

De qualquer modo, a causa extintiva de punibilidade, segundo Nucci (2006, p.481), “é o desaparecimento da pretensão punitiva ou executória do Estado em razão de específicos obstáculos previstos em lei”. Em complemento, Bittencourt (2013, p.875), diz que o que “cessa é a punibilidade do fato, em razão de certas contingências ou por motivos vários de conveniência ou oportunidade política”.

Assim, o dispositivo em questão pode ser compreendido como outro efeito penal do acordo de leniência, pois, quando da “declaração de seu cumprimento, o Estado se despoja do poder de punir o leniente, que se livre da imposição de penalidades dos crimes econômicos denunciados” (TAVARES; GIACAGLIA, 2010, p. 90). Nota-se, portanto, que não há a extinção do crime em si, mas do *jus puniendi* do Estado perante o leniente.

Taufick (2012, p. 413) avalia que atual legislação de defesa da concorrência fortaleceu o programa de leniência ao prever não apenas os crimes contra a ordem econômica da Lei nº 8.137/1990, incorporando “adicionalmente, quaisquer crimes relacionados à prática de cartel” e estendendo os seus efeitos para crimes conexos ao cartel como, por exemplo, fraude a licitação pública, conforme demonstra a redação do art. 87 da Lei nº 12.529/2011.

Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência.

Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo.

Ainda segundo Taufick (2012, p. 413), a abrangência do acordo de leniência quer evitar que “a extinção da punibilidade prevista na lei fosse irregularmente contornada pelas autoridades públicas, em especial membros do Ministério Público, os quais astutamente tentavam forçar a punição do cartel, tipificando-o como formação de quadrilha”⁴, conforme previsto no art. 288 do Código Penal.

4 A Lei 12.850 de 2013, alterou a redação do art. 288 do Código Penal, de acordo com a vigente, a associação de 3 ou mais pessoas para o fim específico de cometer crime passa a ser denominado de associação criminosa.

Neste sentido, o acordo de leniência, encontra semelhança na delação premiada, que foi instituído no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da Lei nº 9.807/1999, que traz a possibilidade da extinção da punibilidade ou redução da pena em compensação à efetiva e voluntária colaboração do acusado com a investigação e o processo criminal.

4. Preocupações Éticas no Acordo de Leniência

Constitucionalmente cabe ao Estado a responsabilidade de prevenir e reprimir infrações contra a ordem econômica, uma função essencial para garantir os seus princípios, o que enseja o desenvolvimento de institutos legislativos, pautados em diretrizes éticas, bem como a criação de órgãos especializados na prevenção, repressão e coerção contra as ações criminosas relativas à concorrência.

A legislação brasileira, com a finalidade de reprimir infrações à ordem econômica, incentiva o acordo de leniência, contudo, sua utilização traz alguns questionamentos do ponto de vista ético, por exemplo, para combater o crime é necessária a associação criminosa? Mesmo sendo legal o acordo de leniência é um instituto ético?

O termo delação advém do latim *delatione* e significa “denunciar, revelar (crime ou delito); acusar como autor de crime ou delito; deixar perceber; denunciar como culpado; denunciar-se como culpado; acusar-se” (FERREIRA, 1999, p. 617).

Para uma parcela da doutrina, a delação premiada é um incentivo legal à traição, pois o delator concorda voluntariamente em trair os demais membros da prática criminal, com a finalidade de receber benefícios da redução ou extinção da pena, o que somente torna ainda mais evidente a sua absoluta falta de padrões éticos e morais, ainda que contrários ao ordenamento jurídico.

O acordo apresenta-se como um desprezível meio de obtenção de confissão exclusivamente baseado na traição, seja pela sedução moral de obtenção dos benefícios de redução da sanção penal ou extinção da punibilidade, seja pela coação psicológica, em virtude da alta possibilidade de seu envolvimento na prática delituosa ser descoberto ou delatado por outro participante (SALOMI, 2012, p.180).

A esse respeito Damásio de Jesus (2002, p. 30-31), registra que:

A polêmica em torno da “delação premiada”, em razão de seu absurdo ético, nunca deixará de existir. Se, de um lado, representa importante mecanismo de combate à criminalidade organizada, de outro, traduz-se num incentivo legal à traição. A nós, estudiosos e aplicadores do Direito, incumbe o dever de utilizá-la *cum grano salis*, notadamente em razão da ausência de uniformidade em seu regramento. Não se pode fazer dela um fim em si mesma, vale dizer, não podem as autoridades encarregadas

da persecução penal contentarem-se com a “delação”, sem buscar outros meios probatórios tendentes a confirmá-la.

Da mesma forma, Castelo Branco *apud* Salomi (2012, p.180), revelou que o instituto da delação, aplicado aqui analogicamente, apresenta, sob o ponto de vista ético, dois pesos e duas medidas, pois traz: “[...] punições diferentes para procedimentos totalmente iguais, com recompensas especiais ao traidor, como se a traição fosse um valor positivo de caráter humano”.

Dessa forma fica evidenciado o conflito ético do instituto com os princípios da dignidade da pessoa humana, conforme artigo 1º, III e das garantias da liberdade e do devido processo legal, previsto no artigo 5º, caput, e LIV, ambos da Constituição Federal.

Nesse contexto, a delação premiada e o acordo de leniência representam instrumentos antiéticos, cuja finalidade é a obtenção de provas, provocando uma dissociação entre Direito e Moral. Para Ramos; Souza (2013, p.196) “a relativização da moral presente na sociedade pós-moderna não pode ser admitida na política estatal de combate à criminalidade”.

Se considerarmos que a norma jurídica de um Estado de Direito é o último refúgio do seu povo, no sentido de que as proposições enunciativas nela contidas representam um parâmetro de organização ou conduta das pessoas, definindo os limites de suas atuações, é inaceitável que este mesmo regramento jurídico preveja a delação premiada em flagrante incitamento à transgressão de preceitos morais intransigíveis que devem estar, em última análise, embutidos nas regras legais exurgidas do processo legislativo (MOREIRA, 2013, p.5).

De outro lado, existem autores que defendem a leniência, como Mendroni; Farina (2013, p.171), que destacam pontos positivos do acordo de leniência.

No que toca, portanto, as consequências do acordo de leniência, a lei 12.529/2011 parece ter sido bastante coerente como os movimentos mais modernos no combate à criminalidade organizada e aos “crimes de colarinho branco”, buscando dar eficácia aos instrumentos de colaboração, que auxiliam no descobrimento e dissolução dos crimes, que no caso de formação de cartel, constitui-se verdadeira organização criminosa empresarial.

Embora os argumentos dos autores contrários à leniência sejam importantes, está-se diante de um caso de conflito entre valores que merecem proteção, mas em que um se sobrepõe ao outro. Assim, a defesa da concorrência, enquanto direito coletivo, justifica a existência dos acordos de leniência em detrimento das considerações morais mencionadas, vez que outros valores morais importantes são violados pelos cartelizados.

Assim, apesar do conflito ético-moral, o acordo de leniência é um instrumento fundamental para a preservação de outros princípios constitucionais, dada a realidade das relações de mercado, notadamente nas economias de mercado em um mundo globalizado.

5. Conclusões

A dificuldade do mercado em se autorregular fez surgir o Direito Econômico, com a finalidade de mitigar as falhas de mercado e instituir a primazia do interesse econômico geral, sem suprimir a atividade lucrativa dos agentes econômicos. Assim, a Constituição estabelece as ordens jurídico-econômicas e princípios norteadores das relações econômicas. As intervenções do Estado na economia, atuando na repressão às práticas que restringem a livre concorrência e a liberdade de mercado, apresentam papel fundamental para o desenvolvimento e crescimento econômico, quer seja nos momentos de maior liberdade econômica ou nos momentos de crise.

Com a finalidade de mitigar danos à concorrência, bem como as dificuldades de identificar os cartéis, o SBDC adotou o programa de leniência, instituindo no ordenamento instrumento semelhante a delação premiada, o acordo de leniência.

O acordo de leniência estabelece algumas condições, como a colaboração efetiva com as investigações e com o processo administrativo, na “identificação dos demais envolvidos na infração” e na “obtenção de documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação”. Cumprido os requisitos e declarado o acordo de leniência, poderá haver a extinção da ação punitiva ou redução de um a dois terços da penalidade aplicável no âmbito administrativo e, no âmbito penal extingue automaticamente a punibilidade dos crimes contra a ordem econômica. Assim, essas providências servem de incentivo aos delatores, permitindo, assim, uma proteção mais eficiente da concorrência.

Embora em termos éticos o acordo de leniência possa ser interpretado como imoral, dado que afronta o princípio da proporcionalidade ao cominar penas diferentes para os agentes envolvidos na mesma conduta criminosa, com os mesmos objetivos e o mesmo grau de culpabilidade; de outro a regulação concorrencial deve preservar e garantir o equilíbrio entre os agentes econômicos, exercendo o interesse da justiça social e conferir prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado, com vistas à redução das desigualdades sociais, regionais, a busca do pleno emprego e do desenvolvimento nacional.

Por isso, o acordo de leniência é um instrumento adequado a perseguir tais princípios através da garantia à concorrência livre, justa e leal.

6. Referências

- BAGNOLE, V. **Introdução ao direito da concorrência: Brasil – globalização - união europeia – mercosul – alca**. São Paulo: Editora Singular, 2005.
- BITTENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal, 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até os crimes contra a fé pública**. 7ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BRASIL. **Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 14 mar. 2015.
- BRASIL. **Lei nº 8.884 de 11 de junho de 1994**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm>. Acesso em 13 mar. 2015.
- BRASIL. **Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 01 de agosto de 2001**.
- BRASIL. **Projeto de lei nº 3.937, de 2004**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/569964.pdf>>. Acesso em 13 mar. 2015.
- BRASIL. **Portaria nº 456, de 15 de março de 2010**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/2010PortariaMJ456.pdf>>. Acesso em 13 mar. 2015.
- BRASIL. **Lei nº 12.529 de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 14 fev. 2015.
- BRASIL. **Resolução nº 1, de 29 de maio de 2012**. Aprova o regimento interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – RICADE. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%201_2012%20-%20RICADE%20\(2\).pdf](http://www.cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%201_2012%20-%20RICADE%20(2).pdf)>. Acesso em: 9 dez. 2014.
- CADE - Conselho de Administrativo de Defesa Econômica. **Programa de leniência**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?fd3efe010f0d0f2b391a31>>. Acesso em: 02 mai. 2015.
- DEPARTMENT OF JUSTICE. **Antitrust Division 2014 Criminal Enforcement Update**. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/division-update/2014/criminal-program.html>>. Acesso em: 01 mai. 2015.

- EUROPEAN COMMISSION. **Statistic**. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>>. Acesso em: 01 mai. 2015.
- FERREIRA, A. B. de H. **Novo Aurélio século XXI**: Dicionário da Língua Portuguesa. 3ª edição Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.
- GPO - Government Publishing Office, 2004. **Development organization advancement act of 2004**. Disponível em: <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-108publ237/html/PLAW-108publ237.htm>> Acesso em: 30 abr. 2015.
- GRIFFIN, J. M. (2003). A summary overview of the antitrust division's criminal enforcement program. In: **The modern leniency program after ten years**. Disponível em: <<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/201477.htm>> Data: 30/4/2015.
- JESUS, D. E. de. **Temas de Direito Criminal**. 2 série. Saraiva: São Paulo, 2002.
- JORNAL OFICIAL DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Sobre a não aplicação ou a redução de coimas nos processos relativos a acordos, decisões e práticas concertadas**. (96/C 207/04, de 18.07.1996). Disponível em: <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31996Y0718\(01\)&from=PT](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31996Y0718(01)&from=PT)>. Acesso em: 01 mai. 2015.
- JORNAL OFICIAL DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis**. (C 45/3, de 19.02.2002). Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2002:045:0003:0005:P-T:PDF>>. Acesso em: Acesso em: 01 mai. 2015.
- JORNAL OFICIAL DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Comunicação da Comissão Relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis**. (C 298/11, de 08.12.2006). Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:298:0017:0022:P-T:PDF>>. Acesso em: Acesso em: 01 mai. 2015.
- MELLO, S. S. de F.; *et ali*. **Acordo de leniência: A lógica do consenso na proteção dos interesses difusos tutelados pela lei antitruste**. *In*: Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia. Uberlândia, 2008, Vol. 36, p. 575-598.
- MENDRONI, M. B.; FARINA, F. M. Q.. **Alterações penais da nova lei do sistema brasileiro de defesa da concorrência**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.102, n. 927, p. 159-173, jan. 2013.
- MOREIRA, R.A. **A delação premiada no direito brasileiro**. Disponível em: <<http://www.ibadpp.com.br/wp-content/uploads/2013/04/A-dela%C3%A7%C3%A3o-no-Direito-brasileiro-Romulo-Moreira.pdf?1b55ec>>. Acesso em 30 abr. 2015.

- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 6ª Edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora dos tribunais, 2006.
- NUNES, L. A. R. **Curso de direito do consumidor**: com exercícios. 5ª Edição, revisada, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RAMOS, F. S.; SOUZA, I. B. de. **Implicações éticas da delação premiada na nova Lei de defesa da ordem econômica**. In: Revista Pesquisas Jurídicas. vol. 2, n.º1, p.184/199, jan – jun. 2013.
- RIBEIRO, A.; NOVIS, M. E. **Programa brasileiro de leniência: evolução, efetividade e possíveis aperfeiçoamentos**. In: Revista do IBRAC – Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, Jan. – Jun. 2010, Vol. 17, p. 147-168.
- RODAS, J. G. **Acordos de leniência em direito concorrencial**: práticas e recomendações. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 862, vol. 96, pp.22/33, agosto, 2007.
- SALOMI, M. B. **O Acordo de leniência e seus reflexos penais**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2012.
- SDE/CADE - Secretaria de Direito Econômico, Ministério da Justiça Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Combate a carteis e Programa de Leniência**. Coleção SDE/CADE nº 01/2009. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/Cartilha%20Leniencia%20SDE_CADE.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2015.
- TAUFICK, R. D.. **Nova lei antitruste brasileira**: A lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no Direito da Concorrência. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.
- TAVARES, C. de C.; GIACAGLIA, A. P. **Efeitos do cumprimento do acordo de leniência**. Análise do Inc. I do § 4º do art. 35-B e do art. 35-C, ambos da Lei 8.884, de 11/06/1994. In: Revista do IBRAC – Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, Jul.-Dez./ 2010, Vol. 18, p. 75-97.

PRÁTICA DE CARTEL NO BRASIL: UM ESTUDO SOBRE AS DECISÕES DO CADE E O PERFIL DAS CONDENAÇÕES POR CARTEL

FELIPE BRAGA ALBUQUERQUE

Professor Dr. do Programa de Pós-Graduação em Direito (PGDIR) da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC).

LEONARDO JOSÉ PEIXOTO LEAL

Professor dos cursos de Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza e do Centro Universitário Estácio do Ceará. Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Advogado. Secretário-Geral da Comissão de Estudo e Defesa da Concorrência da OAB/CE. Vice-Presidente Nordeste da Federação dos Pós-Graduandos em Direito do Brasil – FEPODI.

Resumo

O objetivo deste trabalho é analisar a prática de cartéis no Brasil a partir da atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. O estudo conclui, com base em uma metodologia de pesquisa teórica e documental, que embora exista no Brasil uma boa estrutura administrativa de proteção ao ambiente concorrencial, fortalecida a partir da Lei 12.529/2011, é evidente a baixa consistência com a qual uma conduta de aporte tão grave vem sendo tratada ao longo dos anos. É certo que muitas são as dificuldades envolvidas na constatação dessa infração todavia não parece haver um trabalho consistente no âmbito nacional a esse respeito, restringindo-se as análises a situações isoladas sugerindo a ocorrência de um trabalho feito por amostragem. Inicialmente, o trabalho aborda a defesa da concorrência no Brasil; em seguida é analisada a estrutura administrativa e o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC); após, estabelece-se um estudo sobre a prática de cartel, espécie de infração à ordem econômica, promovendo o levantamento dos casos julgados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) no período compreendido entre os anos de 2000 e 2013; por fim, faz-se uma análise crítica dos dados coletados.

Palavras-chave

Concorrência; Cartel; CADE.

Abstract

The objective of this work is to analyze the cartel practice in Brazil, aiming to identify the effective use of the judiciary in control practices violations of the economic order. The study concludes, based on a methodology of theoretical and documentary research, that although there is in Brazil a good administrative structure to protect the competitive environment, this structure strengthened from the Law 12.529/2011, there remains a deficiency of knowledge of antitrust policy by the population, resulting in a small number of processes aimed at compelling infringing practices or work for the restoration of damage. Initially, the paper addresses the protection of competition in Brazil, and then analyzes the administrative structure and the Brazilian System of Competition Defense, after sets the focus on the analysis of cartel cases, sort of violation of the economic order, promoting the survey cases sentenced by the Administrative Council for Economic Defense - CADE between the years 2000 to 2013, and finally It is made a review analysis.

Key words

Defense; Competition; Cartel; CADE.

1. Introdução

A defesa da concorrência objetiva, na sua origem, favorecer um ambiente de mercado de “concorrência perfeita”, ou seja, que nenhum dos agentes que se relacionam detenha poder suficiente, poder de mercado, para, sozinho, determinar aspectos como preço, produção, qualidade, investimento em inovação, dentre outros elementos relevantes.

Mas na realidade, o ambiente descrito acima é de difícil configuração devido ao fato de que há uma tendência de concentração no sistema capitalista¹ de produção, uma vez que quanto maior for a empresa ou agente econômico, maiores serão suas possibilidades de lucro com ampla perspectiva de redução de custos. Dessa forma, a maior parte dos mercados estrutura-se em ambientes de “concorrência imperfeita” ou de estrutura “oligopolista” ou “monopolista”. Além do fato da possibilidade de ocorrências de externalidades como a formação de conluio entre competidores, fato que elimina os benefícios de uma estrutura concorrencial.

Dentro desse contexto, uma política estatal de controle e defesa do ambiente concorrencial assume especial relevância uma vez que essa estrutura poderá propiciar a existência de um ambiente, o mais próximo possível, da estrutura de “concorrência perfeita” por meio de controle e fiscalização eficientes dos atos praticados no mercado, o que resulta,

¹ No sentido do lucro ser determinante na concentração de poder econômico (MOTA, 2007, p.70-71)

em regra, ganhos positivos para a economia e para a sociedade, como redução de preços, melhoria de qualidade de produtos e serviços, aumento dos investimentos em inovação e tecnologia, entre outras possibilidades.

Recentemente, o SBDC foi reestruturado a partir da Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011 que revogou a Lei 8.884 de 11 de junho de 1994 sendo constatável que, nos últimos anos, o sistema evoluiu, desenvolvendo um trabalho de excelência que se percebe tanto pelo aumento no número de processos, cujo objeto abrange atos de concentração, como de processos que tenham por objeto infrações à ordem econômica apreciados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

As práticas lesivas à concorrência, além de causarem impactos negativos ao mercado, podem provocar danos concretos às pessoas nele presentes. Imagine-se, por exemplo, um cartel dos postos de combustíveis em um determinado município. Estima-se que, em média, um cartel acarrete um aumento de preço entre 10% e 20% do que seria praticado em um ambiente efetivamente competitivo. Dessa forma, todos os indivíduos que adquirirem combustível nesse município estarão sendo lesados ao comprarem combustível mais caro, significando um dano concreto experimentado pelos compradores.

Por conta de situações como essas é que a Lei 12.529/2011 estabelece que qualquer prejudicado poderá pleitear judicialmente a cessação de práticas de infração, bem como a reparação dos danos experimentados em razão de qualquer conduta anticoncorrencial. Tão importante é a responsabilidade civil que a legislação estabeleceu a total independência entre as esferas civil e administrativa, não havendo qualquer vinculação direta entre a possível busca por reparação da tutela jurisdicional e a instauração ou não de processos administrativos junto ao SBDC.

Nesta direção, o presente trabalho objetiva analisar os casos julgados pelo CADE no período compreendido entre 2000 e 2013 envolvendo a prática de Cartel. A delimitação temporal foi estabelecida a partir da facilidade de acesso a informação junto ao portal eletrônico do CADE acerca dos julgados realizados, não estando disponíveis as informações concretas de julgados anteriores a 2000.

Ressalte-se que a atuação do CADE próxima aos moldes atuais iniciou-se em 1995 a partir da vigência da Lei 8.884 de 11 de junho de 1994, que fortaleceu a defesa da concorrência no Brasil atribuindo maiores poderes e competências aos órgãos. Percebe-se, dessa forma, que a amostragem selecionada é bastante consistente, capaz de espelhar com segurança o perfil de atuação da autoridade antitruste brasileira acerca dessa matéria. Não foram incluídos dados de 2014 por ainda não estarem disponíveis, à época da coleta dos dados para pesquisa, as informações consolidadas acerca de todos os julgados de 2014.

Inicialmente, apresenta-se a estrutura do SBDC e suas principais formas de atuação; em seguida é feita uma análise da possibilidade de busca de reparação de danos sofridos

em razão da prática de cartel. Em outro momento, abordam-se as condenações do CADE realizadas ao longo do período 2000-2013.

Por fim, analisar com maior profundidade os resultados estabelecendo comparações entre o número de processo julgados, a quantidade de processos de cartel, a quantidade efetiva de condenações e a delimitação geográfica onde a prática infrativa era realmente realizada.

2. Defesa da Concorrência no Brasil

A defesa da concorrência, seus institutos e a tutela legal existentes, surgem como resposta do estado às falhas de mercado, ou seja, a dominação de mercados por certo agente ou condutas gravosas, ou tendentes a causar gravames à economia. Nesse diapasão, assume o princípio constitucional da livre concorrência uma característica de política pública estatal, no sentido de ser instrumento capaz de promover o bem estar social e o desenvolvimento da economia com os seus benefícios, tais como: geração de emprego, aumento de arrecadação estatal, ganho de bem estar social, respeito à dignidade do consumidor, dentre vários outros. (GOLDBERG, 2006, p. 24; FORGIONI, 2012, p.188-192).

Atualmente², o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) tem a atribuição de zelar pela defesa da concorrência e pelo respeito à Lei 12.529/2011. Referido diploma legal regulamenta a concorrência no mercado brasileiro, estruturando o SBDC, reformulado após a edição da Lei. De acordo com a Lei 12.529/2011, o CADE passou a contar com um Tribunal Administrativo, uma Superintendência Geral que assumiu as funções desempenhadas pela extinta Secretaria de Direito Econômico e um Departamento de Estudos Econômicos. O Tribunal Administrativo tem sua estrutura definida no art. 6º da Lei consistindo em órgão decisório³.

A Superintendência Geral detém função investigatória de atuação prévia às instaurações de Processo Administrativo, enquanto que o Departamento de Estudos Econômicos exerce a atuação voltada para pesquisas e análises consultivas do mercado e do ambiente concorrencial. A Lei Antitruste, além de definir a atuação do SBDC, como exposto acima, prevê práticas abusivas à ordem econômica, bem como sanções aplicáveis.

2 Anteriormente, o sistema era composto de estrutura tripartite, na égide da Lei 8.884 de 11 de junho de 1994, contando com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), como instância julgadora e decisória e as Secretarias de Direito Econômico do Ministério da Justiça e Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, como órgãos investigativos e consultivos.

3 Art. 6º O Tribunal Administrativo, órgão judicante, tem como membros um Presidente e seis Conselheiros escolhidos dentre cidadãos com mais de 30 (trinta) anos de idade, de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal.

Importa destacar, entretanto, que diversamente do que ocorre com o Código Penal Brasileiro, por exemplo, a Lei antitruste não pode adotar um conceito de tipificação da conduta, não havendo, portanto, nenhuma conduta de ilegalidade *per se*; o legislador dotou a chamada “regra de razão”. Ou seja, é necessário que, no caso concreto, avalie-se e identifique-se o dano gerado ao mercado, não se tratando de simples verificação denexo causal ou de culpabilidade, mas sim, do caso em si. Pode, inclusive, haver condutas não previstas na lei, mas que sejam gravosas ao mercado. Tal logística é tradicionalmente utilizada nas legislações antitruste (HOVEMKAMP, 2005, p. 117).

Como exemplo da regra de razão, tem-se, dentre as práticas vedadas, o monopólio ou oligopólio, que consiste no domínio do mercado por uma só empresa ou por um grupo de empresas, sendo evidente que tal situação é prejudicial aos consumidores e ao funcionamento mercado. Entretanto, podem ocorrer situações que justifiquem tal prática, como a necessidade do monopólio natural, a exemplo do que ocorre com o de petróleo ou energia elétrica, bem como por conta de exceções legais, como na exploração, em caráter exclusivo, concedida em caráter temporário pela concessão de patente (FORGIONI, 2012, p.194-195).

Na lógica da Lei 12.529/2011 pode-se dividir a atuação do SBDC em três vertentes principais: A primeira, o “controle de estruturas” ou a análise prévia de atos de concentração (fusões, aquisições, incorporações de empresas), tendentes a gerar um excessivo poder de mercado ou uma estrutura monopolista. Segundo os critérios elencados no art. 88 da referida legislação, basicamente que pelo menos uma das empresas envolvidas na operação tenha faturamento bruto anual ou volume de negócios total superior a R\$ 700.000,00 (setecentos milhões), e que pelo menos outra tenha faturamento ou volume de negócios superior a R\$ 90.000,00 (noventa milhões) as empresas que objetivarem empreender um ato desse tipo necessitam comunicar ao SBDC solicitando, assim, aprovação do ato.

A segunda, o “controle de condutas”, que se relaciona mais diretamente com o objetivo desse trabalho, consistindo, assim, no acompanhamento e fiscalização do mercado para reprimir práticas tidas como ilícitos anticoncorrenciais na forma do art. 36 de Lei de defesa da concorrência. A terceira vertente, a “busca pela divulgação e conscientização de pessoas e empresas a respeito da existência da política de defesa da concorrência”.

3. Cartel como Infração da Ordem Econômica

A Lei 12.529/2011 estabelece em seu art. 1º, parágrafo único que a coletividade é titular dos direitos tutelados pela respectiva legislação. De fato, não poderia ser diferente na medida em que, ainda que indiretamente, a todos interessa a existência de um ambiente concorrencial, em uma estrutura de mercado organizada que permita a efetividade de

competição entre os agentes econômicos e os melhores resultados possíveis, sobretudo, em relação à qualidade dos produtos, serviços e preços competitivos.

Outro aspecto importante de referido dispositivo legal é a expressa remissão ao art. 170 da Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988 – CRFB/88. Não se pode olvidar que a defesa da concorrência faça parte de um contexto de intervenção do estado na economia, cenário esse que, por vezes, se complementa como também serve de limites aos extremos de cada âmbito contemplado, buscando promover um equilíbrio nos diversos interesses existentes nas relações de mercado (GRAU, 2004, P. 311)

É evidente a posição adotada pelo legislador constituinte foi de defesa e incentivo à livre iniciativa, erigido esse princípio a primado da intervenção do estado na economia, estando a livre concorrência, nesse contexto, como instrumento de proteção do referido instituto. O legislador constituinte ainda reitera sua opção pela posição do estado como regulador⁴ da economia e não como explorador direto da atividade econômica, colocando no art. 173 da CRFB/88⁵ tal possibilidade como verdadeira figura excepcional.

Em verdade, observa-se que a CRFB/88 é típico fruto do paradigma do Estado Democrático de Direito que busca mesclar e avançar perspectivas dos paradigmas de Estado Liberal e do Estado Social. Daí a recorrente crítica, talvez, de contrariedade aos preceitos estabelecidos no capítulo da ordem econômica da CRFB/88 como um todo, na medida em que a prevê, ao mesmo tempo, o direito à propriedade privada e a observância do princípio da função social da mesma, o direito à livre iniciativa conjugado com o respeito ao meio ambiente, a proteção do consumidor e a proteção da livre concorrência, dentre vários outros elementos limitadores. Em verdade, as políticas estatais de intervenção no âmbito das relações privadas surgem da necessidade de efetivação do princípio da boa-fé que estabelece a prática desse elemento como pressuposto das relações contratuais. (EHRHARDT JUNIOR, 2013, p.557)

Compreendido este contexto em que se insere a defesa da concorrência destaca-se, por oportuno, que sua natureza transindividual possibilita que, a partir dos elementos da Lei 12.529/2011, sejam tutelados direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, ou seja, direitos que transcendem ao indivíduo nos termos do conceito estabelecido pelo art. 81 da Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990 – Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Há, assim, na defesa da concorrência, a possibilidade de que determinada conduta seja prejudicial a todos, numa perspectiva de direito difuso; ou apenas a um mercado

4 Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

5 Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

específico, a partir de um grupo, categoria ou classe determinada, o quê caracterizaria um direito coletivo. Em todos os casos, é possível que as práticas lesivas à concorrência acarretem em danos e prejuízos, direitos a indivíduos envolvidos ou atingidos por certo setor da economia.

Nesta pesquisa, traz-se a discussão específica a respeito dos possíveis danos decorrentes de um cartel. A Lei 12.529/2011 traz a previsão de infrações à ordem econômica em seu art. 36⁶, por meio do qual estabelece como conduta passível de punição a prática de cartel assim entendida em seu § 3º, I:

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;

d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

Tal disposição legal tem fundamento no próprio texto constitucional, que estabelece, claramente, a vedação a qualquer tipo de abuso do poder econômico, no art. 173 § 4º: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Nesse sentido, cartel pode ser definido como um acordo entre concorrentes com o intuito de eliminar a concorrência ou de garantir o maior lucro para os participantes em detrimento dos concorrentes, dos consumidores e da ordem econômica. Para Ivo Teixeira Gico Júnior (2007, p. 169), o significado de cartel está associado a “um acordo (...) entre ‘produtores da mesma categoria’ para suprimir a ‘livre concorrência’”. No Brasil, a busca pela prova da ocorrência do cartel dominou por muitos anos a discussão sobre o tema. Havendo, conforme destaca Calixto Salomão Filho (2002, p. 190), uma ausência de formulação de uma teoria jurídica dos cartéis, de proposição de elementos corretos, para se chegar a uma definição, e um conceito de cartel.

A lei antitruste, como já citada, segue a ótica da chamada regra de razão. Verifica-se isso também em relação às infrações à ordem econômica pela simples redação do art. 36, da

6 Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

Lei 12.529/2011. Entretanto, os cartéis são usualmente classificados pela doutrina como a mais gravosa infração a ordem econômica, dada a quantidade de efeitos negativos decorrentes de sua prática, a dificuldade de comprovação e punição e, ainda, a inexistência, em regra, de eficiências econômicas existentes a partir de referida conduta. (GICO Jr., 2007)

Jairo Saddi e Armando Castelar Pinheiro (2005, p.358) defendem que, em relação aos cartéis, pode ser adotada a regra de ilegalidade *per se* pois a simples constatação de sua prática lesiva já é suficiente para que as autoridades adotem medidas de sanção às partes envolvidas, sem necessidade de se averiguar a regra de razão. Os danos decorrentes de um Cartel, em regra, são severos. Segundo estimativas do próprio Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência⁷, apenas no que diz respeito ao aspecto de preço, em média, um mercado cartelizado ostentará preços de 10% a 20% mais caros do que se houvesse uma estrutura de efetiva competição entre os agentes envolvidos no conluio.

Tal condição é evidência suficiente para dimensionar quantas pessoas podem ser atingidas por um Cartel. Como exemplo, imagine-se a situação de um cartel de combustíveis em uma determinada cidade. Todos os habitantes daquela localidade, bem como as pessoas que eventualmente lá estejam em deslocamento, pagarão um valor mais elevado por combustível. Além disso, poderá influir em outros aspectos com reflexo no preço de transporte público, táxis, fretes, serviços de entrega, dentre outras possibilidades.

No que diz respeito aos indivíduos que se sujeitam à aplicação da Lei 12.529/2011, mais uma vez o legislador optou por uma conceituação ampla, englobando a quase totalidade dos agentes econômicos a partir do art. 31 de referida Lei (FORGIONI, 2012, p. 144). A responsabilidade pelos atos praticados, conforme o art. 33da Lei 12.529/2011 será das empresas envolvidas e, solidariamente, empresas eventualmente integrantes de grupos econômicos e dos sócios e administradores que poderão, em alguns casos, responder, inclusive, com seu patrimônio pessoal por intermédio do instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

4. Casos de Cartel Condenados pelo CADE entre 2000-2013

Adiante, serão analisados os casos de cartel condenados pelo Tribunal Administrativo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) no período correspondente a (2000-2013). A partir dessa amostra constam em maioria casos julgados pelo sistema ainda sob a égide da legislação anteriormente aplicável, tendo a aplicação da lei mais recente sido iniciada apenas a partir de 2011. Como os fatos investigados eram pretéritos todos os atos objetos de análise dos processos trazidos para este artigo foram praticados na vigência da Lei 8.884/94, sendo aplicada a lei nova apenas no que diz respeito aos aspectos processuais.

7 www.mj.gov.br

Optou-se pela adoção dessa amostragem para possibilitar uma maior diversidade de casos e identificar entendimentos decorrentes de composições variadas do Conselho ao longo dos anos. Aspecto interessante é verificar a sazonalidade da quantidade de casos de cartel a cada ano. A seguir, com o fim de facilitar a compreensão dos casos, a análise será dividida ano a ano a partir de 2000.

4.1. Casos de Cartel Condenados em 2000

No ano de 2000 foram identificados os seguintes casos:

nº do Processo	Julgamento	Mercado Relevante afetado
08012.000792/99-16	PROCEDENTE	SÃO PAULO
08012.006030/99-51	PROCEDENTE	CAMPINAS - SP
008012.000952/99-82	PROCEDENTE	NÃO ENCONTRADO
08012.003128/98-67	PROCEDENTE	FLORIANOPOLIS

Tabela 1: Processos de Cartel Julgados pelo CADE em 2000. Fonte: www.cade.gov.br⁸

Identifica-se acima 4 (quatro) casos julgados procedentes pela condenação em cartel.

4.2. Casos de Cartel Condenados em 2001

A tabela a seguir indica os casos condenados pelo CADE em 2001 sobre a prática de cartel:

nº do Processo	Julgamento	Mercado Relevante afetado
08000.026056/96-30	PROCEDENTE	RIO DE JANEIRO
08000.022994/97-79	PROCEDENTE	ESTADO DE SÃO PAULO
08012.007044/99-00	PROCEDENTE	PARANÁ
08012.000487/2000-40	PROCEDENTE	NACIONAL
08012.006504/97-11	PROCEDENTE	NACIONAL
200090009699	PROCEDENTE	NÃO ENCONTRADO

Tabela 2: Processos de Cartel Julgados pelo CADE em 2001. Fonte: www.cade.gov.br

Na tabela acima identifica-se um aumento no número de casos condenados comparativamente ao ano 2000, havendo 6 (seis) condenações por cartel.

⁸ Todas as tabelas foram criadas pelos autores do trabalho.

4.3. Casos de Cartel Julgados em 2002

No ano de 2002 foram encontrados os seguintes condenados pelo CADE em matéria de Cartel:

nº do Processo	Julgamento	Mercado Relevante afetado
08012.002299/2000-18	PROCEDENTE	SANTA CATARINA
08012.006492/97-25	PROCEDENTE	RIO GRANDE DO NORTE
08012.004372/2000-70	PROCEDENTE	CEARA
08012.004712/2000-89	PROCEDENTE	GOIAS
Nº 08000.015515/97-02	PROCEDENTE	MATO GROSSO DO SUL
08012.004373/2000-32	PROCEDENTE	CEARA

Tabela 3: Processos de Cartel Julgados pelo CADE em 2002. Fonte: www.cade.gov.br

Com base na tabela acima é possível identificar que, embora haja tido uma redução significativa no número de julgados sobre a matéria comparativamente ao ano de 2001, visto que apenas 13 (treze) casos sobre cartel foram julgados⁹, a quantidade de condenações se manteve igual - 6 (seis) condenações. Tais evidências podem apontar tanto para um maior rigor da autoridade antitruste nos julgamentos da matéria como também um aprimoramento nas investigações e obtenção de provas que possibilitem a efetiva condenação.

4.4. Casos de Cartel Julgados em 2003

No ano de 2003 foram identificados os seguintes casos condenados pelo CADE relativamente a Cartéis:

nº do Processo	Julgamento	Mercado Relevante afetado
08012.001280/2001-35	PROCEDENTE	INTERIOR RIO GRANDE DO SUL
08012.021738/96-92	PROCEDENTE	GOIAS
08012.006397/97-02	PROCEDENTE	PIAUI
08000.021976/1997-51	PROCEDENTE	LONDRINA – PARANÁ
08012.001098/2001-84	PROCEDENTE	NACIONAL
08012.004036/2001-18	PROCEDENTE	SANTA CATARINA

⁹ No ano de 2001 foram 31 os casos julgados envolvendo a suspeita da prática de cartel.

nº do Processo	Julgamento	Mercado Relevante afetado
08012.004156/2001-21	PROCEDENTE	MACAPÁ –AMAPÁ
08012.007515/2000-31	PROCEDENTE	MINAS GERAIS
08012.003083/2001-51	PROCEDENTE	CAMPINAS – SP

Tabela 4: Processos de Cartel Julgados pelo CADE em 2003. Fonte: www.cade.gov.br

Ao contrário de uma parcela reduzida de condenações como se observava nos anos de 2000, 2001 e 2002, o ano de 2003 foi responsável por um aumento bastante significativo no quantitativo de condenações uma vez que 09 (nove) processos sofreram condenação efetiva pelo CADE. As razões do aumento também podem se dever aos mesmos fatores elencados no tópico 3.3.

4.5. Casos de Cartel Condenados em 2004

No ano de 2004 foram identificados os seguintes casos envolvendo a prática de cartel:

nº do Processo	Julgamento	Mercado Relevante afetado
08012.009987/1998-13	PROCEDENTE	SERGIPE
08012.004860/2000-01	PROCEDENTE	DISTRITO FEDERAL

Tabela 5: Processos de Cartel Condenados pelo CADE em 2004. Fonte: www.cade.gov.br

Ao contrário de 2003 o ano de 2004 foi caracterizado tanto pela redução de julgados sobre o tema como por uma queda acentuada no número de condenações. Esses dados revelam, talvez, que a complexa análise de condutas cartelizadas varia muito conforme cada caso, não sendo possível identificar um padrão comportamental visto que em referido ano apenas 2 (dois) processos sofreram condenação.

4.6. Casos de Cartel Condenados em 2005

Em 2005 constatou-se a presença dos seguintes casos com condenação pela prática de cartel:

nº do Processo	Julgamento	Mercado Relevante afetado
08012.002097/1999-81	PROCEDENTE	RIO DE JANEIRO
08012.009160/2002-67	PROCEDENTE	Paranaíba/PR
08012.003068/2001-11	PROCEDENTE	GOIAS

nº do Processo	Julgamento	Mercado Relevante afetado
08012.002153/2000-72	PROCEDENTE	SÃO PAULO
08012.002127/2002-14	PROCEDENTE	SÃO PAULO
08012.004086/2000-21	PROCEDENTE	SÃO PAULO

Tabela 6: Processos de Cartel Condenados pelo CADE em 2005. Fonte: www.cade.gov.br

Mais uma vez revelando uma ausência de padrão, observa-se na tabela acima que em 2005 somente 6 (seis) casos sofreram condenação.

4.7. Casos de Cartel Condenados em 2006

No ano de 2006 restaram identificados os seguintes julgados referentes a prática de cartel:.

nº do Processo	Julgamento	Mercado Relevante afetado
08012.000099/2003-73	PROCEDENTE	SÃO PAULO
08012.007042/2001-33	PROCEDENTE	BAHIA
08012.001112/2000-42	PROCEDENTE	URUGUAIANA / RS
08012.001692/2005-07	PROCEDENTE	SÃO PAULO
08012.007406/2001-85	PROCEDENTE	MOGI-GUAÇU /SP

Tabela 7: Processos de Cartel Condenados pelo CADE em 2006. Fonte: www.cade.gov.br

Em 2006 foram 05 (cinco) os julgados envolvendo a prática de cartel que sofreram condenação pelo CADE.

4.8. Casos de Cartel Condenados em 2007

No ano de 2007 foram identificados os seguintes julgados sobre conduta cartelizada que sofreram condenação:

nº do Processo	Julgamento	Mercado Relevante afetado
08012.007602/2003-11	PROCEDENTE	PORTO ALEGRE / RS

Tabela 8: Processos de Cartel Julgados pelo CADE em 2007. Fonte: www.cade.gov.br

No ano de 2007 apenas 1 (hum) processo envolvendo a prática de cartel gerou condenação embora tenham sido julgados 17 (dezessete) casos sobre a matéria pelo Conselho.

4.9. Casos de Cartel Condenados em 2008

No ano de 2008 foram identificados os seguintes casos:

nº do Processo	Julgamento	Mercado Relevante afetado
08012.006019/2002-11	PROCEDENTE	TRIANGULO MINEIRO / MG
08012.000283/2006-66	PROCEDENTE	INTERIOR RS

Tabela 9: Processos de Cartel Condenados pelo CADE em 2008. Fonte: www.cade.gov.br

Pode-se deduzir, a partir desses dados, um baixo índice de condenação do CADE por prática de Cartel no ano de 2008, correspondendo a apenas 2 (duas) condenações.

4.10. Casos de Cartel Condenados em 2009

No ano de 2009 ficou constatado apenas um caso de condenação pela prática de cartel. Trata-se do Processo Administrativo nº 08012.006241/1997-03. Referido processo cuidou de alinhamento de preços praticados por farmácias e drogarias situadas no Distrito Federal correspondendo, dessa forma, a cartel específico com setorização bem delimitada tanto do ponto de vista econômico como geográfico.

nº do Processo	Julgamento	Mercado Relevante afetado
08012.006241/1997-03	PROCEDENTE	Distrito Federal

Tabela 10: Processos de Cartel Condenados pelo CADE em 2009. Fonte: www.cade.gov.br

Pode-se deduzir, a partir desses dados, um baixo índice de condenação do CADE por prática de Cartel no ano de 2009. Com base em dados disponíveis no portal eletrônico do CADE dos 18 (dezoito) processos administrativos julgados em 2009 apenas 2 (dois) resultaram em condenações concretas sendo além do já apresentado o processo nº 08012.003805/2004-10¹⁰ que condenou por prática de abuso do poder econômico. Mesmo nesse cenário é possível observar, também, que os cartéis correspondem a uma das práticas que mais movimentam o SBDC uma vez que dos 18 (dezoito) processos julgados 11 (onze) versavam sobre a possível prática de conduta cartelizada.

10 Processo instaurado em face de representação apresentada pela Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes S/A (schincariol) contra práticas da Companhia de Bebidas das Américas (AMBEV).
Conselheiro Relator: Fernando Magalhães Furlan.

4.11. Casos de Cartel Condenados em 2010

No ano de 2010 comparativamente ao ano de 2009 houve aumento no número de processos administrativos que causaram a condenação dos representados pela prática de cartel conforme se observa abaixo.

nº do Processo	Julgamento	Mercado Relevante afetado
08012.009922/2006-59	PROCEDENTE	Cuiabá e Várzea Grande – MT
08012.004484/2005-51	PROCEDENTE	Nacional*
08012.009888/2003-70	PROCEDENTE	Nacional

Tabela 11: Processos de Cartel Julgados pelo CADE em 2010. Fonte: www.cade.gov.br

Em relação ao processo administrativo nº. 08012.004484/2005-51 destaca-se que, em verdade, houve condenação da empresa representada em razão da realização de convite à cartelização da empresa representante não tendo ocorrido, nesse caso em específico, as consequências nefastas decorrentes da cartelização de um mercado.

No que tange aos demais processos, observa-se que o de nº 08012.009922/2006-59 corresponde a um cartel de âmbito local, atingindo o mercado de auto-escolas de dois municípios do estado de Mato Grosso. Em relação ao processo nº 08012.009888/2003-70 tem-se um cartel de âmbito nacional havendo um fato interessante em relação a esta conduta que corresponderá a um dos únicos casos encontrados nesta pesquisa de ação judicial voltada a obter reparação dos danos causados em decorrência da prática junto ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais (Tabela 10, adiante – Tópico 04).

Mais uma vez reforça-se o alto índice de análise da conduta de cartel por parte do SBDC uma vez que, em 2010, dos 20 (vinte) processos julgados pelo CADE 11 (onze) correspondiam a possíveis práticas de cartel.

4.12. Casos de Cartel Julgados em 2011

No ano de 2011 não foi localizado nenhum processo administrativo que acarretasse condenação pela prática de cartel, conforme se observa na tabela abaixo pelo símbolo (-X-).

nº do Processo	Julgamento	Mercado Relevante afetado
-X-	-X-	-X-

Tabela 12: Processos de Cartel Julgados pelo CADE em 2011. Fonte: www.cade.gov.br

Tal quadro pode decorrer, em verdade, do período de reestruturação pelo qual passou o SBDC nos anos de 2011 e 2012 em decorrência da mudança de estrutura

promovida pela Lei 12.529/2011 que revogou a Lei 8.884/94, conforme demonstrado no tópico 02 deste trabalho. Outro ponto que merece destaque é que como as mudanças da Lei atingiam mais diretamente as análises de Atos de Concentração – ACs, o SBDC foi muito demandado nesse período¹¹ de transição por empresas que buscaram efetivar seus atos de concentração ainda sob a vigência da Lei antiga, fato que prejudicou a análise de Processos Administrativos de Condutas anticoncorrenciais.

Apenas a título de ilustração, observou-se que, dos 15 (quinze) processos administrativos julgados em 2011, nenhum acarretou em condenação, tendo sido, em sua maioria, processo arquivado ou prescrito. Mais uma vez, a conduta predominante é o de cartel, uma vez que desses 15 (quinze) processos 9 (nove) correspondiam a possíveis práticas da referida conduta.

4.13. Casos de Cartel Julgados em 2012

No ano de 2012, ainda impactado pelas mudanças estruturais da nova Lei, o SBDC julgou com decisão condenatória apenas um processo administrativo relativo à prática de cartel conforme demonstrado na tabela abaixo.

nº do Processo	Julgamento	Mercado Relevante afetado
08012.004702/2004-77	Procedente	Nacional

Tabela 13: Processos de Cartel Julgados pelo CADE em 2012. Fonte: www.cade.gov.br

Mais uma vez corresponde a um cartel de âmbito nacional relativo ao mercado de comercialização de água oxigenada. Aspecto relevante desse processo é que o mesmo se iniciou a partir do uso do mecanismo de Acordo de Leniência¹². Em 2012 dos 15 (quinze) processos administrativos julgados pelo CADE 6 (seis) tratavam de investigação pela prática de possível cartel.

4.14. Casos de Cartel Julgados em 2013

No ano de 2013 houve incremento no julgamento de processos administrativos de condutas pelo CADE. Já contando o SBDC como a nova estrutura consolidada, e com atuação eficiente da Superintendência-Geral, foram apreciados pelo CADE 37 (trinta e

11 Somente para que se possa ter uma ideia, segundo balanço do CADE, (2012), disponível em www.cade.gov.br, em 2011 houve 716 processos administrativos de Atos de Concentração julgados pelo CADE. Em 2012, o número foi de 825 sendo que desses, 723 foram julgados pela Lei 8.884/94 e 102 com base na Lei nova. Já no ano de 2013, o número de ACs julgados foi de apenas 103 Processos, tendo grande parte se resolvido pelo rito sumário, diretamente na Superintendência Geral.

12 O acordo de Leniência está previsto no art. 86 da Lei 12.529/11 e permite que o CADE firme acordo com empresas ou pessoas participantes de cartéis que estejam dispostas a cooperar totalmente com as investigação em troca de isenções de punição.

sete) processos administrativos dos quais 15 (quinze) correspondiam a possível prática de cartel. Dentro desse universo houve a condenação por parte do CADE em 7 (sete) processos administrativos conforme disposto em tabela abaixo.

nº do Processo	Julgamento	Mercado Relevante afetado
08012.003745/2010-83	PROCEDENTE	Nacional
08012.004039/2001-68	PROCEDENTE	Sobradinho-DF
08012.010215/2007-96	PROCEDENTE	Caxias do Sul – RS
08012.00749/2009-39	PROCEDENTE	Santa Maria – RS
08012.004573/2004-17	PROCEDENTE	Santa Maria – RS
08012.011668/2007-30	PROCEDENTE	Londrina – PR e Região Metropolitana
08012.003874/2009-38	PROCEDENTE	Minas Gerais – MG

Tabela 14: Processos de Cartel Julgados pelo CADE em 2013. Fonte: www.cade.gov.br

Dos processos acima apontados tem-se que apenas um deles corresponde a um cartel de âmbito nacional (Processo nº.: 08012.003745/2010-83) sendo que os seis demais tratam-se de cartéis que afetam locais específicos como: Município de Sobradinho – DF; Cidades de Caxias do Sul e Santa Maria – RS; região metropolitana e Município de Londrina – PR; e Estado de Minas Gerais.

Diante desse cenário percebe-se que, na maioria dos casos, os cartéis são localizados, até havendo a ocorrência de cartéis de âmbito nacional que se tornam mais difíceis de ocorrer e de coibir, por conta da necessidade de combinação e monitoramento das práticas.

Demonstrado, assim, as condenações aplicadas pelo CADE em casos de Cartel no período 2000-2013. No tópico a seguir, procura-se analisar o perfil dessas condenações no que diz respeito ao mercado geográfico relevante afetado, ou seja, o local onde a conduta foi praticada.

5. Análise dos Casos por Delimitação Geográfica

O Brasil como é cabido consistem em um país de dimensões continentais. Conta com um território aproximado de **8.515.767,049 km²**, dividido em 4 regiões: Norte, Nordeste, Centro-oeste, Sul e Sudeste, contando com 27 estados e 1 distrito federal. Consiste em uma federação formada pela união indissolúvel de união, estados e municípios¹³. (IBGE, 2013)

13 Art. 1º CRFB/88: Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como

Além da vastidão territorial o Brasil é um país de profundas desigualdades no campo econômico. Segundo o IBGE o Produto Interno Bruto no Brasil foi de R\$ 5,52 Trilhões de Reais, sendo que desta quantia 55,1% correspondem apenas a região sudeste, sendo 16,2% da região Sul e o restante dividido em 5,3% da região Norte, 13,6% região Nordeste e 9,8% região Centro Oeste. Somente esse dado já é suficiente para indicar o quão desigual é a situação entre as regiões e os estados do Brasil

A partir dessa perspectiva, nos tópicos a seguir, conforme os dados apontados no item 3 deste trabalho será analisada a distribuição regional de casos em que a prática de cartel sofreu condenação. A análise será dividida em quantitativo nacional e regional.

De início cumpre destacar que foram identificados em 2000 e 2013 um total de 53 (cinquenta e três) casos de condenação pela prática de cartel sendo esse o índice quantitativo de referência a ser utilizado em cada tópico a seguir. Dos 53 apenas 2 (dois) processos não tiveram sua delimitação geográfica identificada por esta pesquisa em razão da ausência de documentação disponível no portal eletrônico do CADE, o que corresponde a um percentual de 3,77% dos processos analisados.

5.1. Casos de Delimitação Nacional

Foram identificados 7 (sete) casos de delimitação nacional. Dadas as perspectivas da prática de cartel, considerando se tratar o Brasil um país de dimensões continentais, o nível de sofisticação de um cartel necessita atingir para funcionar em todo território nacional é significativo vez que o cartel demanda constante comunicação e verificação.

Diante dessa perspectiva entende-se como razoável a quantidade de casos que correspondem a um percentual de 13,21% do total de casos analisados. Os processos analisados foram: 08012.000487/2000-40; 08012.006504/97-11; 08012.001098/2001-84; 08012.004484/2005-51; 08012.009888/2003-70; 08012.004702/2004-77; 08012.003745/2010-83.

5.2. Casos de Delimitação nas Regiões Norte e Nordeste

As regiões Norte e Nordeste do Brasil são as que menos sofreram condenações com base em processo administrativos que analisaram casos de cartel no Brasil no período em que a pesquisa foi realizada. A região Norte contou com apenas 1 Caso – Processo 08012.004156/2001-21, na cidade de Macapá, estado do Amapá. Já a região Nordeste contou com 6 (seis) processos condenados.

fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Tais números revelam um insignificante patamar de 1,89% de condenação para região Norte e de 11,32% de condenação para região Nordeste. Perceba-se que as duas regiões somadas não alcança o mesmo percentual de processos nacionais, chegando apenas a 13,20%. Os processos do Nordeste com os respectivos estados foram: 08012.006492/97-25 Rio Grande do norte; 08012.004372/2000-70 Ceará; 08012.004373/2000-32 Ceará; 08012.006397/97-02 Piauí; 08012.009987/1998-13 Sergipe.

5.3. Casos de Delimitação nas Regiões Centro-Oeste e Sul

As regiões Sul e Centro Oeste são das mais afetadas pela atuação da autoridade antitruste no período analisado. A primeira sendo responsável por 14 casos, que correspondem a expressivos 26,42% dos casos condenados; já a segunda obteve 8 condenações que correspondem a 15,09% dos casos.

Os processos da região Sul foram: 08012.003128/98-67, em Florianópolis; 08012.007044/99-00 estado do Paraná; 08012.002299/2000-18 estado de Santa Catarina; 08012.001280/2001-35 interior do Rio Grande do Sul; 08000.021976/1997-51 Londrina no Paraná; 08012.004036/2001-18; Santa Catarina; 08012.009160/2002-67 Paranavaí; 08012.001112/2000-42 Uruguaiana – RS; 08012.007602/2003-11 Porto Alegre – RS; 08012.000283/2006-66 Interior do Rio Grande do Sul; 08012.010215/2007-96 Caxias do Sul; 08012.00749/2009-39 Santa Maria – RS; 08012.004573/2004-17 Santa Maria – RS; 08012.011668/2007-30 Londrina e Região Metropolitana.

Já os processos da região Centro Oeste correspondem a: 08000.015515/97-02 Mato Grosso do Sul; 08012.004712/2000-89 Goiás; 08012.021738/96-92 Goiás; 08012.004860/2000-01 Distrito Federal; 08012.003068/2001-11 Goiás; 08012.006241/1997-03 Distrito Federal; 08012.009922/2006-59 Cuiabá e Várzea Grande; 08012.004039/2001-68 Distrito Federal.

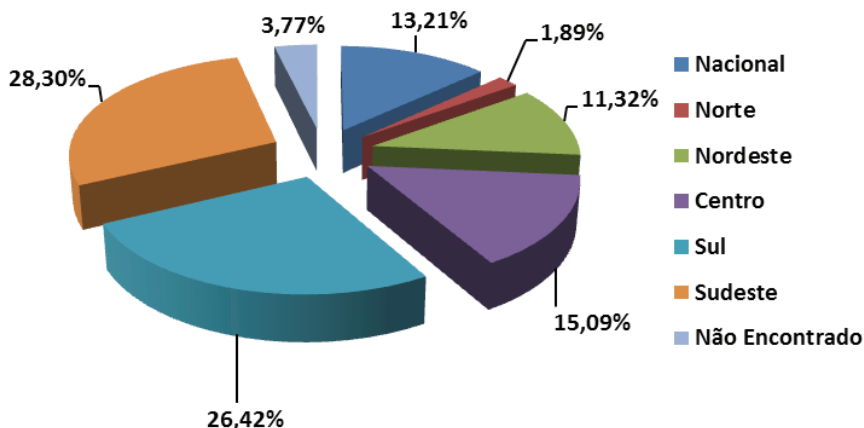
A região sul é tradicionalmente conhecida pela busca na efetivação do direito podendo ter como uma justificativa da quantidade de casos o fato de a população ter o costume de denunciar eventuais práticas ilegais e abusivas. Já a região Centro Oeste conta, entre outras vantagens, com a proximidade física dos órgãos de defesa da concorrência que funcionam apenas na cidade de Brasília – Distrito Federal.

5.4. Casos de Delimitação na Região Sudeste

Por fim traz-se a região sudeste, maior afetada pela atuação da autoridade antitruste em matéria de cartel. Dos processos condenados 15 (quinze) correspondiam a práticas realizadas nessa região o que acarreta um percentual de 28,30% dos casos.

Os processos da região sudeste foram: 08012.000792/99-16 São Paulo; 08012.006030/99-51 Campinas – SP; 08000.022994/97-79 São Paulo; 08000.026056/96-30 Rio de Janeiro – RJ; 08012.007515/2000-31 – Minas Gerais; 08012.003083/2001-51 Campinas – SP; 08012.002153/2000-72 São Paulo – SP; 08012.002127/2002-14 São Paulo – SP; 08012.004086/2000-21 São Paulo – SP; 08012.002097/1999-81 Rio de Janeiro – RJ; 08012.007406/2001-85 Mogi das Cruzes – SP; 08012.001692/2005-07; São Paulo – SP; 08012.000099/2003-73 São Paulo – SP; 08012.006019/2002-11 Triângulo Mineiro; 08012.003874/2009-38 Minas Gerais.

Abaixo apresenta-se um gráfico demonstrativo do quantitativo de processos analisados e sua delimitação geográfica:



6. Conclusões

A economia de mercado instituída sob a égide da Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988 – CRFB/88 exige a intervenção estatal para tentativa de promoção do equilíbrio entre a livre iniciativa e a preservação da liberdade dos agentes econômicos e os interesses sociais a serem efetivados pelo Estado como valorização do trabalho humano e a dignidade do indivíduo.

Para um funcionamento eficiente e equilibrado dos mercados é essencial a proteção da livre concorrência de forma que permita, efetivamente, a existência de um equilíbrio entre os agentes econômicos nas relações de trocas promovidas, sob pena de se promover uma iniquidade e uma situação economicamente ineficiente com baixa alocação de recursos escassos e prejuízos à sociedade, em geral, em detrimento de poucos interesses privados.

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, por intermédio de sua estrutura administrativa desempenha papel fundamental na efetivação e na defesa de um ambiente concorrencial equilibrado, contribuindo sobremaneira para possibilitar o desenvolvimento econômico, atrelado a ganhos de perspectivas sociais que resultem em melhorias para todos os cidadãos brasileiros. A Lei 12.529/2011 vem, assim, somar nesse cenário revitalizando a estrutura interna do Conselho Administrativo de Defesa Econômica e promovendo uma maior eficiência na atuação do órgão tanto no controle de estruturas como no controle de condutas de infração à ordem econômica.

Especificamente em relação aos cartéis observa-se que, dentre os casos julgados pelo Tribunal Administrativo nos últimos anos (2009-2013), a conduta aparece como a mais recorrentemente submetida à apreciação do conselho, representando um total de 52 processos dos 105 processos administrativos analisados o que corresponde a 49,52% do total de processos de infrações à ordem econômica julgados pelo CADE neste período.

Outro aspecto relevante em relação aos cartéis é que, em sua maioria, se revelam como condutas de âmbito local, o que ocorreu em 87,09% dos casos de cartel condenados pelo CADE¹⁴ dentro do período analisado neste artigo.

Tal perspectiva deve decorrer da maior facilidade de interação entre os participantes do conluio em mercados menores sendo certo que também há ocorrência de condenação por cartéis de âmbito nacional. Essa incidência local dos cartéis reforça a hipótese apresentada por esta pesquisa de que a participação da sociedade civil, consciente da existência de regras de defesa do ambiente concorrencial será fundamental para aplicação concreta dos comandos normativos existentes e efetivação do princípio constitucional da livre concorrência.

É importante observar a ausência de uma uniformidade tanto na quantidade de processos julgados e que sofreram condenações por cartel a cada ano, além da ausência de uma equânime distribuição nacional na análise dos casos. Somente a região Sul e Sudeste abarcam 54,72% dos casos analisados que o renega às regiões Norte e Nordeste uma atuação reduzida ou quase inexpressiva da autoridade antitruste brasileira.

Pode haver a alegação de que como as regiões Sul e Sudeste produzem mais é natural que tenham mais empresas e maior incidência de prática de infração da ordem econômica mas é importante lembrar que o desenvolvimento econômico pressupõe uma economia de mercado efetivamente competitiva onde se possa efetivamente exercer a livre iniciativa sem a limitação importa por conchavos ou conluos.

Outra possível discussão seria a adoção de uma estrutura descentralizada do SBDC, possivelmente, através de superintendências regionais, objetivando promover uma maior

14 Vide Gráfico item 4.4.

proximidade do Sistema com as diversas regiões do país, sobretudo, as Regiões Nordeste e Norte que, como visto, são as que menos contam com atuação antitruste havendo ainda a necessidade de se disseminar a cultura da defesa da concorrência pelo país para que se possibilite uma maior participação da população no controle e denuncia dos casos.

A presente pesquisa não objetiva ser definitiva consistindo, desse modo, em um estudo exploratório para que se observe com maior cuidado e atenção a necessidade de difusão da política da concorrência junto à sociedade civil, congregando para tal a participação do Poder Público, do SBDC, do Ministério Público, da Ordem dos Advogados e demais agentes que possam contribuir para o alcance de um mercado verdadeiramente competitivo e livre de ações ilícitas e perniciosas para a sociedade brasileira.

7. Referências

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 02 mar. 2014.

BRASIL. Lei nº. 12.529 de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 02 mar. 2014.

BRASIL. Lei nº. 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências (Revogado). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm>. Acesso em: 02 mar. 2014.

BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 02 mar. 2014.

BRASIL. Lei nº. 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm>. Acesso em: 02 mar. 2014.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. **Indicadores e geociências**. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/>>. Acesso em: 02 mar. 2014.

- EHRHARDT JUNIOR, Marcos Augusto Albuquerque. As funções da boa-fé e a construção de deveres de conduta nas relações privadas. **Revista Pensar**, v. 18, n. 2, p. 551-586, maio/ago. 2013.
- FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.
- GICO JR., Ivo Teixeira. **Cartel**: teoria unificada da colusão. São Paulo: Lex, 2007.
- GOLDBERG, Daniel Krepel. **Poder de compra e política antitruste**. São Paulo: Singular, 2006.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2004.
- HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy**: the law of competition and its practice. St. Paul: THOMSON, 2005.
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Secretaria de Direito Econômico. **Combate a cartéis e Programa de Leniência**. 2009. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/Cartilha%20Leniencia%20SDE_CADE.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2014.
- MOTA, Massimo. **Competition Policy**: theory and practice. New York: Cambridge University, 2004.
- SADDI, Jairo; PINHEIRO, Armando Castelar. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e concorrência**: estudos e pareceres. São Paulo: Malheiros, 2002.

PRINCÍPIO *COMPÉTENCE-COMPÉTENCE*: AMPLITUDE, LIMITAÇÕES E APLICABILIDADE NA ARBITRAGEM COMERCIAL

RICARDO STERSI DOS SANTOS

Professor da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), nos cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado. Mestre e Doutor em Direito pela UFSC. Pós-doutorado na UFPE (2011-2012).

RAFAEL PETEFFI DA SILVA

Professor da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), nos cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado. Doutor em Direito Civil (USP). Árbitro e Parecerista.

Resumo

O presente artigo visa apresentar as melhores soluções jurídicas para os casos em que existe dúvida razoável sobre o alcance da cláusula arbitral. O princípio *Compétence-Compétence* estabelece a prerrogativa dos árbitros para realizar a análise inicial sobre a sua própria competência e está positivado no art. 8º da lei de arbitragem brasileira. Apesar disso, existem algumas ocasiões em que o princípio *Compétence-Compétence* é relativizado, ora por força da própria legislação arbitral, ora por força de uma jurisprudência mais protetiva, em algumas searas, da jurisdição estatal. Em relação à seara empresarial, ao contrário, a Jurisprudência apresenta solidez ao dar máxima eficácia ao princípio da *Compétence-Compétence*.

Palavras-chave

Princípio *Compétence-Compétence*; Jurisdição; Arbitragem Comercial.

Abstract

This article aims to present the best legal solutions to cases where there is reasonable doubt about the scope of the arbitration clause. The principle of *Compétence - Compétence* establishes the prerogative of the arbitrators to conduct the initial analysis of its jurisdiction and is observed in art. 8º of the Brazilian arbitration law. Nevertheless, there are some occasions when the principle of *Compétence -Competence* is relativized,

sometimes by the arbitration law, sometimes by legal precedents, which enforces, in some areas, the state jurisdiction. Regarding corporate law, instead, the Courts have strength to give maximum effect to the principle of *Compétence - Compétence*.

Key words

Principle of *Compétence*; *Compétence*; Jurisdiction; Commercial Arbitration.

1. Introdução

A utilização da arbitragem como meio adequado de resolução de conflitos mostra-se uma inegável realidade em terras brasileiras. Apesar do principal marco legislativo do país, a lei 9.307 de 1996, ser ainda recente – além de ter a sua constitucionalidade confirmada pelo Supremo Tribunal Federal somente em 2001 – o Brasil já se coloca entre os principais países no cenário da arbitragem internacional e a jurisprudência nacional, na grande maioria das situações, respalda a eficácia das decisões arbitrais (TIBURCIO, 2012, p. 75-76).

São muitas as causas que motivam a popularização da arbitragem no Brasil. Entre os motivos considerados fundamentais para o sucesso do instituto cita-se: i. a possibilidade de escolha do árbitro, permitindo que as partes centrem a escolha em árbitros com grande experiência e capacidade técnica para elucidar o conflito em questão, ii. a possibilidade de determinação das regras aplicáveis ao procedimento e ao mérito do litígio, iii. a celeridade, especialmente importante em tempos de Poder Judiciário extremamente moroso, iv. o sigilo (SANTOS, 2004, p.30).

O presente artigo debruça-se sobre um princípio muito caro à comunidade arbitral: o princípio *Compétence-Compétence*. Esse princípio está positivado no parágrafo único do artigo 8º da Lei de Arbitragem brasileira e garante a competência do árbitro para decidir acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem. Portanto, existindo eventual dúvida sobre a extensão da jurisdição transferida para os árbitros, por exemplo, são eles próprios que deverão julgar a respeito da sua competência para o enfrentamento inicial da matéria, sem excluir futura decisão por parte do Poder Judiciário, em eventual ação anulatória. A primazia temporal na análise da sua própria competência, portanto, caberia aos próprios árbitros.

Em seu segundo capítulo, este trabalho desenvolve as características principais e a extensão do princípio *Compétence-Compétence*, relacionando-o ao que a doutrina costuma denominar de duplo efeito da celebração da convenção de arbitragem.

Mesmo entendendo que o aludido princípio representa ponto nodal para o desenvolvimento da arbitragem, o terceiro capítulo demonstra que ele pode ser relativizado em

algumas situações. Destarte, a própria lei brasileira dispõe sobre casos esporádicos em que o juiz realizará a análise da validade e eficácia da convenção de arbitragem em primeiro lugar. Também será discutido, ainda nesse capítulo, os chamados “casos sensíveis”, nos quais o Poder Judiciário, normalmente em função da matéria envolvida, acaba por decidir sobre a (in)competência do árbitro para julgar o litígio antes que este possa se manifestar.

Apesar dos casos de possível relativização do princípio *Compétence-Compétence* verificados no capítulo terceiro, o último capítulo do presente trabalho mostrará que a jurisprudência brasileira respalda a primazia dos árbitros no enfrentamento da causa, mormente em matéria empresarial. Uma decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, exatamente por ser extremamente recente, servirá de exemplo principal para ilustrar a tendência do Poder Judiciário brasileiro em relação ao princípio em comento.

2. Arbitragem Comercial e o Princípio *Compétence-Compétence*

O conceito de arbitragem é estabelecido na doutrina a partir das características centrais que identificam o instituto. Toma-se como arbitragem o mecanismo de resolução de conflitos em que as partes, por meio de convenção privada, escolhem a uma ou mais pessoas, designado(s) árbitro(s) e lhe(s) atribui jurisdição para decidir os conflitos já surgidos ou que possam vir a surgir decorrentes de relação contratual ou extracontratual existente entre as partes.

Conforme Carmona (2009, p. 31) “Trata-se de mecanismo privado de solução de litígios, por meio do qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes”.

A propagação da utilização da arbitragem na atualidade está associada principalmente aos conflitos comerciais, pouco importando se por meio de tribunais arbitrais “ad hoc” ou por meio de arbitragens administradas por instituições de arbitragem (institucional).

Ilustrando o incremento no uso da arbitragem comercial e conforme os dados fornecidos pela Câmara de Comércio Internacional de Paris, as arbitragens administradas pela instituição passaram de 529 em 1999 para 791 em 2014, sendo que em 23,5% dos casos novos os valores envolvidos eram superiores a um milhão de dólares.¹

No Brasil o crescimento também é exponencial nas arbitragens comerciais institucionais. De acordo com Lemes (2014) em seis das principais câmaras arbitrais no Brasil, foram 603 os casos novos registrados no período de 2010 a 2013 sendo que as principais matérias de conflito submetidas à arbitragem são: societária, construção civil e energia.²

1 Disponível em: <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Introduction-to-ICC-Arbitration/Statistics/>. Acesso em 09/05/2015.

2 Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-abr-10/selma-lemes-numeros-mostram-maior-aceitacao-arbitragem-brasil>. Acesso em 09/05/2015.

A partir de Redfern e Hunter (1999, p. 18) pode-se apontar que a arbitragem comercial é aquela em que a solução dos conflitos decorrentes do curso normal dos negócios celebrados por dois ou mais comerciantes é dirimido por árbitro.

Para Guerreiro (1993, p. 125-6):

No direito brasileiro, vale a opinião de Fábio Konder Comparato de que, inexistindo, no Código Comercial, uma definição geral do que deva ser considerado contrato mercantil, e não havendo expressa indicação de um critério distintivo específico [...], deve-se admitir que a comercialidade do contrato resulta de sua inserção no fluxo da atividade empresarial ou mercancia.

A tipificação da relação comercial é relevante para diferencia-la de outras relações que não o são de fato. Entretanto não é toda matéria comercial que é suscetível de ser resolvida por meio de arbitragem. No Brasil a limitação geral sobre a arbitrabilidade objetiva (aplicável também aos conflitos comerciais) encontra-se prevista no artigo 1º da Lei nº 9307/96, admitindo a arbitragem para os conflitos que versam sobre direitos patrimoniais disponíveis.

Como meio jurisdicional de resolução de conflitos a arbitragem se fundamenta em certos princípios como o *Compétence-Compétence*.

O princípio *Compétence-Compétence* estabelece uma “hierarquia cronológica” entre a jurisdição do árbitro e a dos órgãos do Poder Judiciário no que diz respeito ao julgamento da competência outorgada, pelas partes, na convenção de arbitragem. Cabe, assim, ao árbitro, decidir por primeiro as questões atinentes a existência e a validade da convenção de arbitragem bem como interpretar a extensão dos próprios poderes fixados na convenção.

De acordo com Redfern e Hunter (1999, p. 264) “É geralmente aceito que o tribunal arbitral tem poder de investigar sua própria jurisdição. Este é um poder inerente na nomeação de um tribunal arbitral [...]”.³

Conforme Fluja (2004, p. 810):

De este principio se deriva, como núcleo básico, que el árbitro tiene la facultad de ser el primero en analizar y determinar si la controversia que se somete entra en el ámbito del convenio arbitral correspondiente [...]. Y como núcleo básico también, se deriva que el árbitro puede analizar la existencia y validez del convenio porque si él no podría conocer de ningún asunto, incluso aunque ese asunto esté incluido en el ámbito del convenio y dentro de lo pactado por las partes.

3 “It is generally accepted that an arbitral tribunal has power to investigate its own jurisdiction. This is a power inherent in the appointment of an arbitral tribunal [...]”.

A partir da aplicação do princípio *Compétence-Compétence* fica estabelecido, como regra, que a ordem cronológica da apreciação jurisdicional se inicia com o árbitro, cabendo ao mesmo julgar, por primeiro, os limites da sua própria jurisdição. A judicialização da questão só ocorre num segundo momento, após o prolação da decisão do árbitro sobre a sua jurisdição, e por meio dos procedimentos específicos previstos na lei aplicável (no Brasil o artigo 33 da Lei 9307/96).

O princípio *Compétence-Compétence* é um princípio que serve à jurisdição. Estabelece uma ideia geral para a convivência entre a jurisdição dos árbitros e a dos órgãos do Poder Judiciário evitando, na medida do possível, o conflito positivo de competências que ocorre quando o árbitro (fundamentado na aplicação do princípio) e o Poder Judiciário (negando a aplicação do princípio) se reconhecem competentes para julgar certa questão litigiosa.

Ao estabelecer um enunciado geral sobre a jurisdição competente para julgar a matéria, o princípio *Compétence-Compétence* se conecta a outros princípios para garantir a segurança jurídica e a efetivação da jurisdição nos conflitos em que as partes tenham escolhido resolver por meio de arbitragem.

Como indica Pitombo (2007, p. 327) a ignorância ao princípio *Compétence-Compétence*:

[...] seria atentar não somente contra a autonomia da vontade das partes (presumivelmente livre e lícitamente manifestada), mas também contra a presunção de idoneidade da própria arbitragem, retirando daqueles que a elegeram toda a segurança jurídica.

No Brasil autores como Carmona (2009, 175-182), Rechsteiner (2001, p. 64-69), entre tantos outros, reconhecem que o princípio *Compétence-Compétence* encontra-se devidamente contemplado no artigo 8º, parágrafo único da Lei 9307/96, autorizando o árbitro a decidir, de ofício ou por provocação de uma das partes, sobre a sua própria jurisdição.

O artigo 8º da Lei 9307/96 foi inspirado no artigo 16, item 1, da Lei Modelo da Uncitral para arbitragem comercial internacional, elaborada em 1985 e alterada em 2006. No Brasil o caput do artigo 8º trata da autonomia da cláusula compromissória em relação ao contrato principal e o parágrafo único contempla o princípio *Compétence-Compétence*. Tal princípio se associa aos efeitos designados na doutrina como o duplo efeito da celebração de convenção de arbitragem válida.

Para Carmona (2009, p. 79), o duplo efeito da convenção de arbitragem válida:

[...] vincula as partes no que se refere a litígios atuais ou futuros, obrigando-as reciprocamente à submissão ao juízo arbitral; como pacto processual,

seus objetivos são os de derogar a jurisdição estatal, submetendo as partes à jurisdição dos árbitros. Portanto, basta a convenção de arbitragem (cláusula ou compromisso) para afastar a competência do juiz togado, sendo irrelevante estar ou não instaurado o juízo arbitral (art. 19).

O duplo efeito se traduziria assim, por primeiro, no dever assumido pelas partes, na convenção de arbitragem válida, de resolver todas as questões relativas ao conflito instaurado entre as mesmas por meio do árbitro. O dever das partes de submeter tal conflito a arbitragem, portanto, vai para além das questões de mérito, vinculadas aos direitos patrimoniais disponíveis previstos na convenção de arbitragem, e se estende também para as questões prejudiciais à análise do mérito, relativas ao desenvolvimento regular e válido da arbitragem, nos limites da lei que regula a arbitragem.

Esse dever das partes se traduz no reconhecimento da jurisdição do árbitro para apreciar, por primeiro, todas as questões decorrentes dos conflitos elencados na convenção de arbitragem, cabendo ao árbitro interpretar, por exemplo, se um determinado conflito submetido pelas partes encontra-se ou não contemplado na convenção de arbitragem.

Tais poderes são inerentes à jurisdição atribuída na convenção de arbitragem válida e deverão ser exercidos pelo árbitro nos limites estabelecidos na própria convenção e na lei aplicável à arbitragem.

No Brasil, os poderes se refletem, por exemplo: a) na aplicação do artigo 8º, parágrafo único, da Lei 9307/96 que reconhece a jurisdição do árbitro para decidir sobre a sua competência, podendo de ofício ou por provocação julgar as impugnações relativas à existência e validade da convenção de arbitragem; b) na aplicação do artigo 22, § 4º, que estabelece a jurisdição do árbitro para decidir sobre a necessidade e a possibilidade de concessão de medidas de urgência (coercitivas ou cautelares) preparatórias ou incidentais ao processo arbitral; c) na aplicação do artigo 21, parágrafo único, que atribui ao árbitro o poder de escolher as regras relativas ao processo e ao procedimento arbitral, caso as partes não o tenham feito na convenção de arbitragem, ou mesmo o de afastar as regras escolhidas pelas partes caso infrinjam a ordem pública; d) no poder implícito de escolher o direito aplicável ao mérito do conflito, caso as partes não o tenham feito na convenção de arbitragem e também de afastar a aplicação das regras eleitas pelas partes caso infrinjam a ordem pública; e) na aplicação do artigo 22, caput, que autoriza o árbitro a determinar de ofício a produção das provas que entender necessárias à formação do seu convencimento; f) na aplicação do artigo 15 e do artigo 20 que reconhecem a jurisdição do árbitro para apreciar as questões relativas a sua suspeição ou impedimento, além daquelas que digam respeito a existência e validade da convenção de arbitragem.

O segundo dos efeitos decorrentes da convenção de arbitragem válida é o afastamento da possibilidade do Poder Judiciário julgar o mérito dos conflitos indicados na

própria convenção e que devem ser submetidos à arbitragem, nos limites da lei aplicável à arbitragem (matérias arbitráveis).

À luz do princípio *Compétence-Compétence* tem-se dois desdobramentos decorrentes do aludido efeito.

No primeiro, apenas o árbitro recebe jurisdição para decidir sobre o mérito dos conflitos indicados na convenção de arbitragem válida, desde que tais conflitos sejam arbitráveis, nos termos do artigo 1º da Lei 9307/96.

No segundo dos desdobramentos, o árbitro recebe a jurisdição para, em ordem cronológica anterior aos órgãos do Poder Judiciário, conhecer dos aspectos processuais e materiais relativos à arbitragem, tais como a existência e a validade da convenção de arbitragem, a interpretação e a decisão sobre os poderes concedidos pelas partes na convenção de arbitragem e na lei aplicável à arbitragem, a verificação do preenchimento dos requisitos e a apreciação da possibilidade de concessão de tutelas de urgência, etc. Neste segundo desdobramento, a jurisdição dos órgãos do Poder Judiciário ocorrerá, em regra, após a apreciação da questão pelo árbitro, e a referida jurisdição ocorrerá nos termos e limites estabelecidos na ordem jurídica (procedimento previsto no artigo 33, com as matérias indicadas no artigo 32 da Lei 9307/96, além do procedimento de homologação de sentença arbitral estrangeira, nos casos de arbitragem cuja sentença foi proferida fora do território brasileiro).

A jurisdição dos órgãos do Poder Judiciário existe e deve ser exercida por provocação das partes desde que, em regra, respeite a ordem cronológica prevista (competência anterior do árbitro) e seja exercitada nos limites impostos pela ordem jurídica. Tal cronologia de competências é assegurada pela aplicação da exceção de convenção de arbitragem válida, que será oposta por uma das partes, perante o Poder Judiciário, quando a outra buscar, unilateralmente, subverter a ordem de competências e levar as questões conflituosas que devem ser submetidas à arbitragem aos órgãos do Poder Judiciário.

3. Doutrina e Jurisprudência que Relativizam a Aplicação do Princípio *Compétence-Compétence*

São quatro as principais hipóteses em que a doutrina e/ou a jurisprudência apontam para uma relativização na aplicação do princípio *Compétence-Compétence*.

Na primeira das hipóteses, a própria lei 9307/96, no seu artigo 7º, estabelece situação em que a ordem cronológica para a apreciação dos limites jurisdicionais é invertida, cabendo aos órgãos do Poder Judiciário decidir, por primeiro, sobre questões relativas à existência e validade da convenção de arbitragem e sobre a matéria objeto do conflito.

Conforme Lee (2002, p.98) corretamente expõe:

Se o juiz recebe uma ação de execução de cláusula arbitral, cabe a ele analisar primeiramente a existência e a validade desta cláusula. Em seguida, em caso de desacordo das partes, o juiz redige o compromisso segundo as regras do direito positivo. Ora, o direito argentino, o brasileiro e o uruguaio colocam como condição do compromisso, entre outras, a especificação dos pontos litigiosos. Assim o juiz decide se o litígio é ou não arbitrável, e conseqüentemente, se os árbitros são ou não competentes para apreciar a controvérsia. Esta apreciação da competência do árbitro pelo juiz se opõe ao princípio “competência-competência”, e de uma certa maneira, o exclui.

Ao discorrer sobre o procedimento do artigo 7º, da lei 9307/96, aplicável principalmente para a situação de celebração, pelas partes, de cláusula compromissória vazia, Carmona (2009, p. 176) segue pela mesma linha de raciocínio e reconhece que o referido dispositivo legal se constitui numa relativização do princípio *Compétence-Compétence*. Para o referido autor:

A atribuição de poderes ao árbitro para regular seus próprios poderes, porém, resolve apenas parte do problema, pois, em algumas hipóteses, caberá ao juiz togado lidar com a questão da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem. Isso ocorrerá, como já se viu, nos casos do art. 7º da Lei, e também quando o réu, citado para os termos da demanda, arguir exceção de compromisso [...]. (CARMONA, 2009, p. 176)

A segunda hipótese em que a aplicação do princípio *Compétence-Compétence* pode vir a ser relativizada ocorre quando os órgãos do Poder Judiciário tem a possibilidade de identificar, sem a necessidade de profunda dilação probatória ou esforço de interpretação da questão, que a matéria objeto do conflito não se encontra contida na matéria indicada pelas partes na convenção de arbitragem ou quando se trata de parte que manifestamente não consentiu na celebração de convenção de arbitragem.

Na terceira hipótese, a relativização do princípio *Compétence-Compétence* é admitida em razão da matéria objeto da convenção de arbitragem. Nas matérias reconhecidas como “sensíveis” existe, na doutrina e na jurisprudência, uma discussão sobre a possibilidade de tal relativização.

Redfern e Hunter (1999, p. 148-154) apontam algumas matérias tidas como “sensíveis” em relação a sua arbitrabilidade tais como questões relativas a marcas e patentes, contratos que porventura atraiam a aplicação de legislação anti-truste e de competição comercial, contratos celebrados mediante suborno ou corrupção e alegações de fraude contratual. Os autores reconhecem, entretanto, que a referida questão acaba por variar de Estado para Estado, de acordo com a legislação arbitral aplicável.

Ao discorrer sobre as matérias “sensíveis” nos países do Mercosul, Lee indica que:

As matérias patrimoniais “sensíveis”, ou seja, aquelas nas quais a disponibilidade dos direitos é incerta, e onde a ordem pública tem uma forte tendência a intervir, são o barômetro do liberalismo do país em questão de arbitragem. De fato quanto mais o país é reticente em relação à arbitragem, mais a arbitrabilidade destas matérias será restrita.[...] matérias como direito societário, a propriedade intelectual, o direito à concorrência, a falência, o direito do consumidor, não seriam *a priori* arbitráveis.

Nas decisões de diversas cortes distintas, no Brasil, sobre a possibilidade de submeter certas matérias “sensíveis” à arbitragem, são identificados julgados que ora reconhecem a arbitrabilidade de tais matérias e que ora rejeitam a referida arbitrabilidade.

Por vezes a decisão que promove a rejeição da arbitrabilidade da matéria é tomada em ação judicial, perante os órgãos do Poder Judiciário que, ao decidir, por primeiro, sobre a questão da existência e da validade da convenção de arbitragem (quanto a arbitrabilidade da matéria), age de forma a ignorar a aplicação do princípio *Compétence-Compétence*, ainda que o réu eventualmente tenha arguido, como questão preliminar e prejudicial, à existência de convenção de arbitragem válida e pleiteado pela extinção do processo judicial sem resolução de mérito. Tal quadro, no Brasil, ocorre, preferencialmente, quando a matéria submetida à arbitragem versa sobre relações de consumo ou sobre os direitos decorrentes de relação individual de emprego.

Julgados recentes apontam para o reconhecimento de uma espécie de competência concorrente entre os órgãos do Poder Judiciário e os árbitros quando a matéria prevista na cláusula compromissória for relacionada às relações de consumo.

Os consumidores, nos julgados relatados, ajuizaram ação judicial perante os órgãos do Poder Judiciário apesar de ter subscrito cláusulas compromissórias inseridas em contratos de adesão. Uma vez citados, os fornecedores arguíram, como questão preliminar, a exceção de convenção de arbitragem, requerendo ao juízo estatal a extinção do processo judicial sem resolução do mérito (ao alegar que a jurisdição sobre o conflito encontrava-se atribuída aos árbitros, em virtude da celebração entre as partes de cláusula arbitral válida). Relativizando o princípio *Compétence-Compétence*, os órgãos do Poder Judiciário ignoraram a cronologia de apreciação das questões atinentes à existência e validade da cláusula arbitral e julgaram nulas as referidas cláusulas arbitrais, passando a decidir, posteriormente, o mérito do conflito. Neste sentido tem-se os seguintes julgados:

TJRS - Ag.Instr. nº 70051678332 - 10ª Câmara Cível - Relator Jorge Alberto Schreiner Pestana – Agravante: Cativa Turismo Ltda – Agravado: Claudio Luis da Vinha Noronha - julgado em 28/02/2013 – votação unânime.

TJRJ – Ap. Cível nº 0007525-03.2011.8.19.0209 – 26ª Câmara Cível/ Consumidor – Relatora Ana Maria Pereira de Oliveira – Apelantes:

Brookfield S/A e Josiane Faltz Barbosa – Apelados: os mesmos – julgado em 29/01/2015 – votação unânime.

TJRJ – Ap. Cível nº 0026771-82.2011.8.19.0209 - 26ª Câmara Cível/ Consumidor – Relator Marcos Antônio Ribeiro de Moura Brito – Apelante: Cyrela RJZ Gulf Empreendimentos Imobiliários SPE LTDA – Apelados: Luiz Alberto Xavier Pinto e Roseli Martins Xavier Pinto – julgado em 15/01/2015 – votação unânime.

Além das questões atinentes as relações de consumo, outra matéria identificada como “sensível” no que tange a sua arbitrabilidade e que suscita, por vezes, a mesma relativização do princípio *Compétence-Compétence*, no Brasil, diz respeito aos dissídios individuais.

Existem decisões dos tribunais nacionais que afastam totalmente a aplicação da cronologia de jurisdição estabelecida pelo princípio *Compétence-Compétence*. Nos referidos julgados são reconhecidos, de plano, pelos órgãos do Poder Judiciário, a nulidade da convenção de arbitragem celebrada entre empregado e empregador.

Os casos mais comuns, revelados pela jurisprudência, são as rescisões de relações de emprego realizadas por acordo entre as partes e levadas à homologação de árbitros. O empregado, posteriormente à homologação pelo árbitro, e ao recebimento das verbas acordadas, ajuíza ação trabalhista exigindo certos direitos (e os seus efeitos materiais) que teria negociado e dado quitação no acordo.

A alegação fundamental trazida pelos autores das ações é que os direitos decorrentes da relação individual de trabalho não são suscetíveis de serem resolvidos por meio de arbitragem, visto se tratarem de direitos indisponíveis.

Os órgãos do Poder Judiciário tem, então, reconhecido a nulidade da sentença homologatória proferida pelo árbitro, bem como da convenção de arbitragem firmada pelas partes por se tratar de matéria não arbitrável.

O caso também pode se apresentar nas hipóteses em que se extingue a relação de emprego e o empregado vai aos órgãos do Poder Judiciário para pleitear os seus respectivos direitos decorrentes da referida relação. O empregador apresenta, como matéria preliminar da sua defesa, o pedido de extinção da ação trabalhista sem a resolução do mérito, em razão da existência de convenção de arbitragem válida celebrada entre as partes quando da celebração do contrato de trabalho.

A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho tem se firmado no sentido de que, diante de convenção de arbitragem manifestamente nula, é possível decidir, de plano, sem aplicar o princípio *Compétence-Compétence*, visto que a matéria objeto do conflito se refere à interpretação e à aplicação de direitos indisponíveis e que a Constituição Brasileira autoriza, formalmente, apenas a arbitragem para dissídios coletivos. Nestes sentidos têm-se os julgados:

TST – R.R. nº 101900-60.2009.5.02.0024 – 7ª Turma – Relator Claudio Mascarenhas Brandão – Recorrente: Associação dos Funcionários do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo – Recorrido: Euclides Soares da Silva – julgado em 04/02/2015 – votação unânime.

TST – A.I.R.R. nº 445-34.2012.5.01.0005 – 2ª Turma – Relator José Roberto Freire Pimenta – Agravante: Sertrading (BR) Ltda – Agravada: Vanusa Moraes Pereira – julgado em 29/10/2014 – votação unânime.

A quarta hipótese de relativização do princípio *Compétence-Compétence*, reconhecida na doutrina e na jurisprudência, ocorre quando qualquer das partes necessita da concessão de medida de urgência e haja a impossibilidade de instauração da arbitragem em prazo razoável (tais como nas situações em que as partes celebraram cláusula compromissória vazia e não tenham apontado, previamente, o árbitro ou o procedimento para a sua escolha).

Lamy, Peteffi e Santos (2012, p.327) reconhecem que nestes casos existe uma jurisdição extraordinária e provisória dos órgãos do Poder Judiciário, invertendo-se a cronologia de jurisdição entre os órgãos arbitrais e os do Poder Judiciário. Assim o Poder Judiciário teria a competência para conceder ou não a medida de urgência. Em caso de concessão da medida de urgência, esta medida poderia posteriormente vir a ser confirmada, modificada ou cessada pelo árbitro, tão logo tenha sido solucionado o impasse que impedia a instauração do juízo arbitral.

Para os referidos autores (2012, p.328), justificando a relativização do princípio *Compétence-Compétence*:

Importa ressaltar que a competência provisória do órgão do Poder Judiciário decorre da impossibilidade da pretensão cautelar ser apreciada pelo órgão jurisdicional competente (árbitro), diante de fato que impede o acesso da parte ao juízo arbitral. Parte do princípio em que assegurar a utilidade e a efetividade do resultado a ser buscada no processo principal e, portanto, garantir a realização dos escopos da jurisdição é, nas situações descritas, reputada mais importante do que a aplicação dos princípios processuais que norteiam a atribuição de competência.

Neste mesmo sentido, aplicando a relativização do princípio, é o Acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no julgamento do Recurso Especial 2011/0240991-9, ocorrido em 12/06/2012:

2. Na pendência da constituição do Tribunal Arbitral, admite-se que a parte se socorra do Poder Judiciário, por intermédio de medida de natureza cautelar, para assegurar o resultado útil da arbitragem.

3. Superadas as circunstâncias temporárias que justificavam a intervenção contingencial do Poder Judiciário e considerando que a celebração

do compromisso arbitral implica, como regra, a derrogação da jurisdição estatal, os autos devem ser prontamente encaminhados ao juízo arbitral, para que este assuma o processamento da ação e, se for o caso, reaprecie a tutela conferida, mantendo, alterando ou revogando a respectiva decisão.

4. Em situações nas quais o juízo arbitral esteja momentaneamente impedido de se manifestar, desatende-se provisoriamente as regras de competência, submetendo-se o pedido de tutela cautelar ao juízo estatal; mas essa competência é precária e não se prorroga, subsistindo apenas para a análise do pedido liminar.

Em outros países também se verificam casos em que se opera, por vezes, uma relativização na aplicação do princípio *Compétence-Compétence*, tal como ocorre no Brasil.

Tiburcio (2007, p. 424-435), por exemplo, comenta julgado do Supremo Tribunal de Justiça Federal da Alemanha em que ocorre uma relativização da aplicação do princípio *Compétence-Compétence*, ao permitir que os órgãos do Poder Judiciário conheçam de matéria relativa à existência e validade da convenção de arbitragem sem respeitar a ordem cronológica estabelecida na aplicação do princípio. A questão apreciada pela corte alemã e comentada pela autora diz respeito à convenção de arbitragem inserida em contrato de consumo.

4. Recentes Precedentes Brasileiros Reconhecem a Aplicação do Princípio *Compétence-Compétence* em Matéria Comercial

Ao contrário do que ocorre com as “matérias sensíveis”, tratadas no capítulo antecedente, a jurisprudência brasileira vem dando provas de firme respaldo ao princípio *Compétence-Compétence* em casos de arbitragem empresarial. Além de decisões mais antigas, merece destaque, por ser extremamente recente, decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro⁴.

O litígio ocorreu entre duas empresas que haviam contratado a compra e venda de um prédio na região central do Rio de Janeiro, contendo obrigações contratuais conexas, como a construção de um edifício garagem e o “retrofit” do prédio principal, além do estabelecimento de um prêmio comercial cujo pagamento estaria vinculado ao sucesso na locação do prédio.

A cláusula compromissória firmada entre as partes estava assim redigida:

6.1. Exceção feita àquelas relativas ao pagamento do preço e sua exigibilidade, todas as demais questões relativas à interpretação e

4 TJRJ. Agravo de Instrumento n. 0054241-31.2014.8.19.0000. Décima primeira Câmara Cível. Agravante: BRPR XXVII Empreendimentos. Agravado: Manchester Patrimonial S/A. Relator: Des. Fernando Cerqueira Chagas, julgado em 28 de janeiro de 2015.

ao descumprimento das obrigações previstas nesta escritura serão submetidas à arbitragem, (...)

Como houve desacordo entre as partes sobre a exigibilidade do aludido prêmio comercial, uma das partes procurou o Poder Judiciário para resolver o litígio. O juiz togado considerou-se competente para julgar a matéria, afastando a competência dos árbitros.

Como a cláusula compromissória excluía a competência dos árbitros somente para as questões relativas ao pagamento do preço e havia fundada dúvida sobre a possibilidade do prêmio comercial integrar o conceito de preço, a outra parte recorreu da decisão do juiz estatal, alegando que a primazia temporal sobre a matéria seria obrigatoriamente dos árbitros.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro deu provimento ao recurso, tendo como *ratio decidendi* exatamente o princípio *Compétence-Compétence*. Colhe-se do voto do Desembargador relator:

As dificuldades surgem quando, como no presente caso, a cláusula é redigida de forma dúbia quanto aos limites da convenção de arbitragem, cabendo se indagar se o Judiciário deve intervir antes do árbitro e, interpretando as vontades das partes, decidir se devem se submeter à arbitragem ou ao foro de eleição.

Rodrigo Garcia da Fonseca, em O Princípio da Competência-Competência na Arbitragem, Revista de Arbitragem e Mediação, SP, n. 9, p. 291, 2007, afirma:

“... em qualquer situação em que o ataque à convenção de arbitragem dependa de produção de prova que já não fora previamente constituída, ou de decisão acerca de matéria complexa, razoavelmente discutível, deve-se prestigiar a arbitragem, aplicando-se a regra de precedência temporal decorrente do princípio competência-competência, pois como não se pode nunca deixar de repetir, ‘é do árbitro o benefício da dúvida’, sem prejuízo do controle judicial posterior da sua decisão.”

Ora, a questão acerca da natureza do “prêmio”, ou seja, se constitui preço ou não, considerados os termos do contrato firmado entre as partes, requer um esforço de exegese, constituindo questão complexa e da qual se podem extrair diferentes interpretações com fundamentos razoáveis.

Por conseguinte, reputa-se como impositivo que o juiz se abstenha de conhecer da questão da competência antes que o árbitro se pronuncie sobre a sua própria competência.

A decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro é digna de aplausos e pode ser considerada mais um passo importante em uma tendência que já se encontrava

em outros acórdãos, alguns explicitamente citados pelo desembargador relator, como se nota de excerto do voto,

Logo, cabe ao árbitro decidir sobre a sua própria jurisdição, tendo sido consagrado o entendimento da existência de hierarquia cronológica entre o árbitro e o juiz togado, por força da qual o árbitro é quem decide, em primeiro lugar, a respeito de sua competência para conhecer acerca de determinada controvérsia.

Vale conferir a orientação jurisprudencial do STJ:

(...)

1.- Tratando-se de jurisdições concorrentes, a estrangeira e a nacional, em que discutida a mesma matéria, isto é, a validade de cláusula arbitral constante de contrato celebrado no exterior sob expressa regência da legislação estrangeira, prevalece a sentença que primeiro transitou em julgado, no caso a sentença estrangeira.

2.- Conclusão, ademais, que preserva a opção pela solução arbitral, expressamente avençada pelas partes.

3.- Ante a cláusula arbitral, de rigor a submissão da alegação de nulidade primeiramente ante o próprio tribunal arbitral, como resulta de sentença estrangeira homologada, que atende ao princípio “Kompetenz Kompetenz”, sob pena de abrir-se larga porta à judicialização nacional estatal prematura, à só manifestação unilateral de vontade de uma das partes, que, em consequência, teria o poder de, tão somente “ad proprium nutum”, frustrar a arbitragem avençada.

4.- Impossibilidade de homologação de parte da sentença estrangeira que determina a desistência, sob sanção, de ação anulatória movida no Brasil, dada a preservação da concorrência de jurisdição.

5.- Sentença estrangeira parcialmente homologada, para a submissão das partes ao procedimento arbitral, afastada, contudo, a determinação de desistência, sob pena de multa, da ação movida no Brasil.

SEC .854/EX, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, Rel. p/ Acórdão Ministro SIDNEI BENETI, CORTE ESPECIAL. julgado em 16/10/2013, DJe 07/11/2013 (grifo nosso)

Como assinala o E. Ministro Luiz Fux em seu voto no AgRg na SEC 854 (2005/0123803):

Sobressai dos comentários de Pedro A. Bastista Martins acerca da aplicação da cláusula compromissória, in verbis:

“Em havendo controvérsia quanto à submissão da matéria à arbitragem, seja por falha ou dupla interpretação da cláusula compromissória, a tendência moderna dos doutrinadores e das cortes estatais é a de conferir ao órgão arbitral competência para a apreciação e o julgamento da questão.

Impera o princípio ‘na dúvida pró arbitragem.’” (In, Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem, de autoria de Pedro A. Batista Martins, Selma M. Ferreira Lemes e Carlos Alberto Carmona, Editora Forense, Páginas 213/220).

É importante apontar que no Brasil o STJ reconhece a possibilidade de existência do conflito positivo de competência entre a jurisdição arbitral e a do Poder Judiciário, bem como a competência do STJ para decidir sobre a referida matéria. Nesse sentido, há precedente do próprio STJ reconhecendo a competência do árbitro para conceder medida cautelar de arrolamento de bens. Tal decisão também implicou o reconhecimento judicial da arbitragem como jurisdição.⁵

Até mesmo nos casos em que grandes empresas não estabelecem relação de direito civil ou comercial entre elas, mas, ao contrário, com pessoas físicas, o Poder Judiciário prestigia o princípio *Compétence-Compétence*. Exemplo paradigmático desse entendimento encontra-se no julgamento do Recurso Especial 1.278.852⁶.

Nesse caso, o juiz da causa havia aplicado o princípio *Compétence-Compétence* corretamente, mas o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais entendeu que a análise da validade da cláusula compromissória pode ser exercida pelo juiz estatal quando o procedimento arbitral ainda não tiver iniciado. O Ministro relator proveu o recurso que contestava a decisão do Tribunal de Justiça, realizando correta distinção entre os conflitos gerados por cláusulas vazias, que reclamam a utilização o art. 7º da lei de arbitragem brasileira, como já analisado no segundo capítulo do presente trabalho, e as situações envolvendo cláusulas compromissórias cheias. Nesse último caso, a primazia para a análise da validade e eficácia da convenção de arbitragem é dos árbitros, devendo o Poder Judiciário realizar eventual análise posterior, como colhe-se de trecho da ementa do julgado,

3. De fato, é certa a coexistência das competências dos juízos arbitral e togado relativamente às questões inerentes à existência, validade, extensão e eficácia da convenção de arbitragem. Em verdade - excluindo-se a hipótese de cláusula compromissória patológica (“em branco”) -, o que se nota é uma alternância de competência entre os referidos órgãos, porquanto a ostentam em momentos procedimentais distintos, ou seja, a possibilidade de atuação do Poder Judiciário é possível tão somente após a prolação da sentença arbitral, nos termos dos arts. 32, I e 33 da Lei de Arbitragem. 4. No caso dos autos, desponta incontestemente a eleição da Câmara de Arbitragem Empresarial Brasil (CAMARB) como tribunal arbitral para dirimir

5 STJ - Conflito de Competência (CC) nº 111230 – 2ª Seção – Relatora: Nancy Andriighi - Autor: C.E.B Ltda, Réu: S. E Ltda – julgado em 08/05/2013 – votação por maioria.

6 STJ- Recurso Especial n. 1.278. 852/MG. Relator: Luis Felipe Salomão – Recorrente: Samarco Mineração S/A, Recorrido: Jerson Valadares da Cruz. Julgado em 21/05/2013

as questões oriundas do acordo celebrado, o que aponta forçosamente para a competência exclusiva desse órgão relativamente à análise da validade da cláusula arbitral, impondo-se ao Poder Judiciário a extinção do processo sem resolução de mérito, consoante implementado de forma esmerada pelo magistrado de piso. Precedentes da Terceira Turma do STJ.

Isto posto, acredita-se que a jurisprudência brasileira, ressalvadas algumas exceções, prestigia o princípio *Compétence-Compétence*, mormente em casos envolvendo a arbitragem comercial, que usualmente se afastam das chamadas “matérias sensíveis”.

5. Conclusões

Constatou-se uma salutar solidificação da jurisprudência brasileira no sentido de respaldar o princípio *Compétence-Compétence* na seara empresarial. Não há qualquer dúvida que o acórdão mais longamente comentado, proferido recentemente pela 11ª Câmara Cível do TJRJ, encontra-se de acordo com a doutrina e a jurisprudência dominante nos tribunais estaduais e no STJ.

Os julgadores utilizam o raciocínio que é aceito pela jurisprudência nacional e estrangeira no que concerne à aplicação do princípio *Compétence-Compétence*. Promovem a correta validação do duplo efeito decorrente da convenção de arbitragem válida ao reconhecer a jurisdição do árbitro para decidir sobre a sua própria jurisdição e ao impedir a jurisdição prematura dos órgãos do Poder Judiciário.

Os exemplos de julgados em que ocorrem as hipóteses de relativização na aplicação do princípio, por sua vez, são aplicados apenas em certas situações pontuais, identificadas ao longo do texto e admitidos por parte da doutrina. Trata-se de casos específicos que não ameaçam, no Brasil, a aplicação prevalente dos efeitos do *Compétence-Compétence*. A importância da jurisprudência dominante analisada é reafirmar a relevância do princípio *Compétence-Compétence*, previsto expressamente na Lei nº 9307/96.

A atuação ponderada dos órgãos do Poder Judiciário, nos moldes do julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, reconhecendo a supremacia do princípio *Compétence-Compétence* e promovendo o seu afastamento apenas em algumas poucas situações específicas não gera qualquer insegurança para os que pretendem resolver os conflitos por meio da arbitragem.

Constata-se que os casos submetidos aos órgãos do Poder Judiciário, em que a jurisprudência se inclina pela relativização da aplicação do princípio *Compétence-Compétence*, ocorrem de forma cada vez mais rara e esporádica. Tal fato se deve, em princípio, a um maior desenvolvimento do conhecimento sobre a aplicação e a prática da arbitragem. Assim, também tornam-se raras e esporádicas as celebrações de cláusulas compromissórias

vazias ou patológicas ou, ainda, das hipóteses de concessão de medidas de urgência em decorrência da impossibilidade de instauração rápida do juízo arbitral.

Nos casos dos conflitos relativos aos dissídios individuais trabalhistas e das relações de consumo, a jurisprudência existente já é suficiente para que as partes ponderem, com um maior cuidado, sobre a pertinência ou não de celebrarem convenção de arbitragem (principalmente cláusula compromissória) atribuindo a competência aos árbitros para decidir sobre as referidas matérias.

6. Referências

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL (5. Região). Apelação cível no 42.441-PE (94.05.01629-6). Apelante: Edilemos Mamede dos Santos e outros. Apelada: Escola Técnica Federal de Pernambuco. Relator: Juiz Nereu Santos. Recife, 4 de março de 1997. Disponível em: <http://www.trf5.jus.br/cp/cp.do>. Acesso em 25/05/2015.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA//A. R.Esp. 2011/0240991-9. Recorrente: Itarumã Participações S/A. Recorrido: Participações em Complexos Bioenergéticos S/A. Relatora: Nancy Andrighi. Julgado 12/06/2012, votação unânime. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=arbitragem+&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=64>. Acesso em 09/05/2015.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.- Recurso Especial n. 1.278. 852/ MG. Recorrente: Samarco Mineração S/A. Recorrido: Jerson Valadares da Cruz. Relator: Luis Felipe Salomão. Julgado em 21/05/2013, votação por maioria. : http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%28%22LUIS+FELIPE+SALOM%3O%22%29.min.&processo=1278852&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO. Acesso em 05/05/2015.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CC nº 111230. Autor: C.E.B Ltda. Réu: S. E Ltda. Relatora: Nancy Andrighi. Julgado em 08/05/2013, votação por maioria. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=arbitragem+conflito+competencia&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=7>. Acesso em 09/05/2015.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Apelação Cível nº 0007525-03.2011.8.19.0209. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000451E95371147157852CABD74476B90E91C503495F3139>. Acesso em 01/03/2015.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Apelação Cível nº 0026771-82.2011.8.19.0209. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004B5289E53C150AE75A8CEB48130301621C50346630E1B>. Acesso em 01/03/2015.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Agravo de Instrumento n. 0054241-31.2014.8.19.0000. Agravante: BRPR XXVII Empreendimentos. Agravado: Manchester Patrimonial S/A. Relator: Des. Fernando Cerqueira Chagas, julgado em 28 de janeiro de 2015. Disponível em <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000494E10C28576322AAE-0FF87D5ED025686C50349624E24>. Acesso em 22/05/2015.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Ag.Instr. nº 70051678332. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fone-tica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70051678332&num_processo=70051678332&codEmenta=5140420&temIntTeor=true. Acesso em 01/03/2015.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. R.R. nº 101900-60.2009.5.02.0024. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=185958&anoInt=2012>. Acesso em 01/03/2015.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. A.I.R.R. nº 445-34.2012.5.01.0005. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=185397&anoInt=2014>. Acesso em 01/03/2015.

CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL. Estatística. Disponível em: <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Introduction-to-ICC-Arbitration/Statistics/>. Acesso em 09/05/2015.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2009.

COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DIREITO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL (UNCITRAL). Lei modelo sobre arbitragem comercial internacional. Disponível em: http://www.cbar.org.br/leis_intern_arquivos/Lei_Modelo_Uncitral_traduzida_e_revisada_versao_final.pdf. Acesso em 09/05/2015.

FLUJA, Vicente Guzmán. Artículo 22. Potestad de los árbitros para decidir sobre su competencia. In: VILAR, Silvia Barona (Coordinadora). Comentarios a la ley de arbitraje. Madrid : Thomson/Civitas, 2004, p. 805-831.

FOUCHARD, Ph.; **GAILLARD,** E.; **GOLDMAN,** B. Traité de l'arbitrage commercial international. Paris : Litec, 1996.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Fundamentos da arbitragem do comércio internacional. São Paulo : Saraiva, 1993.

HEINTZMAN, Thomas G. What are the limits of competence-competence for arbitral tribunals. Publicado em 03/06/2012. Disponível em: <http://www.constructionlaw->

canada.com/arbitration/what-are-the-limits-of-competence-competence-for-arbitral-tribunals/. Acesso em 28 de fevereiro de 2015.

LEE, João Bosco. Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul. Curitiba: Juruá, 2002.

LEMES, Selma. Arbitragem em números – Números mostram a maior aceitação da arbitragem no Brasil. Revista Consultor Jurídico. Publicado em 10/04/2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-abr-10/selma-lemes-numeros-mostram-maior-aceitacao-arbitragem-brasil>. Acesso em 09/05/2015.

PITOMBO, Eleonora C. Os efeitos da convenção de arbitragem – adoção do princípio kompetenz-kompetenz no Brasil. In: **LEMES**, Selma Ferreira; **CARMONA**, Carlos Alberto; **MARTINS**, Pedro Batista. Arbitragem – estudos em homenagem ao prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam. São Paulo: Atlas, 2007, p. 326-338.

REDFERN, Alan.; **HUNTER**, Martin. Law and practice of international commercial arbitration. Londres: Sweet&Maxwell, 1999.

RECHSTEINER, Beat Walter. Arbitragem privada internacional no Brasil. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SANTOS. Ricardo Soares Stersi dos. Noções Gerais da Arbitragem. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

TIBURCIO, Carmen. O princípio da Kompetenz-Kompetenz revisto pelo Supremo Tribunal Federal de Justiça alemão. In: **LEMES**, Selma Ferreira; **CARMONA**, Carlos Alberto; **MARTINS**, Pedro Batista. Arbitragem – estudos em homenagem ao prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam. São Paulo: Atlas, 2007, p. 425-435.

_____. Arbitragem no Brasil: Panorama dos Últimos 15 Anos. In: **LEMES**, Selma Ferreira; **BARLBINO**, Inez (coord). Arbitragem: Temas Contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 75-101.

SIMPLES NACIONAL: ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS EXCLUSÕES SETORIAIS

GUILHERME ADOLFO DOS SANTOS MENDES

Professor Doutor e orientador pleno no Programa de Mestrado da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP).

Resumo

A Constituição Federal determina o tratamento jurídico favorecido, inclusive e, sobretudo, no campo das obrigações tributárias, para as pequenas empresas, sem estabelecer qualquer exceção explícita. Nada obstante, todas as leis que introduziram regras tributárias mais benéficas orientadas por esse preceito superior discriminaram empreendimentos diminutos em razão do setor econômico de atuação.

O atual regramento, chamado “Simples Nacional”, consta da Lei Complementar nº 123/06, mas dele não podem se beneficiar as menores unidades produtivas de diversos setores, tais como o automobilístico, o de transporte de passageiros, o de energia e o de fabricação de armas, bebidas e produtos de tabaco.

Ao demonstrar a erronia dos argumentos a favor de tais exclusões, o artigo sustenta que nenhuma dessas previsões encontra amparo constitucional. Ademais, com base numa análise crítica do direito positivo, demonstra-se que o intento oculto almejado com as exclusões foi o de reservar para o grande capital, em detrimento das iniciativas de menor porte, setores econômicos de elevada lucratividade.

Palavras-chave

Simples Nacional; Pequenas Empresas; Livre Concorrência; Setores Econômicos.

Abstract

The Constitution defines the favored legal treatment for small businesses without making any explicit exception, including and especially for tax obligations. Nevertheless, all the laws, which have introduced tax benefits guided by this higher provision, have discriminated small companies due to the economic sector of activity.

Known as “National Simple” and introduced by the Complementary Law No. 123/06, the current legislation did not extend its benefits to small production units of a

number of industries, such as the automotive industry, the passenger transport industry, the energy industry and the industry of manufacture of weapons, beverages and tobacco products.

By demonstrating the mistakes of the arguments in favor of such exclusions, the article holds up that none of these provisions meets constitutional standards. Furthermore, based on a critical analysis of the Positive Law, it is shown that the hidden desire behind the exclusions was to keep the economic sectors of high profitability under control of big corporations to the detriment of smaller initiatives.

Key words

National Simple; Small Business; Free Competition; Economic Sectors.

1. Introdução

O presente artigo tem por objetivo analisar a constitucionalidade da proibição de pequenas empresas optarem pelo atual regime favorecido de tributação (Simples Nacional) em função do seu ramo de atividade.

Para atingir tal desiderato, analisaremos o perfil constitucional do tratamento jurídico favorecido, o histórico das exclusões informadas por critérios setoriais e a coerência das razões que poderiam ter levado o legislador a promover as atuais exclusões nos setores automobilístico, de transporte de passageiros, de energia, e de fabricação de armamento, bebidas e cigarros.

2. O Tratamento Constitucional Favorecido para as Pequenas Empresas

Só três países no mundo dispensam, em seu Diploma Súpero, regras específicas às empresas de pequeno porte. O Brasil é um deles (os outros são Portugal¹ e Peru²). Ademais, nossa Constituição é a única a determinar expressamente o favorecimento jurídico dessa classe de empresas no âmbito das obrigações tributárias.

Todavia, a vanguarda, sob o aspecto normativo-hierárquico, não foi fruto de pioneirismo legislativo, nem é garantia de liderança na implementação de mecanismos eficazes de estímulo aos modestos empreendimentos. Antes de nós, diversas outras nações já implementavam importantes medidas de fomento às suas menores unidades produtivas,

1 São três os dispositivos da Constituição Portuguesa que versam sobre a matéria, quais sejam: art. 86, item “1”; art. 100, alínea “d”; e art. 293, item 2.

2 Na parte final do art. 59 da Constituição Peruana está assim estabelecido: “El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades”.

com destaque para Itália, Japão e Estados Unidos³, e ainda hoje estamos aquém das mais modernas políticas públicas e disciplinas jurídicas de incentivo às microempresas e às empresas de pequeno porte (Mpes).

Apesar da peculiar condição de portarmos, no ápice da nossa ordem jurídica, normas específicas de favorecimento aos de menor dimensão empresarial, não ocupamos posição igualmente avançada no plano dos diplomas infraconstitucionais e, menos ainda, no patamar das realizações concretas.

Não podemos negar, contudo, o progresso nacional na questão, especialmente, em razão de termos elevado o tema ao nível das preocupações de índole constitucional, providência que foi capaz de impulsionar várias outras ações legiferantes igualmente louváveis, dentre as quais, o “Simples Nacional” estabelecido pela Lei Complementar nº 123/06.

Nossa investigação, por isso, principia pelo exame do texto constitucional. Nele, localizamos cinco conjuntos de dispositivos que regem o tratamento jurídico favorecido das Mpes; uns originários da CF, outros posteriormente introduzidos no Texto Excelso por emendas constitucionais.

No seu texto original, a CF já continha o inciso IX do art. 170, o art. 179 e o art. 47 do ADCT. O primeiro dispositivo, cuja redação foi alterada pela EC nº 6/95, estabelece como princípio da ordem econômica “o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”. Esse princípio é balizador de todos os demais dispositivos constitucionais e, evidentemente, do conjunto completo das prescrições jurídicas. O preceito do “tratamento favorecido” governa inteiramente o percurso de positivação do direito que trata as questões atinentes às pequenas empresas.

O art. 179, por seu turno, prevê regra programática, dirigida a todos os entes da federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), a lhes impor o dever de dispensar às microempresas e empresas de pequeno porte tratamento jurídico diferenciado (diferenciação que não pode ser uma qualquer, mas sim aquela destinada a favorecer os pequenos em face do preceito norteador estampado no já referido art. 170, inciso IX) por meio de três formas: supressão, redução e simplificação de obrigações. Ademais, expressamente, prescreve que a diferença favorável de tratamento deve ser estabelecida também na seara tributária.

3 A preocupação norte americana com o tratamento das pequenas empresas, por exemplo, remonta às leis antitruste editadas ainda do século XIX. Vale ainda mencionar a criação da primeira comissão parlamentar para estudar as condições das pequenas empresas, constituída pelo Senado Americano, em 1940, por iniciativa do Senador James Murray (VINYARD, 1966, p. 370) e o “Small Business Administration” (SBA) criado pelo “Small Business Act” de 1953, o qual é até os dias atuais o principal órgão público responsável pelo desenvolvimento e aplicação de políticas de incentivo aos pequenos empreendimentos.

Dos três dispositivos originários da CF, o art. 47 do ADCT é o menos citado nos trabalhos acadêmicos. Isso se deve ao seu caráter casuístico, pois estabelece uma regra de exclusão de correção monetária, mas apenas para determinados empréstimos outrora concedidos às Mpes.

Em 2003, a EC nº 42 introduziu novos dispositivos atinentes ao tema do tratamento favorecido destinados a regular matéria tributária. Ao modificar o art. 146 da CF, a referida EC atribuiu à lei complementar dois conjuntos de competências: um, previsto na alínea “d” do inciso III, para definir o tratamento favorecido; outro, estabelecido no parágrafo único e seus incisos, para instituir um regime único de arrecadação de impostos e contribuições federais, estaduais e municipais. Inseriu ainda, no ADCT, o art. 94, que determina a revogação dos tratamentos jurídicos especiais estabelecidos por cada um dos Entes políticos tão logo entre em vigor o regime único.

Por fim, a Emenda Constitucional nº 47/05, ao alterar a redação do § 9º do art. 195 da CF, autorizou o legislador a diferenciar, em função do porte da empresa, as alíquotas e bases de cálculo das contribuições à Seguridade Social exigidas do empregador. Apesar de não haver expresse estabelecimento do sentido da diferenciação, em face do preceito norteador de tratamento favorecido às pequenas empresas estampado no art. 170, inciso IX, é notório que não podem ser as grandes empresas e os conglomerados econômicos os destinatários de benesses tributárias estabelecidas segundo o critério do porte empresarial.

O tratamento jurídico favorecido para as pequenas empresas, como previsto na Constituição Federal, está em perfeita harmonia com o seu primado maior de isonomia na sua feição substancial: tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida das suas desigualdades. Na verdade, pode ser considerado uma medida concretizadora efetiva do axioma da igualdade. Afinal, são muitas e diversificadas as desvantagens das Mpes em relação às empresas de maior porte, tais como (i) dificuldade e os altos custos para obtenção de financiamento, (ii) custos administrativos proporcionalmente maiores para o cumprimento das diversas obrigações legais, inclusive tributárias, e (iii) dificuldades para obter informações sobre novas tecnologias (OECD, 1994, p. 3), a exigirem que o direito contrabalance tamanho desnível.

Em artigo no Jornal Folha de S.Paulo, Roque Pellizzaro Júnior, Presidente da Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas, ao criticar o avanço aniquilador das grandes redes de varejo sobre os pequenos comerciantes, com aval inclusive das políticas governamentais na área tributária, informa que as administradoras de cartões de crédito chegam a cobrar de 30% a 40% a mais das Mpes que dos grandes conglomerados (2011).

Até o crescimento das vendas, surpreendentemente, é um fator apontado pelos autores como passível de levar os pequenos empreendimentos ao infortúnio. RESNIK aponta

os diversos riscos que uma expansão muito rápida pode gerar, como a perda de controle sobre os custos, as margens e o fluxo de caixa (1990, p. 198-223).

O tratamento favorecido, contudo, não se limita a buscar a igualdade entre as diversas empresas quanto ao seu porte, muito menos corresponde apenas a cuidar de desvalidos econômicos. O regime jurídico especial para as pequenas unidades produtivas é instrumento para a consecução de diversos e relevantes intentos constitucionais. De um lado, tem por escopo preservar as bases capitalistas de produção constantemente corroídas pelas distorções do modelo liberal, sendo uma delas a concentração econômica que afasta o mercado real do modelo ideal da concorrência perfeita de máxima eficiência; de outro, visa atender os mais variados direitos da ordem social por meio da ampliação das oportunidades de trabalho.

3. Histórico das Exclusões Setoriais

A nossa Constituição não só é uma das únicas três, em todo o mundo, a contemplar o tratamento favorecido para as pequenas empresas, tratamento este informado por escopos da mais elevada envergadura. É, de longe, a mais prolífera. Nada obstante, em nenhum dos seus diversos dispositivos, há sequer uma só referência à exclusão de pequenas empresas em razão do seu tipo de atividade.

Todavia, as leis inferiores, ao concretizarem o tratamento constitucionalmente determinado, sempre estabeleceram discriminações a pequenos empreendimentos em razão do seu setor econômico de atuação. Na verdade, até antes da atual Constituição, em 1984, quando o tratamento favorecido surgiu no patamar infraconstitucional por meio da edição do então chamado Estatuto das Microempresas (Lei 7.256/84), foram prescritas atividades cujos pequenos agentes econômicos eram excluídos dos incentivos legais. Eram exemplos: prestadores de serviço de armazenagem e depósito de produtos de terceiros, e os prestadores de serviço de propaganda e publicidade (art. 3º, inciso V).

As leis editadas já sob a égide na nossa atual Constituição não alteraram esse panorama excludente; pelo contrário, o intensificaram. O primeiro diploma normativo de abrangência nacional foi a Lei nº 8.864/94, a qual, apesar de ter tido o escopo de estabelecer “normas para as microempresas (ME), e Empresas de Pequeno Porte (EPP), relativas ao tratamento diferenciado e simplificado, nos campos administrativo, fiscal, previdenciário, trabalhista; crédito e de desenvolvimento empresarial”, de tão acanhada, nem sequer foi tratada pelo próprio legislador como um estatuto. No campo tributário, não estabeleceu nenhuma medida concreta. Desse modo, continuaram em vigor as isenções para as microempresas previstas no Estatuto de 1984, enquanto as empresas não tão mirradas, mas ainda assim pequenas, continuaram sem qualquer medida tributária favorável, a despeito das disposições constitucionais de 1988.

Nada obstante, o artigo 3º da referida lei também contemplava exclusões setoriais. Esse artigo, contudo, nem sequer chegou a entrar em vigor em face do veto presidencial, cujas razões foram assim expostas:

A título de elencar as pessoas jurídicas excluídas do regime especial que se pretende inaugurar, o artigo, na verdade, constitui um retrocesso em face da legislação anterior, notadamente o art. 3º da Lei nº 7.256 de 1984 e art. 51 da Lei 7.713, de 1988, os quais definiram com precisão quais as empresas, em função da sua natureza jurídica e do ramo de atividade, que poderiam usufruir das vantagens do enquadramento como microempresa. A permanecer a redação proposta no art. 3º do projeto de lei, poderão abrigar-se sob o espectro de “microempresa” um leque de pessoas jurídicas cujas características não admitem dito tratamento e que passarão a competir, em condições desiguais, com aquelas que realmente necessitam do incentivo do Estado para se desenvolverem.

É relevante destacar que a redação do dispositivo reduzia o número de microempresas excluídas do tratamento favorecido, o que foi considerado, nas razões do veto, um “retrocesso”, sob o vago argumento de que, devido a suas características competiriam em condições de desigualdade com as já anteriormente beneficiadas.

Ora, é interessante notar que nenhuma dessas características foi apontada e também não se especificou como microempresas de um setor poderiam ser capazes de competir de forma abusiva com as de outro setor. Não nos parece, pois, que essa tenha sido, de fato, a real razão do veto.

No campo das obrigações tributárias federais, o primeiro diploma com o escopo de promover o tratamento favorecido também para as pequenas, e não só para as microempresas, foi a Medida Provisória nº 1.526, de 05 de novembro de 1996, convertida, sem demora, na Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996. Essa lei teve por finalidades principais dispor, em âmbito federal, “sobre o regime tributário das microempresas e das empresas de pequeno porte e instituir o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES”. O referido sistema correspondia a um regime opcional e estruturado para unificar o recolhimento de até 6 (seis) tributos federais (Imposto de Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ, Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, Programa de Integração Social - PIS, Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, e Contribuição Previdenciária Patronal - CPP) por meio da aplicação de percentuais sobre a receita bruta mensal, percentuais estes compostos por parcelas relativas a cada um dos tributos integrados. Foi estabelecida também a hipótese de incorporação do Imposto sobre Circulação de Mercadoria e Serviços (ICMS) e do Imposto sobre Serviços (ISS) por meio de convênio, respectivamente, com Estados e Municípios, os quais

tinham direito ao repasse dos seus recursos, vedada qualquer possibilidade de retenção. Desse modo, por meio de um único pagamento apurado à luz de regras previstas numa só codificação, as micro e pequenas empresas optantes podiam extinguir as obrigações de até oito tributos, sem prejudicar a aplicação de previsões específicas atinentes a cada uma dessas exações, como as de caráter financeiro.

O Simples Federal foi, sob muitos aspectos, um avanço em relação à sistemática anterior do Estatuto de 1984. Além de outras tantas medidas que poderiam ser citadas, vale destacar ter inaugurado a adoção de incentivos fiscais federais endereçados às pequenas empresas, os quais passaram a ser graduais. Ao contrário do sistema anterior, que demarcava apenas um único patamar de desonerações e, por conseguinte, estabelecia também um degrau elevado de encargos entre as empresas que se situavam próximas da fronteira entre a zona favorecida e a região das múltiplas e complexas obrigações, o Simples Federal foi estruturado com 22 (vinte e dois) patamares de reduções tributárias inversamente proporcionais ao porte da empresa.

Todavia, na transição do Estatuto de 1984 para o Regime Integrado de 1996, houve substancial incremento do rol de atividades excluídas do tratamento tributário favorecido. Dentre outros exemplos, passaram a não gozar de incentivos tributários federais as micro e pequenas empresas atuantes nas atividades de vigilância, limpeza, conservação e locação de mão-de-obra; na área financeira, a lista de exclusões deixou de abarcar exclusivamente as empresas que realizavam operações de câmbio, seguro e distribuição de títulos e valores mobiliários, para se estender a praticamente toda sorte de empresas do setor.

Posteriormente, ampliaram-se ainda mais as atividades econômicas cujas empresas não mais poderiam se favorecer do tratamento diferenciado dispensado às Mpes. A Medida Provisória nº 2.189-49/01 passou a excluir os fabricantes de bebidas e os de produtos de tabaco, setores que serão analisados nos tópicos seguintes.

4. As Atuais Exclusões Setoriais

O estatuto das micro e pequenas empresas hoje em vigor foi veiculado pela Lei Complementar nº 123/06. Esse diploma, ao estabelecer um regime unificado de favorecimento tributário, denominado “Simples Nacional”, para abarcar, sob as mesmas regras supostamente mais benéficas aos seus destinatários, tributos federais, estaduais e municipais, substituiu, não só o Simples Federal, mas todos os sistemas implantados por cada um dos entes que formam a organização política brasileira.

A instituição do “Simples Nacional” é apontada por alguns como a alteração legislativa de cunho tributário mais importante desde a promulgação da atual Constituição⁴.

4 Marins & Bertoldi, ao analisarem o “Simples Nacional”, afirmaram: “Somos da opinião de que este regime fiscal especial representa, seguramente, a mais importante iniciativa de ‘reforma tributária’

De fato, a sua edição, bem como a da Emenda Constitucional nº 42/03, que a precedeu e lhe deu esteio, representaram mudanças significativas e paradigmáticas no arcabouço jurídico-tributário nacional. Todavia, não estão imunes a críticas. Pelo contrário. Sob muitos aspectos, esse conjunto normativo pode ser considerado um retrocesso em matéria de favorecimento tributário das menores unidades produtivas por, dentre outras razões, ter ampliado a relação de atividades cujas Mpes deixaram de ser destinatárias das medidas tributárias incentivadoras.

Como exemplo, na sistemática anterior do Simples Federal com as modificações introduzidas a partir da Medida Provisória nº 1.991-15, de 10 de março de 2000, todas as pequenas empresas importadoras podiam gozar do regime favorecido. No Simples Nacional, contudo, foram excluídos os importadores de automóveis, motocicletas e combustíveis (art. 17, VIII e IX, da Lei Complementar nº 123/06). De igual sorte, os pequenos fabricantes de armamento e explosivos gozavam dos incentivos do Simples Federal, mas passaram a não usufruir de qualquer mitigação das suas obrigações tributárias com a implantação do Simples Nacional.

A exclusão em razão da atividade desenvolvida, contudo, não se justifica. Ao revés de ampliar os setores econômicos, cujas Mpes devem se sujeitar às mesmas obrigações tributárias a que estão submetidas as empresas de maior porte, o legislador complementar deveria nortear suas medidas para eliminar toda e qualquer exclusão do Simples Nacional orientada por critérios setoriais.

A doutrina, acertadamente, há muito tempo, tem criticado diversas dessas exclusões, mas, em relação a algumas, como as do setor de cigarro, fumo e bebida, manifesta-se concordante, posição com a qual, pelos fundamentos que apresentaremos a seguir, não nos alinhamos.

A Lei Complementar nº 123/06, com a redação atualmente em vigor, adota dois mecanismos para promover exclusões setoriais. No primeiro, recusa-se expressamente a qualificar a empresa como Meps e, assim, impede o gozo de todas as medidas favoráveis previstas na lei; no segundo, menos abrangente, um pouco menos dramático e que congrega o maior número de atividades, mantém a qualificação e os poucos benefícios não tributários previsto no estatuto, mas impede a opção pelo regime favorecido de tributação, onde estão os maiores incentivos para as pequenas empresas.

As instituições financeiras – cuja exclusão, por razões de tamanho do presente artigo, não será aqui analisada de forma mais pormenorizada – se enquadram no primeiro caso, conforme art. 3º, § 4º, inciso VIII, da LC nº 123/06; as demais, no segundo. As

ocorrida no Brasil desde a promulgação da Constituição de 1988, influenciando diretamente as esferas federativas” (2007, p. 5).

atividades, que impedem as empresas de usufruírem do Simples Nacional, estão elencadas em vários incisos do art. 17; são elas: (i) importação e fabricação de automóveis e motocicletas; (ii) geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica; (iii) importação de combustíveis; (iv) transporte intermunicipal e interestadual de passageiros; (v) produção e venda no atacado de fumo, bebida, armas e munições; e (vi) *factoring*.

Estamos seguros, contudo, de que nenhuma dessas exclusões possui fundamento jurídico sustentável. As razões encontradas nos trabalhos acadêmicos inspecionados para justificar muitas delas não convencem. Nenhum autor nacional foi capaz de identificar as reais motivações para a positivação dessas exclusões, motivações estas, ilegítimas do ponto de vista político, e inconstitucionais sob o aspecto jurídico. Como demonstraremos a seguir, ao analisar os setores automobilístico, de transporte de passageiros, de energia, de fabricação de armamento, bebidas e produtos de tabaco, as exclusões buscam apenas reservar, para o grande capital, setores econômicos lucrativos ou *elos-clave* de importantes cadeias produtivas.

5. Setor Automobilístico

Principiamos nossa análise pelo setor automobilístico. A única explicação plausível para os fabricantes e importadores de automóveis e motocicletas serem excluídos do Simples Nacional é o interesse das grandes corporações. A atual disciplina jurídica elimina qualquer risco de um pequeno empreendedor nacional, incentivado pelo tratamento tributário diferenciado, venha adquirir tamanho e musculatura suficientes para competir no mercado nacional e até no internacional com os grandes grupos estabelecidos, e de que pequenas fábricas, mas em número elevado, sejam capazes de subtrair parcela significativa desse negócio.

Os grandes conglomerados se estruturam para liberar aos pequenos empreendimentos os demais pontos da cadeia – da fabricação de peças à venda a varejo dos veículos –, mas atuam firme e vigorosamente para dominar o elo essencial de todo o processo (a montagem), por meio do qual podem, via mercado, numa relação econômica desigual, absorver a maior parte do lucro formado nas diversas etapas ocupadas pelos pequenos empreendimentos⁵. Nesse ardid para manter sob o seu domínio o elo-vital de toda a cadeia, não se satisfazem com as imensas barreiras naturais de entrada para os empreendedores de poucos recursos e atuam para as ampliar por meio da lei. Não há dúvida sobre a potencial dificuldade para as pequenas iniciativas desenvolverem projetos economicamente viáveis

5 No mesmo sentido, é oportuna a observação do Professor de Sociologia da UFRJ Carlos Montaño: “A PeME satélite vende barato sua mercadoria, que serve de insumo à grande empresa, para esta elaborar, ou apenas comercializar, seu produto, vendendo-o à população a preços muito mais elevados” (1999, p. 43).

de produção automobilística, mas a manutenção das complexas obrigações jurídicas torna o árduo, impossível; transforma grandes obstáculos em barreiras intransponíveis. Com isso, assegura-se juridicamente a posição hegemônica das grandes corporações e, nessa estratégica, ainda mais importante é a manutenção de elevados obstáculos à importação. Por isso, os importadores de automóveis e motocicletas (diferentemente das pequenas empresas que promovem a importação de quase todos os demais produtos) também foram excluídos da mitigação dos encargos jurídicos tributários.

Aliás, não é recente a enorme influência das grandes montadoras sobre a formulação legislativa em desfavor dos agentes econômicos de menor envergadura. Como exemplo, a Lei nº 6.729, de 28 de novembro de 1979, que “dispõe sobre a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre”, estabelece regras claramente mais favoráveis às montadoras em detrimento das concessionárias. De um lado, são várias as obrigações impostas aos revendedores, como a exclusividade no comércio de veículos novos (só podem negociar os usados das outras marcas e, ainda assim, essa “concessão” se coaduna com o propósito de potencializar a venda dos automóveis zero-quilômetro) e a manutenção de estoque mínimo de veículos e componentes, por outro lado, permite aos concedentes (montadoras) realizar vendas diretas (art. 15) a grandes compradores, como a Administração Pública e as locadoras de veículos.

Alguns pesquisadores buscam legitimar esse tipo de exceção setorial pelo suposto fato de dizerem respeito a atividades próprias de grandes grupos empresariais⁶. Ora, se esse tipo de argumento fosse válido para impedir o favorecimento das pequenas empresas, com maiores razões, deveriam ter sido excluídas também refinarias de petróleo e usinas siderúrgicas. No caso específico da fabricação de veículos automotores, nem sequer precisamos ir tão longe para demonstrar a extravagância da explicação; afinal, se o motivo fosse legítimo, seria ainda mais justificável excluir os fabricantes e importadores de caminhões, tratores, trens, aeronaves e embarcações.

Todavia, esses setores não foram excluídos provavelmente porque os grupos econômicos neles atuantes julgam que seu nicho de negócios já naturalmente impede o ingresso de pequenas empresas por maiores que possam ser os incentivos governamentais – como a área de atuação da EMBRAER em razão do perfil dos seus produtos, cujo valor unitário supera várias vezes o limite máximo de enquadramento calcado na receita bruta anual – e, portanto, não precisariam envidar esforços para levantar também obstáculos jurídicos à

6 É o caso de KARKACHE: “Em linhas gerais, os casos de vedação costumam prevenir que recebam tratamento favorecido e diferenciado: (...) atividades econômicas próprias às grandes corporações, por necessidades econômicas ou jurídicas, como as instituições financeiras, **fábricas de automóveis**, entidades da Administração Pública, serviços de comunicação, grandes transportadoras (interestaduais e intermunicipais), energia elétrica, importação de combustíveis dentre outras” (2009, p. 242; nosso negrito).

entrada de pequenos empreendimentos, ou em razão de não haver (ainda) um *lobby* de grandes empresas apto a obter o privilégio legal.

Vários argumentos refutam a falaciosa posição de haver atividades próprias aos altos investimentos e economicamente incompatíveis com a atuação das empresas menores, assim como não há qualquer valor constitucional que legitime o não favorecimento aos pequenos como meio de garantir a participação exclusiva do grande capital em qualquer dos setores econômicos nacionais.

Se determinadas atividades já fossem, *per si*, capazes de repelir pequenas iniciativas, a exclusão legal seria despicienda. Não faz sentido deôntico impedir a opção pelo regime favorecido sob essa justificativa, porque, se as próprias características do negócio fossem, de fato, impeditivas para a atuação de pequenos, a vedação legal seria absolutamente desnecessária. Afinal, dos três tipos modais descritivos das condutas humanas – possíveis, impossíveis e necessárias –, o direito só alcança as primeiras. É totalmente destituído de função jurídico-pragmática proibir, obrigar ou permitir alguém de respirar (conduta necessária) ou de voar desprovido de qualquer aparato tecnológico (conduta impossível). Ao proibir uma conduta sob a falaciosa justificativa de ser impossível, o legislador busca, na verdade, juridicamente impedir algo que, apesar de difícil, seria possível.

Além disso, com os avanços tecnológicos cada vez mais acelerados, o legislador não tem aptidões para antever as atividades que poderão ser exercidas, no futuro, também por empresas de pequeno porte. Na verdade, sempre haverá perspectivas, por mais complexas e custosas que determinadas atividades aparentam ser, que pequenas empresas, dotadas de capacidades inventivas, venham a desenvolver métodos mais eficientes e produtos mais baratos ou que possam preencher nichos específicos de mercado; logo, o legislador não pode tolher de antemão essas iniciativas, sob pena de violar diversos ditames constitucionais, a começar pelo Desenvolvimento Nacional⁷. Para ficarmos num único exemplo de como uma política desse tipo poderia ser nefasta; na indústria da extração de petróleo, pretensamente passível de ser considerada modelo de atividade típica dos grandes investimentos – afinal, as indústrias petrolíferas sempre encabeçaram as relações das maiores empresas mundiais⁸ –, há intensa participação de pequenos empreendimentos nos Estados Unidos, onde são responsáveis por mais de 50% dos empregos do setor, conforme reportagem da Revista Exame (MUNIZ, 2005). No mesmo artigo desse periódico, é relatada a iniciativa brasileira da Agência Nacional do Petróleo (ANP) de fomentar a participação de pequenas empresas na extração, em terra, nas áreas denominadas “acumulações marginais inativas”.

7 Art. 3º, inciso II, da Constituição Federal: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (...) garantir o desenvolvimento nacional”.

8 No rol das dez primeiras por valor de faturamento elaborado pela Revista Fortune em 2012, conforme reportagem de Daniela Barbosa (2013), são quatro: Shell, ExxonMobil, BP, e a CNPC, respectivamente, nas primeira, segunda, quarta e sexta posições.

De mais a mais, se todas essas considerações não bastassem para refutar de vez o argumento de haver setores economicamente viáveis apenas para os macro-empresendimentos, a evidência empírica não deixa dúvidas sobre a erronia. No campo automobilístico, são vários os exemplos de grandes montadoras que tiveram por origem justamente pequenos negócios. Dentre muitos outros, é o caso da Hyundai⁹, da Chrysler¹⁰ e da Honda; esta última impulsionada pela política japonesa do pós-guerra de fomentar a criação e o desenvolvimento de empresas de menor porte. A referida montadora foi fundada em 1947 como uma pequena fabricante de bicicletas motorizadas e, mesmo numa época em que a montadora nipônica Toyota já era uma grande corporação, pode crescer a passos largos e céleres na economia japonesa e global. Em poucos anos, se tornou a maior fabricante de motocicletas do mundo para logo depois também se posicionar entre as grandes na produção de automóveis.

Esses exemplos deixam claro que, do ponto de vista exclusivamente econômico, a entrada no referido setor não é impossível para pequenas empresas e que estas podem alcançar os estágios mais avançados de porte e produção. No nosso País, porém, a legislação, sobretudo a tributária, estabelece barreiras praticamente intransponíveis para a criação e o desenvolvimento de montadoras nacionais a partir de pequenas iniciativas. Julgamos não ser por acaso, pois, que o Brasil, dentre todas as 10 (dez) maiores economias mundiais, é o único que não possui sequer uma só montadora nacional. Para ficarmos com apenas um exemplo por país: nos Estados Unidos, podemos citar a Ford; na China, a Chery; no Japão, a Toyota; na Alemanha, a Volkswagen; na França, a Renault; no Reino Unido, a Land Rover; na Itália, a Fiat; na Rússia, a Lada; por fim, na Índia, a Tata.

É natural que grandes grupos predominem nos setores em que há elevadas economias de escala e naqueles cujos produtos são de alto valor, mas mesmo nestas atividades econômicas o ingresso de pequenos empreendimentos não pode ser totalmente descartado.

Por óbvio, uma empresa inicialmente pequena não seria capaz de competir com a EMBRAER, nem com os estaleiros construtores de navios de carga. Na verdade, tampouco um empreendimento de porte médio teria condições para tal. Todavia, não é impossível a uma empresa ainda mirrada construir pequenos barcos e aeroplanos e, à medida que fosse crescendo, passasse a produzir bens de porte e valor mais elevados até atingir o patamar dos maiores navios e aeronaves.

9 São dignas de nota as palavras de SOLOMON, pág. 368: “Hyundai, por exemplo, foi fundada pelo proprietário de uma oficina de automóveis que consertava caminhões do exército norte-americano e, em seguida, se expandiu durante a Guerra da Coreia” (1986, p.368).

10 Conforme reportagem do “Estado de São Paulo” de 14/03/1929 (RECORDE. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 14 mar. 1929), a Chrysler surgiu como uma pequena empresa em 1925 e já em 1929 era a terceira maior fabricante de automóveis do mundo.

Do mesmo modo, nos setores em há reduções significativas de custo mediante ganhos de escala, como a produção de automóveis, o ambiente é mais propício à atuação dos grandes empreendimentos, mas nada impede que pequenas empresas, através da diferenciação de produtos e do atendimento a consumidores com exigências específicas, sejam capazes de prosperar e, posteriormente, se desenvolver para atingir níveis mais amplos de produção.

Nesse sentido, pequenas empresas podem adotar iniciativas capazes de romper barreiras tecnológicas, impulsionar com mais intensidade o desenvolvimento econômico e de desafiar paradigmas consolidados por grandes conglomerados empresariais, como a produção, a baixo de custo, de aeroplanos pessoais e até de veículos terrestres capazes de se converter em aeronaves, como nos reportou Danny Hakim, no *The New York Times*: “Algumas pequenas empresas já estão desenvolvendo carros voadores, como a Pal-V da Holanda, que tem por objetivo lançar no mercado até 2016, por U\$ 300.000,00, um carro pequeno capaz de se transformar num helicóptero”¹¹.

Até nos campos da siderurgia, da química e da exploração de petróleo, é possível os pequenos se sustentarem. Siderúrgicas de porte acanhado podem se especializar na elaboração de ligas exclusivas, diminutos laboratórios têm a possibilidade de formular produtos químicos especiais e petrolíferas de porte pequeno são capazes de explorar acumulações marginais em terra. Por conseguinte, não há nenhum setor econômico a ser previamente considerado exclusivo de grandes empresas. Sempre existirá a possibilidade de ingresso de empreendimentos menores liderados por um empresário engenhoso.

A proibição legal não é explicada por uma simples ignorância do legislador acerca da viabilidade de pequenos empreendimentos florescerem em qualquer ramo da atividade econômica. Tudo nos leva a crer que o impedimento normativo advém da pressão política de grandes grupos econômicos, alguns dos quais oriundos de pequenas empresas e, portanto, conhecedores dessa possibilidade. Por isso, defendem acirradamente, com o ilegítimo aval do legislador nacional, sua posição hegemônica.

6. Setor de Transporte

A exclusão dos fabricantes e importadores de automóveis e motocicletas não é exemplo isolado de uso escuso da lei para defesa ilegítima e inconstitucional dos interesses de grandes corporações em detrimento dos pequenos empreendimentos e nem é o mais evidente.

11 Tradução livre de “Some small companies are already developing flying cars, like Pal-V of the Netherlands, which aims to bring a small car that can turn into a helicopter onto the market by 2016, priced at around \$300,000” (2014).

Na redação original da Lei Complementar nº 123/06, as Mpes que se dedicassem ao serviço de transporte intermunicipal e interestadual de passageiros não podiam se beneficiar dos incentivos tributários do Simples Nacional (art. 17, VI). Houve uma evolução desde então. A Lei Complementar nº 147, de 8 de agosto de 2014, passou a permitir o ingresso no sistema tributário favorecido daquelas que prestassem esses serviços “na modalidade fluvial ou quando possuir características de transporte urbano ou metropolitano ou realizar-se sob fretamento contínuo em área metropolitana para o transporte de estudantes ou trabalhadores”. Continuam, contudo, excluídas as demais modalidades de transporte.

Mas, afinal, que razão legítima poderia fundamentar o impedimento de pequenas empresas, atuantes no transporte interestadual e intermunicipal de passageiros, optarem pelo regime unificado de tributação?

Mais uma vez, há autores que, equivocadamente, consideram impossível a atuação dos empreendimentos de menor porte nesse ramo de negócios. É o caso de FRACAROLLI, que entende ser necessário grande capital para o exercício dessa atividade. Nas suas palavras, “o próprio ramo de transportes e das comunicações é incompatível com a natureza da pequena empresa, por exigir um grande capital, conhecimento técnico e tecnológico aprimorado e muitos empregados” (1976, p.123).

No entanto, novamente, a evidência empírica infirma essa posição. A Viação 1001, por exemplo, com uma frota atual de mais de 1.200 (mil e duzentos) veículos, foi fundada na década de 1940 com um único ônibus e por um jovem de apenas 18 (dezoito) anos de idade (Jelson da Costa Antunes)¹².

Ademais, como justificar esse impedimento apenas para o transporte de passageiros, mas não para o de carga? A distinção de tratamento nos leva a crer que a ingerência política do grupo de empresas pertencentes ao primeiro setor foi mais eficaz que a do segundo.

7. Setor de Energia

Não menos estapafúrdias e fruto da influência dos grandes grupos econômicos que dominam alguns dos setores nacionais, são as exclusões das atividades de geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, e de importação de combustíveis.

No caso das pequenas geradoras de energia, não só inexistem razões aptas a justificar o impedimento para usufruírem do sistema favorecido tributário, como há diversos argumentos específicos a favor.

12 Informações obtidas no próprio sítio da empresa: < <http://www.autoviacao1001.com.br>>. Acesso: 11 jan. 2013.

As denominadas “pequenas centrais hidrelétricas” (PCH), por exemplo, causam comparativamente menos impactos ambientais. Logo, o incentivo jurídico à implantação desses empreendimentos traz significativa colaboração para concretizar o preceito constitucional da “defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”, previsto no art. 170, inciso VI, da CF.

As PCH possuem ainda outras vantagens. Sua construção é mais rápida (a média é de dois anos para uma PCH e de cinco para uma grande hidrelétrica) e, portanto, são uma opção de resposta mais célere para crises energéticas, bem como colaboram de forma eficiente com o sistema interligado no atendimento às demandas de pequenos centros urbanos e áreas rurais (ANEEL, 2012). Ademais, a dispersão da geração traz segurança ao sistema ao reduzir sua dependência das grandes unidades, além de reduzir os gastos e os riscos da transmissão de longa distância. Por operarem, em sua maioria, pelo modelo “a fio d’água”, as PCH não acarretam deslocamentos populacionais significativos, sejam urbanos, rurais ou de povos indígenas; e, pela mesma razão, causam menores danos ao patrimônio cultural e a sítios arqueológicos e paleontológicos. Com efeito, até mesmo nas PCH com reservatórios, em razão da sua pequena dimensão¹³, os danos são comparativamente menores que os causados pelas grandes hidrelétricas. Além disso, esses pequenos reservatórios criam, nos municípios, áreas de lazer para a população local e novos pontos de atração turística capazes de impulsionar o desenvolvimento do seu entorno.

Com tantas vantagens, esses empreendimentos de pequeno porte, no setor de geração de energia elétrica, foram incentivados por políticas governamentais específicas, como a isenção da compensação financeira pela utilização de recursos hídricos (Lei nº 7.990/89, art. 4º, inciso I; e Lei nº 9.427/96, art. 26, § 4º), mas “inexplicavelmente” foram banidas do Simples Nacional. Essa mesma desarrazoada obliteração legal deixa de incentivar o surgimento de iniciativas, que, apesar de pequenas quanto ao porte, poderiam desenvolver novas tecnologias relativas a diversificadas fontes de energia elétrica – como a solar, a eólica e a biomassa – com potencial para produzir impactos ainda mais positivos que os identificados nas PCH.

8. Setores de Fabricação de Armas, Bebidas e Tabaco

Com relação aos setores de produção e comércio de armas, bebidas e tabaco, a exclusão, numa abordagem apressada e superficial, parece possuir algum sentido. Há um manto de legitimidade jurídica. SOTTO, por exemplo, ao analisar a redação original do

13 Conforme BOURGES, a área alagada deve se limitar a 3 km² quando exclusiva para geração de energia, ou 13 km² no caso de múltiplos usos (2009, p.19).

inciso X¹⁴ (art. 17 da Lei Complementar nº 123/06), que excluía, não só os fabricantes e atacadistas desses produtos, mas também de todos aqueles tributados pelo IPI com alíquota específica ou superior a 20%, defendia a inconstitucionalidade da medida relativamente aos fabricantes de bens supérfluos. Nas suas palavras:

[...] há que se ponderar que a produção ou comercialização de produtos supérfluos não é dado suficiente para descaracterizar a hipossuficiência econômica da sociedade empresária de modo a justificar o afastamento do tratamento tributário diferenciado.

Pondere-se que os objetivos almejados pelos artigos 170, IX e 179 da Constituição da República não são unicamente econômicos, mas possuem uma forte carga social, proteger a livre iniciativa como meio de promover a criação de novos postos de trabalho e diminuir as desigualdades sociais. Assim, sob esse prisma, há que se reconhecer que tanto as empresas produtoras e comerciantes de produtos essenciais quanto as de produtos supérfluos são, do mesmo modo, pólos geradores de emprego e de renda.

Assim, no que tange à harmonização dos princípios da essencialidade e do tratamento diferenciado e favorecido ao empresário de pequeno porte, medida mais razoável e proporcional seria a introdução, no SIMPLES NACIONAL, de patamares diferenciados de alíquotas de IPI para os produtos industrializados como supérfluos (2007, p.96-97).

No entanto, assume posição diametralmente oposta quanto a bebidas, fumo e armamentos:

O § 4º do ART. 220 da Constituição Federal impôs severas restrições à propaganda comercial de bebidas e cigarros, em defesa do direito à saúde. Assim, o fomento à produção de bebidas e cigarros, ainda que por micro e pequenas empresas, é incompatível com disposição expressa da Carta Magna, devendo, no caso, prevalecer a proteção à saúde, direito de todos e dever do Estado, a ser garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem, entre outras medidas, a redução do risco de doença e de outros agravos, de acordo com o artigo 197 da Constituição da República.

As armas, do mesmo modo, têm tido sua produção e comercialização progressivamente restringida pela União Federal, não só como medida de segurança como também de saúde públicas. Seria, assim, um contra-senso impor medidas restritivas ao comércio de armas, por um lado, e, por outro, conferir tratamento tributário favorecido aos fabricantes e comerciantes de armamentos, ao arrepio do interesse público (2007, 97).

14 Segue a referida redação: “que exerça atividade de produção ou venda no atacado de bebidas alcoólicas, cigarros, armas, bem como de outros produtos tributados pelo IPI com alíquota ad valorem superior a 20% (vinte por cento) ou com alíquota específica”.

Essa exclusão, apesar de possuir um discurso justificador mais persuasivo, como o visto acima, de proteger a saúde, tem o mesmo objetivo das anteriormente analisadas: a reserva estratégica para grandes corporações. No caso específico, são assegurados mercados altamente lucrativos por se tratarem de produtos, cujo consumo é impulsionado pelo vício (cigarros e bebidas) ou por compras governamentais (armamento).

Isso fica bem claro, principalmente, com as redações do inciso X, posteriormente, dadas pelas Leis Complementares nº 127/07 e 128/08, que mantiveram a exclusão “apenas” para os fabricantes e comerciantes atacadistas de bebidas, tabaco e armamento. Afinal, se o intento fosse desestimular o consumo desses itens, não haveria razão para manter o favorecimento justamente para o braço do varejo. Mas como o escopo não é esse, e sim o de garantir ao grande capital o predomínio sobre os pontos-chave de setores tão lucrativos, a lei não pode eliminar a capilaridade da venda ao consumidor, tão necessária para o escoamento da produção das grandes empresas atuantes nesses ramos de negócio.

Por outro lado, poderia ser alegado que a exclusão dos varejistas de bebidas e tabaco acarretaria perdas sociais não compensáveis com os ganhos advindos do desestímulo ao consumo desses itens. Bares, restaurantes, padarias, mercearias e pequenos supermercados não vendem exclusivamente esses itens, mas a sua supressão do leque de produtos oferecidos aos seus clientes praticamente inviabilizaria o negócio. Ora, como poderia ser possível a um bar operar sem oferecer bebidas no seu cardápio? Diriam alguns. Tal medida, de um lado, acarretaria a mortalidade daqueles que tentassem cumprir com rigor a lei para se manterem no sistema favorecido e, conseqüentemente, causaria grandes perdas de postos de ocupação no setor; e, de outro, levaria muitos à informalidade, não necessariamente quanto à situação jurídica do estabelecimento, mas, ao menos, no tocante à venda desses itens. Assim, essa medida, em relação a uma parte dos destinatários, causaria mais danos que benefícios e, quanto à outra, seria ineficaz.

Esse tipo de alegação, contudo, não pode prosperar na venda a varejo de armas e munições. Além de reunirem um número infinitamente menor de estabelecimentos em relação àqueles que oferecem bebidas e tabaco, o que limitaria drasticamente qualquer perda de postos de trabalho no caso de alteração da tributação acarretar a falência de parte dessas empresas, o caráter exclusivo da atividade e os rigorosos controles pelos órgãos de segurança inviabilizariam qualquer tentativa de burla ao controle fiscal por meio da venda sem nota. O comércio desses produtos é da própria natureza do negócio desses varejistas, diferentemente de bares, mercearias e restaurantes, em razão do caráter diversificado das suas vendas.

A permanência no regime favorecido dos varejistas desses bens nos revela que prestigiar a saúde da população não foi o escopo para a exclusão dos fabricantes e atacadistas. A razão oculta, assim como nas hipóteses anteriormente analisadas, nos setores automobilístico, de energia e de transporte, foi a de proteger cartéis formados por grandes

empresas ao manter elevadas barreiras à penetração dos pequenos capitais nos elos-vitais de negócios tão lucrativos.

Na lógica dessa mesma estratégia, a Lei nº 12.598, de 22 de março de 2012, fruto da conversão da MP nº 544/2011, estabeleceu “normas especiais para as compras, as contratações e o desenvolvimento de produtos e de sistemas de defesa”, e criou a assim denominada “Empresa Estratégica de Defesa” (EED), fornecedora de bens e serviços para o sistema de defesa nacional, dentre os quais, armas e munições, conforme expressamente previsto no art. 2, inciso I. Para a EED foi instituído o “Regime Especial Tributário para a Indústria de Defesa” (RETID), por meio do qual se favorece de várias desonerações fiscais, como a isenção (alíquota zero) de diversos tributos na aquisição interna e na importação de insumos.

Por disposição expressa (§ 6º do art. 8º), não podem se enquadrar como EED, os optantes do Simples Nacional. Evidentemente, pelas próprias regras da Lei Complementar 123/06, não há fabricantes de armamento nessa condição. O RETID, porém, vai além da produção bélica. Esse regime favorecido abarca um conjunto bem mais amplo de atividades que engloba, desde a complexa produção de equipamentos de comunicação, até a singela elaboração de peças de roupa (fardamento), as quais poderiam ser fornecidas por pequenas oficinas, sem qualquer risco de comprometer a segurança nacional do País, o que torna evidente que esse regime não foi inspirado por tal objetivo ou por qualquer outro constitucionalmente legitimado.

O objetivo foi concentrar na mão de poucas e grandes empresas um setor altamente lucrativo, cujos ganhos são ainda mais ampliados por meio de desonerações fiscais especificamente dirigidas. Isso fica claramente demonstrado ao verificarmos que a tática de aumentar o grau de entrada para esse mercado não foi direcionada apenas para as Mpes optantes do Simples Nacional.

Num ardil redacional, que impede o público leigo de verificar os destinatários da exclusão, o já citado § 6º do art. 8º afastou também as demais micro e pequenas empresas, bem como as empresas de porte médio. Para fins de análise, reproduzimos, abaixo, o referido dispositivo:

As pessoas jurídicas optantes pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, de que trata a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, e as pessoas jurídicas de que tratam o inciso II do caput do art. 8º da Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e o inciso II do caput do art. 10 da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, não podem habilitar-se ao Retid.

Nos termos do disposto acima, além das Meps optantes do Simples Nacional, também não podem gozar dessas benesses as pessoas jurídicas de que tratam dispositivos de outras duas leis. Essas leis, no entanto, foram as que implantaram a não-cumulatividade

para as contribuições do PIS e da Cofins e os dispositivos referidos estabelecem que as pessoas jurídicas tributadas pelo lucro presumido devem permanecer na sistemática anterior cumulativa. A tributação pelo lucro presumido é aquela que simplifica a apuração do imposto sobre a renda (IR), a qual é destinada às Mpes não contempladas pelo Simples Nacional e às empresas de porte médio, cuja sobrevivência é praticamente impossível sob as complexas regras da tributação do IR pelo lucro real.

Em suma, o RETID, que contempla com favores tributários os fabricantes de bens, inclusive armamentos, a serem adquiridos pelas nossas Forças de Segurança, tem por destinatário apenas grandes empresas. Ademais, o legislador se esforçou para dificultar ao máximo que esse expediente pudesse ser percebido pelo público leigo. Para afastar as empresas de pequeno e médio porte, ao revés de fazê-lo diretamente na lei que instituiu o RETID, utilizou uma longa cadeia de referências legais.

Se a defesa da saúde da população tivesse sido o valor legitimador para a exclusão do Simples Nacional de pequenos fabricantes de armas e munições, como justificar a concessão de incentivos fiscais específicos para esse setor? Mais: que argumento legítimo poderia fundamentar a proibição do gozo dos incentivos do RETID pelos optantes do lucro presumido, que são justamente as micro, pequenas e médias empresas? Ou seja, pequenos fabricantes de armas e munições foram juridicamente aniquilados, pois estão legalmente proibidos de usufruir os incentivos tributários setoriais e os estabelecidos em razão do seu menor porte econômico.

Tudo isso nos conduz à conclusão de que a exclusão dos pequenos fabricantes de armas e munições do Simples Nacional não foi orientada pela política de proteção da saúde, mas arquitetada dentro de um conjunto de medidas legais dirigidas a reservar a grandes grupos econômicos o lucrativo setor da produção de armamento.

Se tudo isso não fosse suficiente para refutar a assertiva de que a saúde é o valor constitucional perseguido pelo conjunto de exclusões estampadas no inciso X, art. 17, da LC nº 123/06, espancamos de vez esta alegação ao verificamos que, até a recente modificação empreendida pela Lei Complementar nº 147/14, não só as bebidas alcoólicas estavam elencadas no rol proibitivo, mas também e de forma expressa “refrigerantes, inclusive águas saborizadas gaseificadas” (no item “2” da alínea “b” do citado inciso), “preparações compostas, não alcoólicas (extratos concentrados ou sabores concentrados), para elaboração de bebida refrigerante, com capacidade de diluição de até 10 (dez) partes da bebida para cada parte do concentrado” (item “3” da referida alínea) e “cervejas sem álcool” (item “4”)¹⁵.

15 Para uma visão completa do conjunto de exclusões a que fazemos referência, segue a transcrição completa do dispositivo com os seus desdobramentos: “Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte: (...) X - que exerça atividade de produção ou venda no atacado de: a) cigarros, cigarrilhas, charutos, filtros para cigarros, armas de fogo,

Poderia ainda se aventar que esse menoscabo legal adviria de interesses arrecadatários estatais e não das grandes corporações privadas preocupadas em manter a dominação sobre mercados estratégicos. Nesse caso, interessaria ao Fisco concentrar em grandes e poucas empresas as atividades mais lucrativas e de elevada tributação, mais propensas, pois, à sonegação. Ao promover essa concentração, poderia estabelecer controles mais eficientes e menos onerosos para a máquina pública, como a selagem de cigarros, vinhos e bebidas destiladas, e os medidores de vazão para cervejas e refrigerantes.

Não descartamos a possibilidade de tais motivações, mas são igualmente ilegítimas e inconstitucionais, pois razões de eficiência fiscal podem orientar a formulação legislativa, mas não a ponto de inviabilizar, em qualquer dos setores da atividade econômica, o cumprimento dos escopos extrafiscais norteadores do regime jurídico a ser dispensado às pequenas unidades produtivas. Todavia, em razão de haver tantos setores lucrativos – muitos dos quais beneficiados por polpudas desonerações fiscais e alimentados por compras governamentais, como o de armas e até o de fabricação e comércio de computadores para uso educacional (Lei nº 12.249/10) – excluídos do alcance das pequenas empresas e até das médias, estamos seguros ao afirmar que esse escuso interesse fiscal não é o único norteador dessas exclusões estapafúrdias. Na verdade, possuímos elementos suficientes para afirmar que há, ou um conluio entre o Estado, na sua voracidade arrecadadora, e as grandes corporações, no seu afã de dominação dos mercados para obter lucros extraordinários, ou, ao menos, um equilíbrio de interesses hegemônicos; e dados empíricos reforçam nossa conclusão.

Abaixo, segue tabela confeccionada com informações colhidas das demonstrações de valor adicionado da principal fabricante nacional de bebidas, a “Companhia de Bebidas das Américas” (AMBEV), e que foram divulgadas pela própria empresa no seu site www.ambev.com.br (acesso em 31/08/2014).

A	Ano	2013	2012	2011	2010
B	Receita bruta de vendas	53.577	50.373	42.828	39.437
C	Tributos	16.990	16.491	14.371	12.766
D	Remuneração do Capital Próprio	11.354	10.642	8.719	7.619
E	Margem da tributação (C/B)	31,71%	32,73%	33,55%	32,37%
F	Margem de ganho (D/B)	21,19%	21,12%	20,35%	19,31%

(Valores em R\$ milhões)

munições e pólvoras, explosivos e detonantes; b) bebidas a seguir descritas: 1 - alcoólicas; 2 - refrigerantes, inclusive águas saborizadas gaseificadas; 3 - preparações compostas, não alcoólicas (extratos concentrados ou sabores concentrados), para elaboração de bebida refrigerante, com capacidade de diluição de até 10 (dez) partes da bebida para cada parte do concentrado; 4 - cervejas sem álcool”.

Os valores registrados na linha “C” englobam todos os tributos (federais, estaduais e municipais). A Remuneração do Capital Próprio (linha “D”) corresponde à soma dos dividendos, dos juros sobre capital próprio e os lucros retidos, ou seja, à parcela da geração de caixa que reverte a favor dos sócios da companhia.

Nos últimos quatro anos, a margem de ganho dos sócios sobre a receita bruta da atividade, ou seja, sem a dedução de tributos, manteve-se praticamente constante no elevado patamar de 20%. Esse padrão de ganho é sobremaneira alto, especialmente, ao se compararmos com o percentual de 8% legalmente adotado para a aferição do lucro presumido das pequenas e médias empresas.

Ademais, essa margem extremamente polpuda foi obtida a despeito do substancial ônus fiscal, que representou, para os mesmos anos, mais de 30% da receita total de vendas.

Como forma de ilustrar o que isso representa, para cada R\$ 100,00 de vendas da AMBEV, o Estado ficou com R\$ 32,00, seus sócios com R\$ 21,00, enquanto o que sobrou (R\$ 47,00) serviu para remunerar tudo o mais, ou seja, todos os seus fornecedores, prestadores de serviço, financiadores, trabalhadores, etc.

Recentemente, a Lei complementar nº 147, de 7 de agosto de 2014, revogou dispositivos da Lei Complementar 123/06 que proibiam a opção pelo Simples Nacional das Mpes fabricantes de refrigerantes e de águas saborizadas.

Essa medida é um avanço, sem dúvida, porém pode representar apenas um expediente para reforçar o argumento legitimador, mas falso, de que a proteção à saúde corresponderia ao intento jurídico para a exclusão dos pequenos fabricantes de bebidas alcóolicas.

Mesmo com a modificação legal, continuamos seguros de que a saúde da população não foi a razão para manter os pequenos alambiques e os demais diminutos produtores de bebidas, desde o seu nascedouro, sob a cunha de uma legislação tributária elaborada para regular as complexas atividades empresariais dos grandes grupos econômicos.

Se o cuidado com a saúde da população tivesse, de fato, sido o eixo orientador da disposição excludente do tratamento favorecido para as pequenas empresas, como justificar a proibição também para os produtores de cerveja sem álcool? Ademais, o tratamento tributário para o setor de bebidas segue a mesma lógica do de armamentos. De um lado, os pequenos produtores são proibidos de usufruir do tratamento favorecido, que não se caracteriza como um privilégio, mas sim como um mecanismo para minimizar as múltiplas desvantagens que o próprio porte econômico já impõe aos pequenos; de outro, o legislador estabelece específicas vantagens fiscais para o setor, as quais só podem ser usufruídas por poderosos conglomerados econômicos, como o crédito presumido para investimentos em pessoas jurídicas no exterior destinado exclusivamente a algumas poucas atividades econômicas, nas quais está incluída a fabricação de bebidas (art. 87, § 10, da Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014).

Os dados empíricos já apontados e a estrutura jurídica da tributação setorial confirmam, com segurança, nossa hipótese do conluio (ou do equilíbrio de interesses hegemônicos em detrimento do direito dos pequenos empreendimentos), em certos ramos de negócio, entre o Estado e grandes empresas com o fito de fomentar a concentração de mercado e, conseqüentemente, garantir ganhos extraordinários a serem repartidos entre os dois atores em detrimento do resto da sociedade.

Vale ainda observar, nesse sentido, que, no ranking dos 10 (dez) brasileiros mais ricos, estão 4 (quatro) do setor de bebidas, inclusive o que figura em primeiro lugar (VAZ, 2014).

9. Conclusões

Com a análise de alguns setores econômicos, cujas pequenas empresas atuantes estão atualmente excluídas da tributação favorecida, podemos afirmar que inexistem valores superiores capazes de justificar a mitigação do primado constitucional do tratamento favorecido. Mais: os valores alegados são, na verdade, discursos legitimadores (ainda que possivelmente não conscientes por parte de alguns dos seus formuladores) de exclusões motivadas por razões que operam em desconformidade com os ditames superiores da nossa ordem constitucional, como a livre concorrência.

As vedações à opção do Simples Nacional, aqui analisadas, demonstram que as vantagens das Meps para concorrerem em condições de igualdade com empresas de maior porte não decorrem exclusivamente de fatores naturais, como a dificuldade para obtenção e o elevado custo de financiamentos bancários.

É por meio da legislação, sobretudo da tributária e até no seio do diploma que supostamente deveria se dedicar a favorecer os menores, que essas desvantagens, ao revés de serem abrandadas em cumprimento do comando constitucional, são reforçadas, freqüentemente de forma deliberada.

As exclusões setoriais do Simples Nacional operam como método abortivo e contraceptivo das pequenas iniciativas em prol das grandes corporações já estabelecidas.

10. Referências

- ANEEL. *Guia do Empreendedor de Pequenas Centrais Hidrelétricas*. Disponível em <<http://www3.aneel.gov.br/empreendedor/empreendedor.htm>> acesso em 18/07/2012.
- BARBOSA, Barbosa. As maiores do mundo. *Revista Exame*, 10 jul. 2013. Disponível em <<http://exame.abril.com.br/negocios/noticias/as-25-maiores-empresas-do-mundo-segundo-a-fortune>>, acesso em 04 de julho de 2014.

- BOURGÉS, Fernando. *Planejamento da Operação de Pequenas Centrais Hidrelétricas: Enfoque Sistêmico*. Dissertação de Mestrado (Engenharia Elétrica). Curitiba, UFPN, 2009.
- FRACAROLLI, Luiz Machado. *Pequena e média empresas: aspectos legais*. São Paulo, Pioneira, 1976.
- HAKIM, Danny. A Helicopter of One's Own. *The New York Times*, 17 JUN. 2014. Disponível em <http://www.nytimes.com/2014/06/17/science/a-helicopter-of-ones-own.html?_r=0>, acesso em 09/07/2014.
- KARKACHE, Sergio. *Princípio do tratamento favorecido: o direito das empresas de pequeno porte a uma carga tributária menor*. Dissertação de Mestrado. Curitiba, UFPR, 2009.
- MARINS, James & BERTOLDI, Marcelo M. *Simples Nacional: Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte comentado*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- MONTAÑO, Carlos E. *Microempresa na era da globalização: uma abordagem histórico-crítica*. São Paulo, Cortez, 1999.
- MUNIZ, Ricardo. ANP tenta atrair pequenas empresas para exploração de petróleo. *Revista Exame*, 14 out. 2005. Disponível em <<http://exame.abril.com.br/negocios/empresas/noticias/n0079363>>, acesso em 16 de julho de 2012.
- OECD (OCDE). *Taxations and Small Businesses*. Paris, OECD, 1994.
- PELLIZZARO JÚNIOR, Roque. País coleciona natimortos entre pequenas e microempresas. *Jornal Folha de S. Paulo*, 09 jun. 2011. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mercado/me0906201105.htm>>, acesso em 09/06/2011.
- RECORDE. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 14 mar. 1929.
- RESNIK, Paul. *A Bíblia da pequena empresa*. Tradução de Maria Cláudia Oliveira. São Paulo, McGraw-Hill & MAKRON Books, 1990.
- SOLOMON, Steven. *A grande importância da pequena empresa: a pequena empresa nos Estados Unidos, no Brasil e no Mundo*. Tradução de M. R. da Cruz. Rio de Janeiro, Nórdica, 1986.
- SOTTO, Débora. *Tributação da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte*. São Paulo, Quartier Latin, 2007.
- VAZ, Tatiana. Veja quem são os 65 bilionários brasileiros da Forbes 2014. *Revista Exame*, 03 mar. 2014. Disponível em <<http://exame.abril.com.br/negocios/noticias/veja-quem-sao-os-65-bilionarios-brasileiros-da-forbes-2014>>, acesso em 03/09/2014.
- VINYARD, Dale. Congressional Committees on Small Business. *Midwest Journal of Political Science*, vol. 10, n.º 3 (agosto de 1966); pág. 364-377. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/2108891>>; acesso em 28/07/2011.

TRIBUTAÇÃO DA TRANSFERÊNCIA FINANCEIRA NAS OPERAÇÕES COMERCIAIS: UMA ALTERNATIVA TÉCNICA PARA SUBSTITUIÇÃO DOS IMPOSTOS DE CONSUMO

MÁRIO JORGE P. C. LIMA

Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFBA, Doutor em Direito/UFPE.

Resumo

O desenvolvimento do comércio convencional ou eletrônico se expande em todo o mundo e requer a harmonização dos ordenamentos jurídicos dos países, sobretudo dos sistemas fiscais nacionais, que representam uma das barreiras mais resistentes à integração dos negócios. Os tributos de maior impacto sobre as transações comerciais convencionais ou eletrônicas são os impostos de consumo e sobre vendas. As transações comerciais significativas atuais são dependentes dos meios eletrônicos seja para registro ou realização de transferências financeiras. As transações comerciais são negócios que operam em dois sentidos contrapostos, num deles, o fornecedor de mercadoria ou bem cumpre a obrigação de entrega do objeto material transacionado, e no outro, o adquirente cumpre a obrigação de transferir ao fornecedor uma quantia pecuniária correspondente ao valor econômico da transação. São duas faces diferentes do mesmo objeto, inarredável e intrinsecamente vinculadas. O artigo discute a maior vantagem da incidência da tributação sobre a transferência financeira contida nas transações comerciais, ao invés do recolhimento de impostos de consumo ou sobre vendas recolhidos ao longo da cadeia de circulação comercial.

Palavras-chave

Comércio transnacional; Tributação; Transferência financeira.

Resumen

El desarrollo del comercio convencional o electrónico se expande en todo el mundo y requiere la armonización de los sistemas jurídicos de los países, especialmente de los sistemas nacionales de impuestos, que representan una de las barreras más fuertes a la integración de los negocios. Los impuestos con mayor impacto en las transacciones comerciales convencionales o electrónicos son los impuestos al consumo y sobre las ventas. Las transacciones comerciales significativas actuales son dependientes de los medios electrónicos para registrar o hacer transferencias financieras. Las transacciones comerciales

son negocios que operan en dos direcciones opuestas, uno de ellos, el proveedor de bienes o servicios cumple con la obligación de entregar el objeto material comercializado, y por otro, el adquirente cumple la obligación de transferir al proveedor un importe en efectivo correspondiente al valor económico de la transacción. Son dos rostros diferentes del mismo objeto, inquebrantables e intrínsecamente vinculados. El artículo aborda la mayor ventaja de la incidencia de los impuestos sobre la transferencia financiera contenida en las transacciones comerciales, en lugar de la recaudación de los impuestos al consumo o sobre las ventas recogidos a lo largo de la cadena de circulación comercial.

Palabras clave

Comercio transnacional; Impuestos; Transferencia financiera.

1. Introdução

A abordagem de temas tributários não é confortável para a atividade empresarial porque a tributação sempre se constitui um custo indesejável para empresas e cidadãos e os procedimentos de coleta de impostos demandam burocracia e tarefas adicionais para as equipes de gestão. No entanto, as taxas e impostos são uma realidade incontornável no mundo dos negócios e a ferramenta habitual de empresários e gestores na lida com os tributos é o planejamento, para reduzir sua influência nefasta sobre os preços e os lucros.

Por outro lado, os impostos também são uma necessidade no mundo livre, como se constata nas palavras do Juiz Holmes: *“Taxes are what we pay for civilized society”*¹ (Oliver & Peel, 1996), e, embora alguns economistas liberais enxerguem os impostos como limites à liberdade, para outros, os tributos constituem o preço da liberdade (Torres, 1991).

Em verdade, o estado fiscal tem sido uma característica do estado moderno (Nabals, 2004) até a contemporaneidade, e portanto, dependente da tributação para suprir a demanda pública, e não há, por enquanto, melhor estrutura política para garantir a liberdade social.

2. O Impacto dos Sistemas Fiscais sobre Transações Comerciais

Os sistemas fiscais nacionais são objeto de necessária compreensão nas atividades cotidianas das empresas, e quando isso significa a travessia de negócios sobre as linhas de fronteira de territórios, a diversidade dos sistemas torna-se um grande desafio. Antes de tudo, as diferenças e alterações dos regimes fiscais nacionais não se constituem em problema passível de solução pela agilidade do poder corporativo, mas consistem em obstáculo

¹ Impostos são o que pagamos para ter uma sociedade civilizada (tradução do autor)

a ser enfrentado por equipes de governo, sempre mais lentas que o desejável e limitadas pelas circunstâncias das políticas públicas.

Tributos significam transferência de riqueza privada para a disponibilidade dos governos, e isso se justifica para satisfação das demandas públicas. Por isso, os impostos podem ser extraídos apenas quando existe riqueza, e os negócios são atividades que mantêm e aumentam a riqueza. Os sistemas fiscais nacionais contemporâneos são implementados sobre a extensão geográfica de sua competência jurisdicional, isto é, imputáveis sobre o espaço e as pessoas alcançáveis para a coleta de impostos. No entanto, os métodos e as fontes de tributação ao longo da história têm mudado em acompanhamento da dinâmica econômica.

A mudança de métodos e fontes de tributação segue a mudança na capacidade dos fatos econômicos para expressar riqueza tributável dentro economias nacionais. Isso significa que, quando uma nova atividade ou operação econômica emerge com mais riqueza latente, o sistema de tributação estende demanda para incluí-la na sua abrangência para aumentar a base tributária. Em paralelo, as fontes econômicas antigas perdem o seu potencial de riqueza e o Estado necessita de novas fontes de receita para seu sustento. Nesse sentido, outrora, durante o predomínio de economia agrária, a tributação era dirigida sobre as propriedades de terra e sua produção. Mais tarde, com o desenvolvimento do comércio, a tributação se redirecionou progressivamente para o rendimento da circulação de mercadorias.

Desde o final do século 20, o movimento de globalização tem se consolidado e seu efeito principal tem sido a aceleração do comércio em todo o mundo, no objetivo de reunir as nações e ampliar o desfrute geral da riqueza assim produzida. Em adendo, o incremento dos métodos de negócios eletrônicos têm se consituído em modalidade das mais eficazes para a dinâmica da globalização. Essas operações comerciais através de meio eletrônico são oportunas e conhecidas sob a denominação consagrada de e-commerce ou e-business.

No entanto, ambas as modaliddes de transações de comércio, seja convencional ou eletrônica (e-commerce), enfrentam seguidos obstáculos, mesmo dentro de um único país, como aconteceu e acontece na federação estadunidense com suas várias regras de membros federativos. Essas dificuldades aumentam, quando se trata de negócios entre nações com sistemas fiscais díspares.

O mecanismo que pode reduzir a obstrução de impostos para as transações comerciais globais é a harmonização dos sistemas fiscais, como a Comunidade Europeia desenvolve entre seus membros, mas, mesmo assim, para a atividade comercial em geral, o melhor modelo fiscal consiste naquele que mais facilita o livre comércio, ou seja, abolição total dos impostos incidentes, mas isso é impossível. Portanto, a maneira mais próxima de

se reduzir os obstáculos fiscais é o uso de apenas um único imposto geral cobrado em cada operação comercial, removendo quaisquer outros obstáculos fiscais.

O primeiro passo para tentar a harmonia fiscal é a análise dos vários tipos de impostos em vigor, dentro das nações, para observar aqueles que impedem a agilidade para o livre comércio, e as tendências na cena da tributação global.

3. As Modalidades Atuais De Impostos

Uma das classificações mais aplicadas às espécies de impostos os subdivide em dois tipos, com fundamento no critério do contribuinte efetivamente onerado com o encargo: os impostos diretos e os impostos indiretos (Freeland, et al, 2000). Imposto Direto é exigido de quem deve pagá-lo e Imposto Indireto é um imposto pago por alguém que pretende transferir o ônus para outra pessoa, geralmente, por inclusão no preço de venda. Portanto, o imposto de renda é um “imposto direto”, porque é recolhido pelo próprio contribuinte, conforme a lei, que consiste no verdadeiro onerado do encargo. Por sua vez, os impostos sobre consumo são modalidades de “imposto indireto”, porque o responsável pelo recolhimento é o fornecedor da mercadoria ou serviço, mas o verdadeiro onerado com o encargo é o consumidor final.

Nessa classificação, resta evidenciado que incidem impostos indiretos sobre as operações comerciais, porque esses são adequados para oneração de riqueza produzida através da dinâmica econômica, enquanto os impostos diretos são adequados para oneração da riqueza estática. Atualmente, as nações usam ambos os tipos de impostos para arrecadar fundos dos cidadãos e das empresas para sustento das despesas dos governos.

Nessa estrutura, o imposto de renda é o mais conhecido dos impostos. Este tipo de imposto geralmente visa a receita auferida pelo contribuinte, cidadão ou empresa, em um período fiscal de um ano em geral. Esse imposto admite conceitos diversos para rendimentos e receitas de país para país. Além disso, os sistemas de imposto de renda usam métodos diferentes para avaliar indivíduos e empresas quanto a riqueza, ganhos, receitas, custos e lucros, exigindo estrutura de contabilidade complexa para extrair o imposto devido por agentes privados. Esse imposto, em verdade, não afeta diretamente as operações de comércio.

Os tributos sobre propriedades ou sobre imóveis são antigos impostos normalmente cobrados sobre a propriedade de bens imóveis ou outros bens, onde o proprietário de uma parcela do bem se torna obrigado a pagar esse imposto anualmente. Empresas e cidadãos são afetados por esses impostos, que não afetam as transações comerciais comuns.

Existem também os impostos sobre a transferência de patrimônios por herança que é cobrada sobre a mudança de proprietário de bens ou mercadorias, cidadãos ou empresas, na sucessão por morte, que também não afetam diretamente as operações comerciais.

Impostos alfandegários incidem sobre o comércio de fronteira entre as nações, e são de excepcional interesse para o comércio mundial. Através desses impostos, as nações protegem seus mercados internos e sistemas de produção contra as mercadorias estrangeiras.

A dinâmica de negócios costuma ser onerada por impostos sobre o consumo ou sobre vendas. Esses dois tipos de impostos atuam sobre o preço de transferência das mercadorias vendidas ou sobre o preço do serviço que foi dado, ou mesmo a soma dos bens e serviços, quando vendidos em conjunto. O imposto sobre vendas é normalmente exigido apenas uma vez na venda final ao consumidor definitivo e o imposto sobre o consumo é geralmente repassado em cada operação, ao longo da circulação da mercadoria. No Brasil, são exemplos de imposto de consumo, o ICMS, e na Europa, o IVA, imposto sobre o valor agregado, ou VAT.

No Brasil existe ainda um imposto sobre as operações financeiras cobrado sobre investimentos financeiros, empréstimos, câmbio, seguros, aquisição de títulos mobiliários e outros negócios bancários.

Nas modalidades de impostos mencionadas, observa-se que os mesmos induzem impactos diferentes sobre operações comerciais, onde os impostos mais incidentes são os impostos alfandegários e os de consumo ou vendas. Por isso, a redução do impacto desses impostos nas transações comerciais deve ser o maior objetivo das nações para facilitar e incrementar seus negócios e aumentar suas riquezas potenciais.

4. Uma Especulação sobre o Futuro dos Impostos

No passado, a riqueza se estabelecia em termos locais e sobre propriedades e patrimônios, por isso, a imposição de tributos sobre esse tipo de riqueza predominava. Mais tarde, na dinâmica da sociedade industrial, a atividade econômica foi compartilhada em várias etapas de produção e circulação e a tributação se estendeu sobre receitas de vendas de operações comerciais. Em paralelo, o comércio atingiu mercados de longa distância e as barreiras fiscais aduaneiras se tornaram modalidade adequada de tributação.

Atualmente, uma das principais características da riqueza é a mobilidade em termos mundiais. A maior parte da riqueza está expressa em títulos negociáveis, como ações, certificados de créditos e ativos em moeda, constantemente transferidos através de meios de comunicação eletrônicos. Dessa forma, há de se deduzir o progressivo avanço da tributação incidente sobre essas transações eletrônicas de riqueza.

Existem algumas propostas e experiências de taxação dessa circulação eletrônica de riqueza. A mais conhecida delas é a Tobin Tax, do economista James Tobin, que a concebeu com objetivo de controle da volatilidade causada pelas transferências internacionais abruptas de fundos financeiros, e que ainda induz benefícios adicionais como o auxílio à

repressão sobre corrupção, terrorismo e traficos ilícitos em geral e receita adicional para as nações enfrentarem suas demandas públicas sociais. A Taxa Tobin consiste na aplicação de uma alíquota percentual incidente sobre a transferência financeira além fronteiras, e seria recolhida pelo país do qual o ativo se retirou. A experiência foi tentada na Suécia entre 1984 a 1990 sem sucesso.

Na atualidade, a riqueza mobiliária e sua circulação se tornam predominantes, e outras idéias, além da Taxa Tobin, surgem no intuito de atingir fatos econômicos dessa riqueza ou melhor distribuir a tributação sobre seu montante agregado, a exemplo da proposta do imposto sobre lucros unitários aplicável a corporações transnacionais (Mold, 2004), que sugere uma análise contábil para determinar onde são obtidas as receitas e os lucros das corporações, e repartir a tributação de acordo com a origem local das receitas ou capital fixo, para melhor distribuir a arrecadação em favor de países em desenvolvimento.

No entanto, a discussão proposta não se refere ao implemento da Tobin Tax, mas a tributação de transações comerciais com incidência do imposto sobre a operação financeira contraposta à efetiva operação de transferência do bem ou serviço. Observe-se que os impostos de consumo existentes costumam incidir sobre as sucessivas operações nas cadeias produtivas e de circulação comercial, contudo, a incidência da tributação na operação contraposta de transferência financeira se revela mais vantajosa porque facilita a prática, a certeza e o alívio da economia produtiva, através da redução dos custos de gestão e circulação.

O Brasil manteve entre os anos de 1997 e 2007 um imposto sobre movimentação financeira, a CPMF - Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira. O imposto era odiado por todos, sejam empresas ou indivíduos, sejam economistas ou advogados, que denunciavam a sobrecarga da exigência desse imposto, concomitante com a exigência dos demais impostos tradicionais incidentes nas mesmas transações.

A tendência de impor tributos de algum tipo sobre operações financeiras vem se consolidando, como se constata do projeto da Comissão Européia de implantar um imposto sobre transações financeiras (FTT – financial-transaction tax) a partir de 2016, postergado da previsão inicial para 2014, que incidirá sobre transações com títulos mobiliários e derivativos do mercado financeiro. Nesse objetivo, a França, desde 2012, e a Itália, desde 2013, estabeleceram impostos sobre transações com títulos mobiliários (The Economist, 2015).

5. Peculiaridades do Comércio Eletrônico

O movimento da globalização incrementado pelo meio eletrônico encurta as dimensões de tempo e espaço. Na dimensão espaço esse movimento significa a interligação entre novos lugares, novos mercados e novas oportunidades de negócios. Na dimensão

tempo, o meio eletrônico permite maior agilidade na realização dos negócios. Enquanto isso, permanecem algumas barreiras tradicionais de espaço e ritmo para o comércio eletrônico (e-commerce) que representam problemas ainda pendentes para empresas, além do surgimento de outros problemas típicos dessa modalidade de operação em expansão.

Os problemas que permanecem, em geral, resultam da nova forma de resolver velhas questões, tais como a entrega, os contratos, a proteção dos consumidores, a privacidade de negócio, arbitragem, registros locais, ativos intangíveis, marca, etc. Entre essas velhas questões estão a diversidade de leis, práticas de comércio e procedimentos aduaneiros, decorrentes de sistemas nacionais diferentes.

Os novos problemas trazidos pela tecnologia são: a pirataria, a segurança de transações eletrônicas, transferências instantâneas de fundos, seleção de informações, etc. Outras decorrem das estruturas físicas, como a demanda de energia, linhas de comunicação e padronização de equipamentos. A arrecadação de impostos também pode se tornar um novo problema através de evasão fiscal eletrônica.

A conjunção dos problemas antigos com os problemas novos vem sendo enfrentada por equipes especializadas, mas, desde o início, o e-commerce enfrenta a diversidade de regras locais, porque costuma ser tratado ao modo do comércio convencional dentro dos contornos territoriais das fronteiras e da jurisdição fiscal dos Estados. Por enquanto, um regulamento unificado completo para o e-commerce parece um sonho impossível.

A rota mais pragmática para desenvolver o e-commerce consiste na equiparação dos tributos incidentes nas operações de comércio convencionais e eletrônicos, como recomenda a OCDE (VAT/GST Guidelines, 2014) e a harmonização dos sistemas de impostos nacionais em relação à demanda da dinâmica eletrônica, ou, pelo menos, ajustar os procedimentos de arrecadação à velocidade e demandas de e-commerce.

Nesse sentido, o consenso sobre a tributação do comércio eletrônico segue os princípios da OCDE (VAT/GST Guidelines, 2014) para manter a equiparação para com a tributação aplicada para o comércio convencional, no que diz respeito a: - Neutralidade, para manter a paridade com a tributação aplicada a negócios similares do comércio convencional; - Eficiência, para reduzir ao mínimo o custo dos procedimentos; - Certeza, pela aplicação de normas claras; - Arrecadação justa, para recolher apenas o necessário e não incentivar fraudes; - Flexibilidade, para adaptação às novas tecnologias.

Quanto à tributação do uso da internet, prevalece ainda a iniciativa estadunidense de manter essas operações livre de impostos (Internet Tax Freedom Act, 1998).

6. As Tentativas de Harmonização dos Sistemas Fiscais

A harmonização dos sistemas fiscais tem início pela tentativa de unificar todos os impostos incidentes sobre uma única operação de comércio. Além disso, devem ser

padronizados também os procedimentos, etapas e alíquotas aplicáveis, mesmo quando há apenas um imposto sobre a transação.

Nesse sentido, cabe recordar a política fiscal de harmonização europeia, que impede aos membros aplicar tributação diferente para produtos nacionais e de outros membros. Esta regra básica atua para a integração econômica, contribuindo para o principal objetivo do Tratado CE, de promover as quatro liberdades: movimento de mercadorias, pessoas, serviços e capitais (Farmer & Lyal, 1994). A manutenção das quatro liberdades obriga a harmonização dos sistemas fiscais e regras de comércio, e também de direitos trabalhistas, seguridade social e proteção do consumidor.

A incidência do IVA sobre a circulação de bens e serviços entre os membros da CE se desenvolveu nas últimas décadas com aplicação do método da tributação pelo - sistema de origem - onde o imposto é devido no país fornecedor da mercadoria, mas, recentemente se transformou para a aplicação do método do - sistema de destino - onde o imposto é devido no país adquirente (Lall, 2014), considerado como mais adequado ao regime de mercado unificado. Ambos os métodos induzem a tributação em cada etapa da circulação do produto e cada país membro pode cobrar o IVA sobre as operações de bens ocorridas dentro de seu território, com abatimento da parcela de IVA paga na operação anterior. Portanto, cada membro recebe parte do valor total do IVA, até o consumidor definitivo.

Nos EUA, o sistema fiscal contém um emaranhado de impostos interestaduais e locais sobre vendas e de consumo vigentes no país, que possui inúmeras jurisdições locais qualificadas para recolher os impostos. A iniciativa de harmonização mais importante consistiu no implemento, em 2005, do SSUTA – Streamlined Sales and Use Tax Agreement, que intenta a simplificação e padronização dos impostos estaduais e locais através das premissas de gestão centralizada na administração estadual, uniformidade das bases de impostos locais, padronização e simplificação de alíquotas, e uniformização de alíquotas para vendas internas e externas aos estados (Maguire, 2013). Em transações do e-commerce dentro dos EUA são exigidos somente os impostos federais incidentes nos negócios convencionais.

Em regra geral para os impostos de consumo, cabe orientar-se pela diretriz de neutralidade da OCDE (VAT/GST Guidelines, 2014), para que, na aplicação desses impostos, a carga tributária seja suportada no total pelo consumidor final, sem que restos remanescentes sejam onerados aos intermediários da cadeia produtiva ou de circulação comercial.

7. A Alternativa da Tributação da Transferência Financeira

A globalização induz a necessidade de reformulação do pensamento jurídico, evoluindo da antiga análise fundada unicamente no direito nacional para abordagens

multifacetadas, enfatizando a influência de sistemas jurídicos multi-culturais, incluindo a tentativa de harmonização dos sistemas fiscais.

A essência da tributação consiste na escolha de alguns fatos econômicos onde a riqueza se revela notória, e impor um tributo sobre a mesma. Assim, ao longo da história da tributação, foram escolhidos: comércio, propriedade imobiliária, as receitas, os lucros, o consumo, a transferência de propriedade, transposição de mercadorias nas fronteiras, etc. Atualmente, alguns desses fatos econômicos não são mais adequados com a nova riqueza econômica dinâmica e em outros, a tributação já atingiu a máxima incidência possível.

A tributação aduaneira, por exemplo, tende a ser padronizada e realizada apenas com o intuito de regulamentação, a tributação sobre propriedade imobiliária tem importância apenas para os governos locais, bem como as taxas sobre a transferência de propriedades e heranças.

O imposto sobre a renda e os impostos sobre o consumo ou vendas, são as principais fontes de receitas dos países, e ao mesmo tempo são os impostos mais influentes nos negócios contemporâneos.

O imposto de renda é considerado imposto dos mais adequados porque se admite que alcança a maior amplitude de riqueza da maneira mais justa. Esse imposto não incorre diretamente sobre as operações de comércio e permite dedução de gastos com outros tributos e obrigações. Assim, o imposto de renda alcança toda a gestão corporativa, mas, em regra, não prejudica a atividade cotidiana, com incidência em cada transação.

Os impostos sobre o consumo incorrem sobre cada operação e, para o comércio convencional ou e-commerce, sua imputação consiste em obstáculo de desejável remoção. Quanto a esses impostos sobre o consumo, é importante observar o procedimento técnico de tributação em cada operação comercial.

O núcleo da transação de comércio consiste na compra de mercadorias ou prestação de serviços, com a entrega do produto ao adquirente, em operação que se direciona no sentido - do fornecedor para o adquirente -, segundo os princípios da autonomia privada e livre contrato. Todavia, a transação comercial induz uma outra operação vinculada, que consiste justamente na transferência financeira, direcionada no sentido - do adquirente para o fornecedor -, contraposta à operação de fornecimento.

Por sua vez, a tributação sobre transações comerciais é um efeito externo imputado pela lei. Isso significa que a tributação não depende da vontade dos atores privados, mas é promulgada pelo poder do governo sobre a riqueza econômica que a transação expressa.

O pagamento com dinheiro, padrão monetário, ou a compensação com a transferência de fundos, substituiu a troca simples, ao longo da história da integração dos negócios, primeiro através de produtos com aceitação confiável, em seguida, a troca metálica,

seguida da moeda metálica padrão, e finalmente o papel-moeda. Na atualidade, consolidou-se o predomínio dos arquivos eletrônicos e cartões magnéticos, com suas transferências eletrônicas, e no futuro, presume-se a disseminação do *Bitcoin*².

No mundo dos negócios atual é impossível pensar em qualquer retorno sobre os passos anteriores dessa evolução, e até mesmo o recente papel-moeda e o padrão-ouro estão prestes a ser abandonados. Não há viabilidade nem mesmo para imprimir em papel todo o dinheiro do mundo contabilizados em arquivos eletrônicos. Assim, os negócios atuais são gradualmente dependentes dos meios magnéticos e eletrônicos e a transferência financeira por esses meios, vinculada às transações comerciais se revela inarredável.

Dois operações são mutuamente contrapostas na transação de comércio: de um lado, a entrega da mercadoria ou serviço, do outro lado, uma transferência financeira. Esses são os dois lados da mesma moeda, e representam exatamente a mesma quantidade econômica, expressa em padrão monetário.

Observe-se que as duas operações se compensam no âmbito da transação comercial, a entrega mercadoria/serviço contra a transferência financeira porque são expressões da mesma riqueza, portanto, revela-se indiferente a incidência dos impostos sobre um lado ou o outro lado da transação. Assim, a cobrança de impostos sobre o lado da operação de transferência financeira, isto é, o pagamento do adquirente ao fornecedor, traz o mesmo efeito da tributação no outro lado, a operação de entrega mercadoria/serviço, do fornecedor ao adquirente.

Em regra, a incidência dos impostos sobre o consumo ou sobre vendas ocorre na operação de entrega mercadoria ou serviço, quando o fornecedor se encarrega da cobrança de impostos, através de sua inclusão no preço de venda e o posterior recolhimento ao governo. Por isso, os impostos sobre o consumo ou vendas podem ser substituídos, com vantagem, pela tributação sobre a operação de transferência financeira, mais prática para coletar e pagar. A taxa a ser aplicada no lado de transferência financeira pode ser estimada sobre o movimento total de fundos no mercado financeiro, para produzir a mesma quantidade de receitas obtidas com os impostos sobre o consumo ou sobre vendas. Em contrapartida, os impostos de consumo ou sobre vendas seriam abolidos e a tributação sobre transferências financeiras, coletadas de cada contribuinte, deduzidas no imposto de renda.

A tributação sobre o lado de transferência financeira preenche melhor os requisitos da boa tributação segundo os cânones liberais (Smith, 2001): 1 - contribuição proporcional à capacidade econômica do contribuinte sob a proteção do Estado; 2 - o imposto deve ser certo e não arbitrário, de forma clara e simples quanto ao momento, à maneira e o

2 Bitcoin (BTC) – sistema de pagamentos online por meio de criptomoeda independente de autoridade central, concebido em 2008, operada em rede peer-to-peer, P2P

montante; 3 - O imposto deve ser exigido no momento ou na maneira mais conveniente para o contribuinte; e 4 - o imposto deve ser planejado para retirar a quantidade mínima possível da receita privada, em favor do erário público.

A tributação sobre a operação de transferência financeira cumpre melhor esses requisitos porque: 1 - A incidência opera em proporção com o montante dos fundos transferidos, por isso, quem movimenta mais dinheiro, paga mais impostos. A tributação sobre o consumo, também funciona assim, porque consumidor é o verdadeiro contribuinte final; 2 - A tributação é determinada por taxa fixa imposta na transferência financeira e o momento do recolhimento é a operação da efetiva transferência; 3 - Existe maior conveniência para o contribuinte, porque ele vai pagar apenas quando adquirir, e o procedimento é o melhor, porque o contribuinte não assume qualquer tarefa de pagar. O banco irá controlar a arrecadação de impostos e da retenção de informações para o governo e o cidadão. 4 - A tributação pode ser tão leve quanto os países desejarem. Os acordos internacionais costumam estipular uma faixa para a taxa máxima e mínima, onde a arrecadação pode ser aumentada ou diminuída temporariamente.

Para as modernas exigências: eficiência, equidade e eficácia (Wachtel, 1998), a tributação da transferência financeira também é mais adequada. A eficiência é obtida pela extração eletrônica automática, a equidade pode ser alcançada por faixa variável de taxas e a eficácia é mais garantida pelo menor potencial de evasão fiscal. Assim, a política fiscal e os custos de gestão das empresas são aliviados pela substituição dos impostos de consumo ou de venda pela tributação sobre a transferência financeira, induzindo aos negócios em geral, livres de procedimentos da cobrança tributária, maior estímulo para desenvolvimento e integração.

O desoneração de impostos sobre economia produtiva, incluído o e-commerce, pode promover alterações significativas sobre custos e iniciativas de comércio, alterando todo o pensamento negocial desenvolvido desde que o sistema fiscal moderno se iniciou há três ou quatro séculos atrás. O e-commerce seria ainda mais estimulado na medida em que o comércio convencional também se acelere com as transferências eletrônicas, ambos descarregados de impostos indutores de improdutividade.

O principal problema poderia ser o sigilo bancário e o acesso do governo na privacidade dos fundos financeiros. Mas, essa questão há de ser comparada com a vantagem do maior controle sobre o financiamento de atividades ilícitas internacionais, como terrorismo e tráficos clandestinos, bem como o controle da evasão de receitas tributáveis para paraísos fiscais.

Por sua vez, o controle da movimentação financeira não demanda o acesso imediato e direto sobre os arquivos financeiros individuais, mas apenas a verificação comparativa entre o volume das transações financeiras e o valor do imposto recolhido. O contribuinte

mantém a privacidade de seus ativos e o controle sobre a movimentação e a quantidade de imposto extraído de seus fundos. O banco precisa apenas transferir o registro eletrônico de cobrança de impostos para a conta do governo, e manter a lista de quantidades enviadas. Os bancos podem ser pagos pelo serviço.

Outro problema é o destino das receitas dos impostos de consumo ou sobre vendas, geralmente, recolhidos pelos governos nacionais e locais. O regime de tributação substituto sobre transferência financeira deve assistir às mesmas entidades locais ou países, e podem ser distribuídos entre os endereços de filiais dos sucessivos adquirentes da mercadoria ou serviço, atentando para a peculiaridade do comércio eletrônico, que induz dificuldade de tributação quando a transação é independente da existência de um estabelecimento físico na jurisdição fiscal atingida (Bacchetta, et al, 1998).

O controle econômico de transferência financeira se estabelece no início por uma taxa ínfima e compensável dos impostos de consumo ainda incidentes, e depois progressivamente aumentada até a substituição dos mesmos. A estipulação de taxas ou faixas da taxas pode ser determinada por meio de acordos internacionais, com equilíbrio controlado através de métodos econômicos de estimativa, como a Curva de Laffer (Gambiagi & Além, 2001) ou a Otimalidade de Pareto (Stephen, 1993), usados em estudos de Direito e Economia para tributação. Esse controle será permanente para as equipes econômicas do governo, mas será apenas mais uma tarefa de controle fiscal, dentro dos gigantescos sistemas manejados por equipes econômicas e financeiras de governo, que devem absorver, com vantagem, os atuais sistemas de controle da arrecadação sobre consumo ou vendas.

8. Conclusões

1 - O desenvolvimento do comércio convencional e eletrônico através do mundo demanda a harmonização dos sistemas legais nacionais e sobretudo a padronização dos sistemas fiscais nacionais. Liberdade fiscal completa é inviável. Unidade fiscal também não é fácil, por causa dos diversos tipos de impostos de consumo e sobre vendas arrecadados em numerosos territórios locais e de países.

2 - As espécies de tributos mais prejudiciais para o comércio convencional e e-commerce são os impostos de consumo ou sobre vendas, uma vez que os demais tributos que afetam a dinâmica dos negócios não incidem em cada operação comercial.

3 - A mobilidade da riqueza é uma característica notável dos negócios atuais e sugere a mudança nos métodos de tributação tradicionais para manter a base tributária e as receitas dos governos. Os sistemas de tributação não são diferentes para e-commerce ou comércio convencional, por isso, os impostos de consumo e sobre vendas significam os mesmos obstáculos para o comércio convencional ou e-commerce. A ferramenta eletrônica tem se expandido em todos os negócios, mas é especialmente essencial em operações

financeiras, onde os arquivos magnéticos e eletrônicos mantêm o registro para todas as contas de fundos e transferências.

4 - As transações de comércio convencionais e de e-commerce induzem operação de transferência financeira vinculada e estão sujeitas a tributação imposta por leis. Na operação comercial, um dos lados da operação é a entrega de mercadorias ou serviços, enquanto, do outro lado, a operação é a transferência financeira. As duas operações atuam lado a lado na transação comercial que realiza o escambo de obrigações entre os contratantes. Assim, a tributação no lado da operação de produção e fornecimento da mercadoria / serviço tem o mesmo efeito da tributação no lado da operação de transferência financeira. Entretanto, a tributação sobre a transferência financeira demanda somente procedimentos automáticos, operados em meio eletrônico, enquanto que a tributação da operação de transferência da mercadoria / serviço demanda aparato complexo e custoso para o recolhimento dos impostos de consumo e sobre vendas, onerando os esforços da economia produtiva. Assim, os impostos de consumo e sobre vendas podem ser substituídos, com vantagem, pela tributação sobre a transferência financeira vinculada à transação comercial.

9. Referências

- BACCHETTA, M, LOW, P, MATOO, A, SCHUKNECHT, L, WANGERAND. H, WEHRENS, M **Electronic Commerce and the role of the WTO**, WTO,1998. Disponível em:<www.wto.org> acesso em maio/2015.
- FARMER, Paul, LYAL, Richard, **European Community Tax Law**, Claredon, Oxford, 1994.
- FREELAND, J J, LATHROPE, D J, LIND, S A and STEPHENS, R B, **Fundamentals Federal Income – Case and Materials**, New York, University Casebook Series:- Foundation Press, 2000.
- GAMBIAGI, Fábio, ALÉM, Ana Cláudia. **Finanças Públicas: teoria e prática no Brasil**, Rio de Janeiro, 2ª ed, Editora Campus, 2001.
- LALL, Tarlochan, **The definitive VAT system – Better the devil you know?** 2014. Disponível em:< www.lexisnexis.co.uk/en-uk/products/pslfreetrial.page>, acesso em maio/2015.
- MAGUIRE, Steven, **State Taxation of Internet Transactions**, Congressional Research Service, 2013. Disponível em:<www.fas.org/srgp/crs/misc/R41853>, acesso em maio/2015.
- MOLD, Andrew, **A proposal for unitary taxes on the profits of transnational corporations**, CEPAL Review, 82, p. 37-53, 2004. Disponível em:<www.cepal.org/en/publications/11008> acesso em maio/2015.

- NABALS, José Casalta, **O Dever Fundamental de Pagar Impostos**, Coimbra, Almedina, 2004.
- OECD, **International VAT/GST Guidelines**, 2014. Disponível em: <www.oecd.org/ctp/> -> acesso em maio/2015.
- OLIVER, Philip D, PEEL Jr, Fred W, **Tax Policy – Readings and Materials**, Westbury, NY, University Case Books, Foundation Press, 1996.
- SMITH, Adam, **Riqueza das Nações** (trad. Norberto de Paula Lima), Curitiba, Hemus, 2001.
- STEPHEN, Frank H., **Teoria Econômica do Direito** (trad. Neusa Vitale), São Paulo, Editora McGraw Hill, 1993.
- THE ECONOMIST, V 414 N 8923, **Still kicking**, p.57-58, London, Jan, 31st - Feb, 6th, 2015.
- TORRES, Ricardo Lobo, **A Idéia de Liberdade no Estado Patrimonial e no Estado Fiscal**, Rio de Janeiro, Renovar, 1991.
- WACHTEL, Howard M, **The Mosaic of Global Taxes**, in Global futures: shaping globalization Zed Books, 2000, p. 83-97. Disponível em: <www.globalpolicy.org/finance/currtax/> -, acesso em julho/2004.

ZONA LIVRE DE ARBITRAGEM: BRASIL PARA O PRIMEIRO MUNDO

LUIZ CARLOS BARNABÉ DE ALMEIDA

Professor, Mestre em Administração, Doutorando em Direito Ambiental Internacional da Universidade Católica de Santos. Bolsista Instituição.

MARDÔNIO DA SILVA GIRÃO

Professor, Mestre em Direito Ambiental, Doutor em Direito Ambiental Internacional pela Universidade Católica de Santos.

Resumo

No século XXI, o conhecimento é o fator de produção determinante para o crescimento econômico, sendo ele originário das Universidades e dos Centros de Pesquisa. Este estoque de conhecimento, utilizado pelo empreendedor criativo e por investidores de longo prazo com elevadas poupanças, são os transformadores do conhecimento em inovação. Sendo o Brasil um país de poupança irrisória, nossa capacidade de gerar inovação é quase nula. Para mudar do ciclo de economia subdesenvolvida para desenvolvida é necessário atrair a poupança internacional intensiva e de longo prazo. Mas esta poupança só transformará em investimentos diretos em nosso país se tiverem a garantia da “segurança jurídica”. A realidade brasileira é de uma grande lacuna de segurança jurídica do Estado, por falta de Instituições maduras e por falta de uma reforma jurídica, para modernizar esta ação. Nossa sugestão neste artigo é uma institucionalização de uma “Zona Livre de Arbitragem”, que seria implantada como modelo na Região Metropolitana da Baixada Santista. Indicamos esta região pelo potencial econômico de ser a região onde se localiza o maior porto do Brasil e pelo espaço territorial para transformar as matéria primas em bens de maior valor agregado pela inovação.

Palavras-chave

Arbitragem; Inovação; Academia; Direito positivo.

Abstract

In the twenty-first century, knowledge is the determining factor of production to economic growth, being originally from universities and research centers. This stock of knowledge, used by creative entrepreneur and long-term investors with high savings, are

the transformers of knowledge in innovation. Since Brazil is a country of paltry savings, our ability to generate innovation is almost nil. To change the underdeveloped economy cycle is designed to attract necessary intensive and international long-term savings. But this saving only turn into direct investments in our country if it is satisfied the “legal certainty”. The Brazilian reality is a great legal security gap state for lack of mature institutions and for lack of a legal reform to modernize this action. Our suggestion in this article and the institutionalization of a “free zone Arbitration”, which would be implemented as a model in the Baixada Santista. We indicate this region by the economic potential to be the region where is the largest port in Brazil and the territorial space to transform the raw material into goods with higher added value through innovation.

Key words

Arbitration; Innovation; University; Positive law.

1. Introdução

Uma das condições para o Brasil fazer a passagem para o primeiro Mundo é através da Institucionalização da “Zona Livre de Arbitragem” implantada na Região Metropolitana da Baixada Santista. Condição que pode atrair a Poupança Internacional da Inovação.

Esta institucionalização criará uma rede de proteção jurídica ao Capital Internacional e Nacional que se encontra no exterior, de investimento direto, contra a “insegurança jurídica” predominante na justiça de Estado no Brasil.

A escassez da Poupança Nacional e o desinteresse da Poupança Inteligente Internacional (geradora do Investimento Direto em Inovação), tem inviabilizado nossa passagem para o primeiro mundo, retardando a implantação de Instituições (Universidades e Institutos de Pesquisa) geradoras do estoque de conhecimento, de empresas inovadoras e Instituições Financeiras com financiamentos de longo prazo, que são fundamentais para transformar o conhecimento em lucro, ou seja, em inovação.

Neste contexto, a infraestrutura científica assume papel relevante, em particular para os países subdesenvolvido, cujo sistema nacional de inovação é considerado incompleto dado o estágio de desenvolvimento de suas economias e das suas instituições (SUZIGAN, ALBUQUERQUE, CAIRO, 2011, p.9).

A “Nova Teoria do Crescimento Econômico”, que procura explicar porque um país é desenvolvido e outro é subdesenvolvido, e como um país subdesenvolvido faz sua passagem para o status de desenvolvido, e porque outros não conseguem fazer esta travessia indica que a chave desta mudança é o “estoque de conhecimento”, fator de produção com características de ser ilimitados e acumulativos, o que os diferencia dos outros fatores que são limitados e de rendimentos decrescentes.

Mesmo a Nova Teoria do Crescimento Econômico não explicando todas as variáveis que levam os países a serem desenvolvidos ou subdesenvolvidos, é hoje a que melhor explica estas diferenças.

A nova teoria do crescimento enfatiza a possível capacidade dos recursos humanos de inovar a uma velocidade que compense os rendimentos decrescentes. Assim, “a nova teoria do crescimento provavelmente corresponde melhor aos fatos do mundo atual do que outras teorias, mas isso não faz com que seja correta” (PARKIN, 2009, p. 566).

O objetivo desse artigo será o de abordar o novo conceito de Ciência Econômica, considerando a escola neo-institucionalista de Coase, North, Williamson e a escola neo-schumpeteriana de Romer, a escola da análise econômica do direito – AED também denominada *law and economic* de Ronald Coase e Guido Calabresi.

Nesse mesmo sentido, pretende-se analisar, segundo Nusdeo (2008, p. 19), que o Direito e a Economia se imbricam e se integram para formar um único campo de Estudo.

Para tanto, utilizar-se-a a Nova Teoria do Crescimento Econômico desenvolvida por Paul Romer, da Universidade de Stanford durante a década de 1980; as características da insegurança jurídica no Brasil de acordo com estudos de Armando Castelar Pinheiro em 2005, do Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial – ETCO (2008).

Pretende-se, ainda, realizar uma proposta com base em segurança jurídica, utilizando-se da arbitragem, mediação e conciliação que é será uma condição para o crescimento e poupança inteligente, e essa só é transformada em investimento quando existem condições de produção em escala mundial e de sua distribuição em uma Zona Livre de arbitragem na Região Metropolitana da Baixada Santista, que por sua localização geoeconômica poderá ser a pista para *take off* do Brasil em direção ao primeiro mundo.

2. O Direito e a Economia

A compreensão da integração destas duas ciências das relações humanas que formam um único campo de estudo, é relevante para entender que o crescimento econômico depende da segurança jurídica.

Já, na origem etimológica grega da palavra economia, faz-se sentir a intercomplementaridade e interdependência destas duas ciências, como podemos atestar: economia = oikosnomos, *oikos* significa *casa*, no sentido amplo, ou seja, onde se localiza e sobrevive a família; e *nomos* que representa a diversidade de *normas* necessárias destinadas às famílias, para a produção e distribuição dos bens econômicos (NUSDEO,2008).

Mais do que íntima relação, trata-se na verdade, de uma profunda imbricação, pois os fatos econômicos são o que são e se apresentam de uma dada maneira em função direta de como se dá a organização ou normatização – nomos – a presidir a atividade desenvolvida

na oikos ou num dado espaço físico ao qual ela possa se assimilar. E o nomos nada mais vem a ser do que normas ou regras, estas objeto da ciência do Direito.

Nesse sentido, Nusdeo (2008, p.29) nos ensina que: “Reciprocamente, quanto mais escassos os bens e aguçados os interesses sobre eles, maior a quantidade e diversidade de normas se fazem necessárias para o equilíbrio de tais interesses”.

Ao focar o homem, a ciência econômica verifica que este tem necessidades das mais diversas e que se expandem e se modificam em velocidades infinitas, caracterizando-as como “ilimitadas”. Entender as necessidades e como atendê-las é condição fundamental para o entendimento da ciência econômica e da ciência jurídica e o campo científico que ambas se solidarizam.

Martinez e Paraguay (2003) *apud* Pereira, et al. (2012), informam que na década de 1940, Maslow estruturou a Teoria da Hierarquia das Necessidades Humanas que, indica para o entendimento do que, porque, quando, onde e como atender as necessidades humanas ilimitadas. As necessidades humanas são passíveis de serem categorizadas e organizadas em cinco níveis ascendentes: a) fisiológicas – relacionadas à sobrevivência e à homeostase do organismo; b) de segurança – relacionadas à segurança tanto física como emocional, familiar e social; c) sociais ou associativas – representadas pelo desejo de interagir socialmente, ser estimado e aceito, de pertencer a um grupo, de ter amizades e de amor; d) de estima – diz respeito à necessidade do indivíduo em manter a autoestima e ter a estima de outros, de desenvolver sentimentos de confiança, valor, capacidade, poder, prestígio, de ser útil e necessário; e, e) de autorrealização – dizem respeito ao autodesenvolvimento e à tendência dos indivíduos em tornar reais os seus potenciais.

À medida que as primeiras necessidades básicas sejam satisfeitas, surgem necessidades dos níveis seguintes, até se chegar às mais elevadas. Porém, esta hierarquia não é rígida, necessidades mais elevadas podem surgir antes das mais básicas terem sido completamente satisfeitas, pois estes níveis podem ser interdependentes ou justapostos, avaliam Martinez e Paraguay (2003) *apud* Pereira, et al. (2012), referindo-se aos estudos de Maslow.

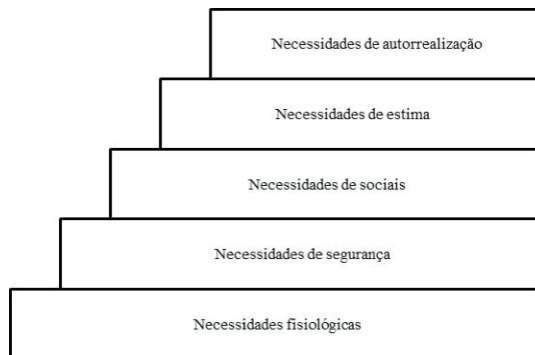


Figura 1: Pirâmide da Hierarquia das Necessidades Humanas, concebida por Maslow.

Fonte: Caravantes, Panno, Kloeckner (2005) *apud* Pereira, et al. (2012).

A maneira de satisfazer estas diversas e hierárquicas necessidades ilimitadas são os “bens”. Não existe outra maneira conhecida de atender as necessidades humanas senão os bens.

Quanto a natureza existem dois tipos de “bens”, os bens livres e os bens econômicos.

Os bens livres são todos os tipos de bens encontrados no universo, que de forma natural, atendem as necessidades humanas, e que são “ilimitados” em função a estas. Como exemplo, a luz solar, ar e chuvas.

Já os bens econômicos são todos os tipos de bens que devem ser produzidos, os quais são pelos recursos produtivos, também chamados de fatores de produção.

Dessa forma, os fatores de produção são todos os recursos necessários para a produção do “bem econômico”. Denominado de econômico por ser produzido, se não o fosse seria um “bem livre”. Assim, os fatores de produção podem ser classificados pelo seu gênero, semelhança e outras características que indicam a mesma família.

Vale destacar que no novo conceito de Ciência Econômica, os recursos produtivos recebem outra classificação, ou seja, quanto ao capital humano, todos os homens e mulheres que poderiam produzir bens econômicos. As leis, culturas e costumes de cada grupo social, definem os “que podem” trabalhar. No Brasil essa população é quantificada pelo IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, que denomina esta população produtiva de PIA – População em Idade Ativa subdividida em: PEA – População Economicamente Ativa e População Economicamente não Ativa (desempregados).

Ao considerar a questões Patrimoniais (patrimônio da Nação), estas são divididas em Recursos Ecológicos ou Recursos Naturais (Bióticos e Abióticos), Ambientais (Externalidades Positivas e Negativas). Tecnológicos (saber fazer, saber produzir). Capital (infraestrutura, máquinas, equipamentos, plantas de produção e distribuição, portos, energia, saúde, educação). Instituições (Jurídicas, Legislativas, Executivas, Financeiras, Imprensa, Unidades de Produção e Distribuição, Unidades familiares e outras (neo-institucionalista)). Estoque de Conhecimento (condição para gerar a Inovação - fator neo-schumpeteriano).

Compete a Ciência Econômica através de leis e teorias criadas pelos modelos e dentro dos princípios de cada povo ou Nação, combinar os fatores de produção disponíveis com resiliência e utilizá-los plenamente, gerando assim sustentabilidade ambiental e social; transformando os fatores de produção de forma efetiva em bens econômicos e providenciando sua distribuição de forma equitativa, gerando um generalizado bem estar social do seu povo ou Nação.

Para que ocorra esta transformação em bens econômicos e sua distribuição, é necessário que existam Instituições éticas, maduras e comprometidas com o bem-estar-social, através da estabilidade e contemporaneidade legislativa e executiva e a segurança jurídica, fundamentais para o aumento do estoque de conhecimento, que somado ao capital

humano empreendedor e o capital intensivo de risco compõem a tríade geradora da “inovação”, condição básica para o crescimento econômico real de qualquer Nação.

A inovação está no cerne da mudança econômica, para Shumpeter (OCDE, 2005, p. 32-33) “Inovações radicais provocam grandes mudanças no mundo, enquanto inovações “incrementais” preenchem continuamente o processo de mudanças”.

A interação dos fatores, para a produção e distribuição dos bens econômicos com objetivo de atender as necessidades ilimitadas, geram conflitos que deverão ser minimizados por normas jurídicas aplicadas por Instituições maduras. Quanto mais eficiente e eficaz forem as Instituições, menores serão os conflitos e maior e melhor serão a produção e a distribuição dos bens econômicos. Nesta fase, a Ciência Econômica “depende”, “está em função”, da Ciência Jurídica, que podemos representar pela representação teórica: $E = f(D)$ que se diz “A economia está em função do Direito”.

Os custos sociais, político e econômico das Instituições servem para explicar porque um país é desenvolvido e outro subdesenvolvido. O prêmio Nobel de Economia em 1993, Douglas North, explica com propriedade científica a influência das Instituições no desenvolvimento de cada país... North cita o Brasil como exemplo de país que foi prejudicado pela falta de Instituições que garantissem a segurança jurídica (ALMEIDA, 2012, p.308).

Como a maiorias dos fatores de produção são “limitados”, a única exceção é o conhecimento, e são os responsáveis para atender as necessidades que são “ilimitadas”, denomina-se esta diferença de “escassez” que é a causa, origem do “conflito”. O primeiro é de fundo econômico e o segundo jurídico, o que significa que quanto maior for a escassez maior será o conflito, neste caso a Ciência Jurídica depende, está em função da Ciência Econômica e podemos dizer então, através de uma representação teórica que $D = f(E)$.

A “causa” é a escassez e o “efeito” o conflito. Para poder administrar o “efeito” tem que se conhecer a “causa” e esta é sempre econômica, razão pela qual o cientista jurídico deve conhecer os conceitos econômicos, e o cientista econômico os conceitos jurídicos (ALMEIDA, p. 101).

Esta interdependência, esta imbricação como afirma Nusdeo (2008, p. 29), comprova a importância da ciência jurídica para o crescimento econômico, principalmente na atual “economia baseada no conhecimento” que modificou o conceito de ciência econômica e da teoria do crescimento ampliando a dependência da “segurança jurídica”.

A expressão “economia baseada no conhecimento” foi cunhada para descrever as tendências, verificadas nas economias mais avançadas, e a uma maior dependência de conhecimento informações e altos níveis de competência e a uma crescente necessidade de pronto acesso a tudo isto (OCDE, 2005, p.31).

Nos capítulos seguintes iremos perceber a profundidade desta interdependência no mundo hodierno, onde a globalização mercadológica, ou seja, o tamanho do mercado é

condição fundamental para o “lucro real” que é a remuneração do investimento intensivo em inovação.

A nova teoria econômica do crescimento econômico demonstra que o investimento é originário da poupança e esta é gerada em quantidade e rapidez pelo lucro real, que tem um ciclo de vida curto. Um novo lucro real só ocorrerá com uma nova inovação, acontecendo assim, o ciclo virtuoso da produção e distribuição em quantidade cada vez maior, atendendo uma maior quantidade de pessoas de nosso planeta e ampliando o “bem estar social mundial”.

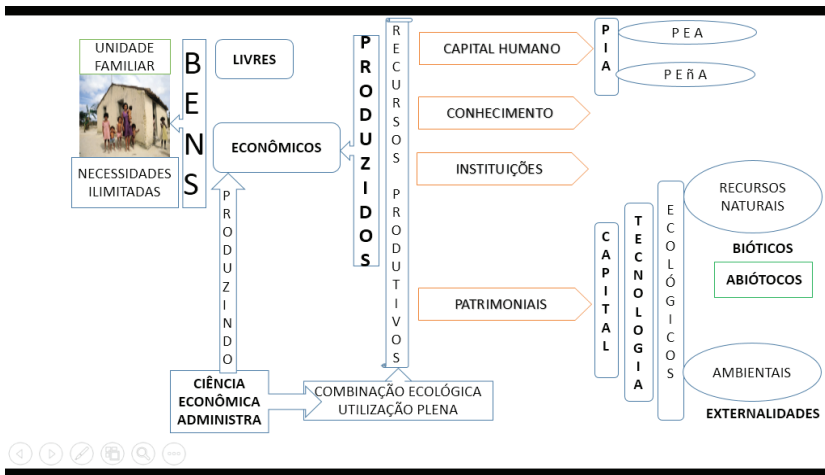


Figura 2. Representação Gráfica do novo modelo de Conceito de Ciência Econômica.

Fonte: Almeida p. 67

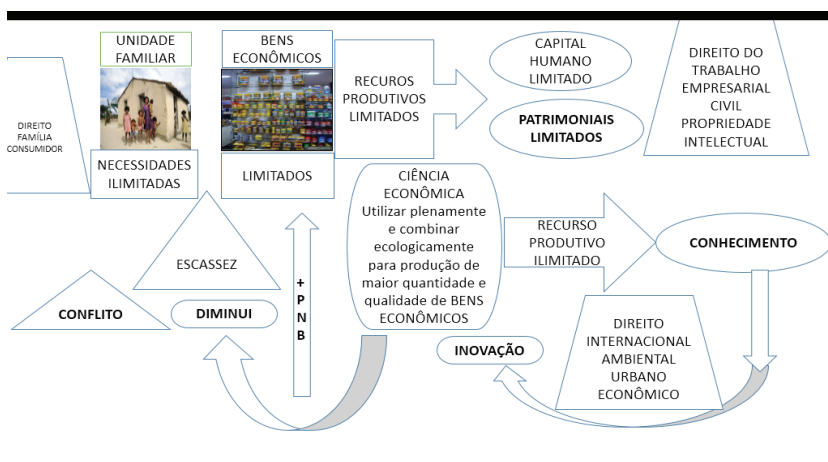


Figura 2.1 Representação Gráfica do novo modelo de Conceito de Ciência Econômica

Fonte: Almeida p. 67.

Estas representações gráficas do modelo do novo conceito da Ciência Econômica são autoexplicativas e demonstram o novo Conceito da Ciência Econômica que formula e aplica princípios, teorias, leis utilizando-se de modelos para melhor administrar os recursos produtivos limitados (exceção o conhecimento), por meio de uma perfeita combinação dos fatores com resiliência, obtendo assim uma maior quantidade e qualidade de bens econômicos, distribuição de forma equitativa, diminuição da escassez e do conflito, e melhoria do bem-estar social (ALMEIDA, p. 66).

Uma maior harmonia entre os fatores com mitigação dos conflitos impõe uma normatização aplicada pelas Ciências Jurídicas, quanto melhor e hodiernas forem as leis, maior será o crescimento econômico. Por exemplo, com leis trabalhistas justas, menores serão os conflitos deste fator de produção e maiores serão a eficiência e a produtividade, ou seja, maior quantidade e qualidade de bens econômicos serão produzidas. A interdependência destas duas ciências também é fundamental na distribuição equitativa destes bens.

3. A Nova Teoria do Crescimento Econômico

A Ciência Econômica explica os fenômenos econômicos através de leis e teorias. A teoria do Crescimento Econômico indica quais são os fatores que levam uma nação a ter um crescimento econômico maior que outras. Evidencia por que umas nações são desenvolvidas e outras subdesenvolvidas. Demonstra quais os fatores de produção e distribuição que fizeram um país passar do estágio de subdesenvolvimento para o de um país desenvolvido. Informações do Banco Mundial e do Fundo Monetário Internacional – FMI confirmam um fenômeno predominante no final do século XX até estas primeiras décadas do século XXI: as nações pobres ficam a cada ano mais pobres em relação as nações ricas, ou os países ricos ficam mais ricos em relação aos pobres. Assim, a distância entres eles fica cada vez maior.

O crescimento econômico é a expansão sustentada das possibilidades de produção medidas com o aumento do PIB real ao longo de um determinado período. Um rápido crescimento econômico mantido ao longo de vários anos pode transformar uma nação pobre em rica. Foi o que aconteceu com Hong Kong, Coréia do Sul, Taiwan e outras economias asiáticas. Um lento crescimento econômico ou ausência de crescimento pode condenar uma nação a uma pobreza devastadora. Este foi o destino de Serra Leoa, Somália e grande parte do resto da África. (PARKIN, 2009).













Em 2013, de acordo com dados do FMI, mais seis nações Africanas ampliariam o exemplo de Parkin (2009, p. 552), que são: Níger; Libéria; Burundi; Malavi; Congo, Dem. Rep.; República Centro-Africano.


















É importante destacar que o valor do PIB de uma nação indica o poder econômico de uma em relação a outra. Já o padrão de vida de cada povo depende do PIB real per capita (por pessoa), que é o PIB real dividido pela população da nação. O aumento do














PIB real tem que ser em proporção maior que o aumento da população para que ocorra um aumento do padrão de vida de um povo.

Em 2013, o Fundo Monetário Internacional - FMI informou o PIB de 187 países. Para um melhor entendimento estes países foram divididos em sete grupos, na ordem decrescente e por tamanho do PIB real, iniciando o primeiro grupo com o símbolo (a) nações acima de US\$ 50,000 por pessoa; (b) de US\$ 49,999 até US\$ 35,000; (c) de US\$ 34,999 até US\$ 25,000; (d) de US\$ 24,999 até US\$ 10,000; (e) de US\$ 9,999 até US\$ 5,000; (f) de 4,999 até US\$ 2,000 e o último grupo de nações (g) abaixo de 1,999. A média mundial, ou seja, o PIB Mundial real, dividido pela população de nosso planeta foi de US\$ 14,307 dólares por pessoa. Veja quadro 1 abaixo.

Nesta classificação, entre os doze primeiros classificados, existem na realidade onze nações, pois Hong Kong, mesmo citado, pertence à China atualmente. Vejamos o Quadro do PIB real per capita por Grupo de 187 Nações e Hong Kong em 2013:







(a=\$50)-1  Catar 145.894-2  Luxemburgo 90.333-3  Cingapura 78.762-4  Brunei 73.823-5  Kuwait 70.785-6  Noruega 64.363-7  Emirados Árabes Unidos 63.18-8  San Marino 62.766-9  Suíça 53.977-10  Estados Unidos 53.001  Hong Kong 52.984 -11  Arábia Saudita 51.779


(b=\$50a+35)-12  Bahrain 49.633-13  Holanda 46.440-14  Austrália 45.138-15  Irlanda 44.663-16  Áustria 44.402-17  Alemanha 43.475-18  Suécia 43.407 1-19  Oman 43.304-20  Canadá 43.253-21  Dinamarca 43.080-22  Taiwan 41.539-23  Islândia 41.001-24  Bélgica 40.760-25  Finlândia 40.045-26  França 39.813-27  Japão 36.654 -28  Reino Unido 36.208

(c=\$35a+25)-29  Itália 34.103-30  Coreia do Sul 33.791-31  Guiné Equatorial 33.767-32  Nova Zelândia 33.626-33  Israel 32.717-34  Espanha 31.942-35  Malta 30.567-36  Trinidad e Tobago 30.197-37  Chipre 28.748-38  Eslovenia 28.512 -39  República Checa 27.347-40  Eslováquia 26.616-41  Estônia 26.052-42  Portugal 25.643-43  Lituânia 25.374-44  Grécia 25.126

(d=\$25 a +10)-45  Bahamas 24.648-46  Rússia 24.298-47  Seychelles 23.532-48  Polónia 23.273-49  Hungria 23.236-50  Malásia 23.160-51

 Cazaquistão 23.038-52  Látvia 22.832-53  Chile 22.534-54  Argentina
 22.363-55  Antigua e Barbuda 21.967-56  Líbia 20.681-57  Gabão 20.520-
 58  Croácia 20.222-59  São Cristóvão e Nevis 19.823-60  Uruguai 19.679-
 61  Panamá 19.080-62  Peru 18.874-63  Venezuela 18.453-64  Belarus
 17.623-65  Romênia 17.440-66  México 17.390-67  Líbano 17.326-68
 Mauritius 17.118-69  Azerbaijão 17.028-70  Bulgária 16.518-71  Irã
 16.165-72  Suriname 16.080-73  Barbados 16.015-74  Botswana 15.241-
 75  Palau 15.005-76  Brasil 14.987-77  Montenegro 14.666-78  Iraque
 14.367-79  Costa Rica 14.344-80  Tailândia 14.136-81  Argélia 13.788-82
 Turcomenistão 12.863-83  Colômbia 12.776-84  Macedônia 12.587-85
 África do Sul 12.507-86  Sérvia 12.465-87  República Dominicana 12.173-
 88  Maldivas 11.903-89  China 11.868-90  Jordânia 11.639-91  Peru
 11.557-92  Grenada 11.481-93  Santa Lúcia 11.150-94  Tunísia 10.998-95
 Equador 10.908-96  Egito 10.870-97  Albânia 10.596-98  São Vicente
e Granadinas 10.560-99  Dominica 10.372-100  Namíbia 10.23

(e= \$10 a+5)-101  Indonésia 9.635-102  Sri Lanka 9.583-103  Bósnia e
Herzegovina 9,563-104  Mongólia 9,293-105  Kosovo 8.866-106  Ucrâ-
nia 8,651-107  Jamaica 8,487-108  Paraguai 8,064-109  Belize 8,01-110
 Angola 7,978-111  Fiji 7.838-112  El Salvador 7.783-113  Timor
-Leste 7678-114  Suazilândia 7.646-115  Marrocos 7,356-116  Guate-
mala 7290-117  Butão 7197-118  Georgia 7156-119  Armênia 7034-120
 Filipinas 6,597-121  Guiana 6,573-122  Cabo Verde 6.248-123  Congo,
Rep. 6232-124  Bolívia 5928-125  Nigéria 574-126  Índia 5.450-127
 Vietnã 5295-128  Uzbequistão 5.176-129  Samoa 5041

(f=\$5 a+2)-130  Tonga 4.856-131  Moldova 4.666-132  Laos 4.66-133
Nicarágua 4.593-134  Honduras 4.592-135  Paquistão 4.574-136  Sudão
 4,429-137  Birmânia 4.345-138  Gana 4,029-139  Zâmbia 3,926-140
 Iémen 3,838-141  Quirguistão 3,230-142  Mauritânia 3187-143  Tu-
valu 3.168-144  Bangladesh 3.167-145  Ilhas Marshall 3.128-146  Mi-
cronesia 3.127-147  Camboja 3.056-148  Quênia 3009-149  São Tomé e
Príncipe 2.999-150  Djibouti 2,916-151  Camarões 2.861-152  Leso-
to 2.765-153  Côted'Ivoire 2,710-154  Tajiquistão 2,536-155  Vanuatu
 2.449-156  Chade 2.432-157  Sudão Sul 2.401-158  Papua N. Guiné 2.290-
 159  Nepal 2,245-160  Senegal 2,243

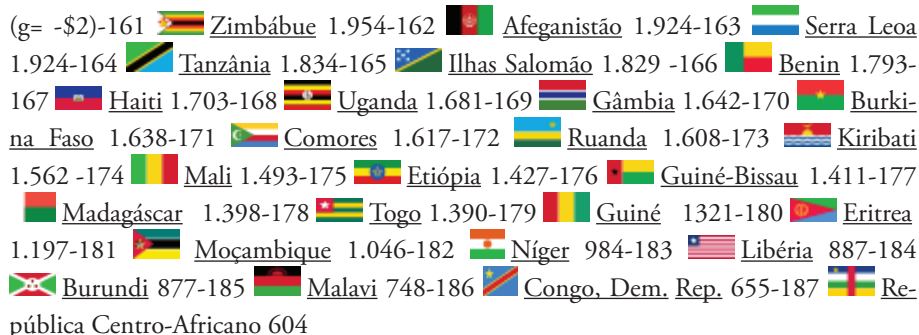


Figura 2.2: Quadro do PIB real per capita por Grupo de 187 Nações e Hong Kong em 2013:

Fonte: FMI (2013). Distribuição por grupo de Nações realizado pelos autores.

Ao compararmos as informações de 2012 do Banco Mundial com as de 2013 do FMI podemos verificar mudanças pontuais que não iremos nos aprofundar neste artigo.

Ao demonstrar estas informações queremos enfatizar a importância do aumento do Produto Interno Bruto PIB de cada nação, pois só desta maneira que existe uma melhora na qualidade de vida de cada povo, daí destacar este PIB por pessoa, pois de nada adianta o país ter um PIB maior que o outro, se ao dividi-lo pela sua população, o PIB per capita indica uma inferioridade muito grande da nação com PIB menor. Neste caso, tamanho do PIB não é vantagem para sua população.

Para ficarmos na América do Sul, verificamos que nações como Chile, Argentina, Uruguai, Peru, Venezuela, nesta ordem, têm um PIB por pessoa maior que a do Brasil em 2013, mesmo que o tamanho dos seus PIB's seja igual ou menor que alguns Estados brasileiros.

Aumentar o PIB per capita, significa aumentá-lo mais que proporcional o aumento da população, é a nova teoria do crescimento econômico que irá explicar por que isto acontece.

A nova teoria do crescimento sustenta que o PIB real per capita cresce devido às escolhas que as pessoas fazem em busca do lucro e que o crescimento pode persistir indefinidamente. Paul Romer, da Universidade de Stanford, desenvolveu essa teoria durante a década de 1980, mas as ideias básicas dela remontaram ao trabalho de Joseph Schumpeter durante as décadas de 1930 e 1940 (PARKIN, 2009 p.566).

Os grifos são dos autores, e demonstram uma nova forma de olhar para a produção dos bens econômicos, pois na teoria dos neoliberais, o crescimento não pode persistir indefinidamente, para eles existiam períodos que ocorriam uma interrupção do crescimento, sem saber explicar a razão deste fato.

Fatores de produção como “conhecimento” e “Instituições” não eram considerados, pois eles acreditavam que os homens tomavam ações racionais, pensavam igual com ética e honestidade, não eram oportunistas e por sorte descobriam novas técnicas e produtos que geravam crescimento, mas acreditavam que este fato ocorria por acaso.

Mas no mundo real, os homens pensavam diferentes, tomavam muitas decisões emocionais e muitos não eram nem éticos, nem honestos e em grande maioria oportunistas, daí a importância de Instituições maduras para evitar ou diminuir os conflitos, que prejudicam a produção de bens, diminuindo o crescimento econômico. Esta nova corrente do pensamento econômico, os neo-institucionalistas (Coase, North Williamson e outros), foram fundamentais para respaldar a nova teoria do crescimento econômico (Paul Romer e outros neo-chumpeterianos), que utilizam dois fatos da “economia de mercado”: a) as descobertas resultam de escolhas. b) as descobertas levam ao lucro, e a concorrência destrói o lucro.

Para entender a importância do lucro para o crescimento econômico real per capita, temos que afastarmos de antigas doutrinas econômicas de origem grega platônica (socialismo) ou aristotélica (intervencionismo), que viam o lucro (riqueza) como um mal em si mesmo.

A atitude filosófica conduz, enfim, ao desprezo da riqueza. Eis como o exprime Platão “O ouro e a virtude são como dois pesos colocados nos pratos de uma balança, de tal modo que um não pode subir sem que desça o outro”.

A felicidade reside na virtude; a riqueza é um obstáculo à felicidade; logo, deve-se desistir de obtê-la (HUGON, 1995, p.32).

Assim, só ocorre o crescimento econômico real per capita quando as pessoas têm liberdade de escolhas e que suas descobertas são protegidas pela propriedade intelectual e material, através da “segurança jurídica” imposta pelo Estado de Direito, através das Instituições maduras que protegem o Indivíduo de oportunistas, inclusive o Estado.

Voltando para a nova teoria do crescimento econômico, lembramos que esta teoria se fundamenta em dois fatos sobre a economia de mercado, primeiro as “descobertas e escolhas”, não ocorrem por acaso, como acreditavam os neoliberais, mas pelas escolhas que as pessoas físicas ou jurídicas fazem. A quantidade e intensidade dessa busca irá determinar a velocidade das novas descobertas. Nesta escolha quantitativa e qualitativa dos fatores será determinada a intensidade das mudanças tecnológicas.

O lucro é o estímulo da mudança tecnológica. “As descobertas levam ao lucro e a concorrência destrói o lucro”.

Schumpeter usou a expressão “destruição criativa” pela primeira vez em 1942, para se referir à maneira como os produtos e métodos capitalistas inovadores estão constantemente tomando o lugar dos antigos (COSTA, 2012).

Como as forças da concorrência diminuem o lucro, a maneira de sobreviver é manter o lucro real e para obtê-lo são necessárias permanentes buscas de novos métodos de produção de custos menores e melhores bens econômicos, em que os consumidores estarão dispostos a pagarem mais alto pela novidade. Ampliar o mercado de compradores é uma maneira de aumentar as vendas, diminuir os custos, diminuir os preços e aumentar os lucros.

Deve-se destacar que uma maneira de aumentar o lucro é vendendo bens econômicos para mais pessoas, este fato indica que o lucro contribui para que elas fiquem com suas necessidades atendidas, não importando onde morem, nem para o “lucro” nem para as “pessoas” que mesmo sendo de nacionalidades diferentes, têm necessidades iguais. Assim, a Globalização de mercado é uma maneira de aumentar o lucro real e atender as necessidades de uma maior quantidade de pessoas.

Mas como já tinha alertado Schumpeter (1997), os inovadores podem manter o lucro por vários anos, com registro de patentes ou direito autoral, no entanto, mais cedo ou mais tarde, uma nova descoberta cria um bem econômico semelhante e os lucros reais desaparecem.

Para a sua sobrevivência, uma empresa precisa de novos lucros reais e só vai obtê-los com novas invenções, que levam a mais bens econômicos que irão atender mais necessidades humanas de maneira quantitativa e qualitativa.

Por maior que a necessidades humanas sejam atendidas, sempre haverá a escassez, porque sempre desejamos um padrão de vida mais alto. A escassez é o estímulo permanente para a sociedade buscar cada vez mais uma melhor e maior qualidade de vida.

Na busca de um padrão de vida mais alto, as sociedades humanas desenvolvem sistemas de incentivos – direitos de propriedade e trocas voluntárias nos mercados – que permitem às pessoas lucrar com a inovação.

A inovação leva ao desenvolvimento de novas técnicas de produção e novos e melhores produtos (PARKIN, 2009, p. 567).

A nova teoria do crescimento econômico continua explicando que, na busca de produzir novos bens econômicos (produtos e serviços), novas unidades de produção (empresas) serão implantadas, e muitas antigas encerrarão suas atividades, novas profissionalizações serão criadas com melhor remuneração pela eficiência e eficácia que geram, enquanto outras profissões deixarão de existir.

Novos e melhores empregos e produtos levam a mais bens e serviços de consumo e, combinados com mais lazer, levam a um padrão de vida superior. Entretanto nossas necessidades insaciáveis continuam presentes, de modo que o processo prossegue em círculos de necessidades, incentivos, inovações e novos e melhores produtos e um padrão de vida cada vez mais alto (PARKIN, 2009, p. 568).

Esta nova teoria destaca que os muitos tipos de conhecimento são um fator que nenhuma pessoa pode ser excluída, ainda mais que a utilização do conhecimento não impede a utilização por outras ao mesmo tempo, ou seja, desafia a lei da física, a da impermeabilidade, onde dois corpos não podem ocupar o mesmo lugar. Estas propriedades são denominadas pelos economistas de bens de capital público como, por exemplo, a justiça, tipos conhecimento.

Segundo OCDE (2008, p. 32-33) “é o transbordamento dos benefícios da inovação (externalidades positivas), o fato de que o retorno social da inovação é geralmente mais alto do que o retorno privado (clientes e concorrentes se beneficiam das inovações de uma empresa)”.

Outra importante indicação feita por esta teoria, e que a faz diferenciar-se de todas as outras desenvolvidas até então, é a observação que o fator conhecimento não está sujeito a rendimentos decrescentes. Os rendimentos decrescentes ocorrem na produção dos bens econômicos, quando um fator de produção é fixo (tamanho da fazenda de café) e outro fator de produção variável (adubo), a cada porção de adubo colocado na terra maior a produção de café até a uma determinada quantidade, depois a quantidade de adubo passa a ser prejudicial e a produção irá diminuir, este fato que os economistas chamam de rendimentos decrescentes. No caso do fator conhecimento, quanto “maior” faz com que os outros fatores de produção sejam mais produtivos de forma crescente e permanente. Não existe a interrupção do crescimento econômico quando se utiliza o fator de produção “conhecimento” geradora da “inovação”.

Segundo Schumpeter (1997), as pesquisas que levam as descobertas e o conhecimento, quando transformados em novas atividades produtivas lucrativas são chamados de inovação. Como os geradores da inovação são públicos e ilimitados, a inovação também o é.

De acordo com Bresciani (2004, p.7), pode-se pensar em inovação do fator trabalho inovação do fator empresarial, inovação dos recursos naturais, inovação da tecnologia, inovação do capital, ainda inovação do processo de produção e serviços”.

Deve-se salientar que após Schumpeter (1997) das décadas de 1930 e 1940, os economistas da década de 1980 em diante, conhecidos por neo-schumpeteriano ajustaram alguma de suas hipóteses como adaptaram esta teoria aos países subdesenvolvidos. Para os atuais economistas as novas pesquisas indicam que a inovação não é aleatória; ela surge de uma série de ações de busca, imitação e experimentação. Ela está no centro da sobrevivência e do crescimento das unidades de através da geração do lucro real, denominado por alguns economistas de lucro puro, que significa um lucro superior ao lucro de manutenção, com objetivo de seu excedente ser aplicado em pesquisa para gerar novos conhecimentos, novas inovações, novos lucros puros. Importante também a indicação feita pelos neo – schumpeteriano que o estímulo para inovação é originado tanto da demanda como da oferta.

Sondando o mercado, o empresário verifica o que o público quer consumir e gera novos produtos, aperfeiçoa os existentes e adota processos mais eficientes. A partir de condições internas de oferta, as tecnologias criam novas necessidades, induzindo a demanda de novos produtos, ou de produtos existentes ligeiramente modificados, ou de melhor qualidade (DORSI, 1988).

A boa notícia da nova teoria do crescimento econômico é que ela contradiz a teoria malthusiana que afirma o fim da qualidade de vida que temos hoje, ou seja, o fim da atual prosperidade que hoje vivenciamos. A nova teoria afirma que a prosperidade é ilimitada, não tem fim. Outra diferença entre as duas teorias é em relação ao aumento populacional, para os malthusianos este aumento é parte do problema do crescimento econômico por pessoa, já para os teóricos da nova economia não é problema, mas solução.

Uma população maior leva a mais necessidades, mas também a mais descobertas científicas e avanços tecnológicos. Assim, em vez de ser a fonte da redução do PIB real per capita, o crescimento populacional leva a um crescimento rápido da produtividade e um PIB real per capita crescente. Os recursos são limitados, mas a imaginação e a capacidade humana de aumentar a produtividade são ilimitadas (PARKIN, p. 586).

Considerando todos os estímulos para o crescimento econômico, ele só cresce com a poupança, responsável pelo investimento (aumento) dos fatores de produção ou recursos produtivos que foram descritos no início deste artigo como: capital humano, recursos patrimoniais, estoque de conhecimento e instituições.

Com a mesma importância dada pelos Institucionalistas, Schumpeter considera como um novo fator de produção as instituições eficientes. Enquanto os primeiros destacam as instituições responsáveis pela segurança jurídica, o segundo as instituições financeiras, fornecedoras de crédito e o meio social cultural progressista que estimulam a inovação.

Na visão de Souza (2009, p.132), o processo de produção Schumpeteriano envolve a combinação de forças produtivas formadas pelos fatores de produção capital (K), pelo trabalho (L), pelos recursos naturais (N), pelas inovações (S) e pelas instituições maduras (E). A função de produção especifica-se como: $Y = f(K, N, L, S, E)$.

As Fontes do Crescimento Econômico dependem do potencial dos recursos produtivos que podem ser indicados pela função agregada da produção que é representada pela fórmula $Y = f(K, N, L, S, E)$.

O crescimento econômico da produção de bens e serviços, que representa o mesmo valor do crescimento da renda agregada nacional decorre das variações na quantidade e qualidade dos fatores (recursos) de produção como o **K = Capital** através do aumento no estoque de capital ou na capacidade produtiva; melhoria tecnológica, que aumenta a eficiência na utilização do estoque de capital; eficiência organizacional, ou seja, eficiência na alocação e combinação dos capitais.

Em relação ao **N = Recursos Naturais** denominados atualmente **ambientais** através do aumento dos recursos naturais renováveis e da ecoeficientes na extração dos não renováveis.

O **L = Trabalho** denominado de **Capital Humano** através da melhoria da produtividade através da educação, especialização e treinamento e do Pleno emprego.

Quanto ao **S = Estoque de Conhecimento** através do aumento quantitativo e qualitativo das Instituições de Educação Superior – IES's e o aumento dos Institutos de Pesquisa;

E por fim, o **E = Instituições** através do aumento das Instituições fundamentadas pela busca da inovação; aumento quantitativo e qualitativo das Instituições Jurídicas, e o aumento quantitativo e qualitativo nas Instituições socioculturais progressistas.

A complexa combinação e utilização plena dos fatores acima descritos é que irão ser responsáveis por toda produção nacional, ou seja, pelo Produto Interno Bruto – PIB que representa tudo que foi produzido dentro da Nação, ou por empresas nacionais ou estrangeiras localizadas no território Nacional. O valor monetário (geralmente dólar) que representa este PIB é o mesmo valor da Renda Bruta. Tudo que é produzidos pelas Unidades de Produção irão gerar bens econômicos que seus valores monetários serão igual aos valores monetários da rendas recebidas pelas Unidades Familiares. O aumento do PIB representa o aumento quantitativo e qualitativo destes fatores de produção.

Esta complexidade que leva ao aumento da produção cria uma variedade de conflitos que devem ser administradas para serem minoradas, facilitando o aumento sustentável do PIB, daí pode-se imaginar a importância de Instituições Jurídicas na gestão da segurança jurídica para todos os agentes econômicos envolvidos no aumento da produção e distribuição dos bens econômicos.

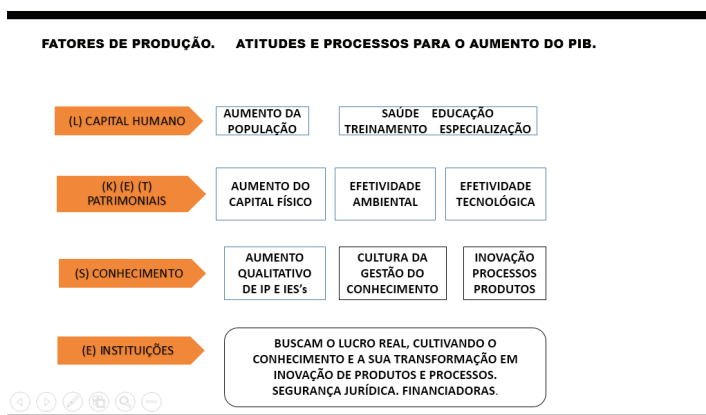


Figura 4. Modelo da Nova Teoria do Crescimento Econômico

Fonte: Elaborado pelos autores.

4. A Insegurança Jurídica do Brasil

Muitos estudos têm demonstrado o quanto a Insegurança Jurídica tem em muito prejudicado o crescimento econômico brasileiro. O prêmio Nobel de Economia em 1993, Douglass North, já indicava o Brasil como um país prejudicado no seu crescimento econômico causado pela insegurança jurídica.

A mais simples forma desta confirmação é como vimos no título anterior que o crescimento econômico depende do aumento qualitativo e quantitativo dos fatores de produção, e dentre eles o estoque de conhecimento, recurso decisivo para ou aumento do PIB per capita, pois ele é a matéria prima para a inovação, única condição do crescimento do PIB per capita real.

A inovação de acordo com a teoria neo-schumpeteriana, é o conhecimento que gera lucro, e para que ocorra, são necessários conhecimento, empresários empreendedores e banqueiros que não temem o risco. Os banqueiros podem ser substituídos pelo lucro puro ou real.

Neste novo ciclo econômico, o ciclo do conhecimento, é a inovação que explica a distância das Nações ricas e pobres, ou seja, as desenvolvidas das subdesenvolvidas per capita.

Os países ricos com estoque inicial de conhecimento maior crescerão mais do que os países pobres, porque cada unidade capital investido aumenta tanto o estoque de capital físico, como o nível de tecnologia da economia e a produtividade marginal do capital. Além disso, as diferenças de tecnologia tendem a gerar importantes economias externas nas regiões dos países ricos, gerando efeitos desfavoráveis nos países e regiões pobres (ROMER, 1994, p.7 e 9).

Para o aumento de qualquer fator de produção, é necessário investimento que só é possível quando existe poupança, não existe nenhuma maneira conhecida até hoje, de investir sem que ocorra a poupança. Como é fundamental o investimento para que ocorra o Crescimento Econômico, importante saber como obtê-lo. É através da poupança que ocorre com um sacrifício de uma necessidade no presente para a produção de mais bens econômicos no futuro, desde que este sacrifício seja investido em fatores de produção, que com seu aumento fará crescer a produção de bens econômicos de consumo no futuro.

Mas o tamanho do sacrifício no presente muda de Nação para Nação, em função de muitas variáveis, entre elas as culturais, as intelectuais, da quantidade de fatores de produção já acumulados na sua história, o estoque de conhecimentos e o amadurecimento das Instituições. Outras variáveis como saúde, educação, segurança são também importantes para gerar poupança. A relação do que é produzido e a quantidade de necessidades a serem atendidas também são fatores importantes para a poupança, pois se a produção é pequena em relação às necessidades de um povo, mais difícil fica o ato de poupar.

Para produzir novos fatores, qualificá-los e inová-los, é preciso consumir menores quantidades no presente a fim de consumir melhores no futuro; e a *poupança* é a única condição para o crescimento. Pela importância do conceito científico, vale tomar como exemplo toda a produção de um país (PIB), como sendo um saco de arroz; neste caso, a única forma de crescimento é transformar parte do saco de arroz em sementes (fator de produção) para o plantio (o não consumido foi poupado). O restante pode-se consumir ou exportar (bens de consumo). Quanto maior a poupança (sementes para o plantio) maior o investimento (plantio de sementes) e maior será o crescimento econômico (ALMEIDA, 2009, p. 14).

A importância da segurança jurídica para o ato de poupar e investir fica tácita no exemplo acima, pois as pessoas só farão sacrifício no presente na certeza do benefício no futuro. Sem esta certeza a poupança tende a não existir e quando existe irá procurar investir onde ocorre a garantia jurídica dos valores definidos pelo mercado, como a garantia da propriedade privada, da liberdade de escolha, da não intervenção do Estado, enfim, de um ambiente onde os contratos sejam respeitados no presente e futuro.

O Estado de Direito é a condição para que ocorra investimento, principalmente o investimento intensivo e de alto risco como a inovação.

No Estado de Direito, porém, a segurança jurídica não decorre apenas da estabilidade, certeza, previsibilidade e calculabilidade do ordenamento jurídico positivo, mas também do respeito a esses preceitos gerais na sua interpretação e aplicação pelo Judiciário. Mais especificamente, a segurança jurídica requer que esses preceitos sejam respeitados em quatro dimensões da atuação de Justiça (PINHEIRO, 2005, p.3).

Mas a poupança inteligente, a poupança geradora do investimento em inovação, representa altos valores e dispostos a altos riscos, para tal as necessidades das garantias jurídicas, como também de legislações hodiernas que facilitem as exportações, pois para ocorrer o lucro real, são necessários muitos consumidores, e estes se encontram além das fronteiras geopolíticas da localização das unidades produtoras.

Armando Pinheiro evidencia que a insegurança jurídica dificulta as relações econômicas, porque as bases onde se calcam ficam instáveis; os seus efeitos, mais difíceis de prever, e os custos e benefícios, mais complicados de calcular. E continua dizendo que existem três reações possíveis a essas incertezas, todas elas implicando sacrifício da eficiência econômica, seja na não realizar as transações que têm alto nível de risco, abrindo-se mão dos ganhos que elas poderiam gerar; ou realizá-las de outra forma, reduzindo apenas parcialmente o ganho obtido, ou ainda, compensar a baixa segurança com o uso mais intenso das instituições jurídicas disponíveis, consumindo mais recursos no atividades-meio.

O empreendedor investidor considera a segurança jurídica de um país com o enfoque da definição e de proteção dos direitos de propriedade e os custos de transação.

Como afirma Pinheiro (2005), o papel do Estado é assinalar e proteger os direitos de propriedade que é habilidade de se dispor de maneira absoluta, no todo ou em parte, dos bens que possui, ou dos serviços e benefícios que elas podem produzir, desde que sem conflitar com o que é proibido pela legislação.

Os custos de transação estudada por Coases, ganhador do prêmio Nobel de Economia de 1991, observa que estes custos estão para a Economia como o atrito está para a Física: quanto maiores forem mais esforço precisará ser realizado para se obter o mesmo resultado.

De forma a realizar uma transação no mercado é necessário descobrir com quem se quer transacionar, informar às pessoas que se quer negociar e em que termos, conduzir negociações que levem a um acordo, redigir um contrato, monitorar o seu cumprimento de forma que os seus termos estão sendo respeitados, e assim por diante (COASE, 1988).

Pinheiro (2005), diz que além da presença de direitos de propriedade bem-definidos, a melhor maneira de o direito estimular a eficiência econômica é reduzindo os custos de transação. E continua afirmando que, essa é, claramente, uma das funções da segurança jurídica, na medida em que ela reduz os custos incorridos em “redigir um contrato e monitorar o seu cumprimento de forma a garantir que os seus termos estão sendo respeitados”. Considerem-se, separadamente, essas duas etapas: *ex-ante*, a redação do contrato, e, *ex-post*, se e quando sua execução for colocada em risco.

Como dito, vários são os motivos de um contrato não completo, como no caso de alguns dos riscos da transação não são explicitados no contrato, é neste momento que é importante a segurança jurídica, através de uma jurisprudência estável e previsível que, de um lado ajude as partes a remediar o contrato e, do outro, facilite a obtenção de uma solução para o conflito *sem necessidade* de recurso ao Judiciário. E Pinheiro (2005, p. 7), cita Gorga (2005) sobre a doutrina do *stare decisis*:

“[A] natureza de bem público do precedente fará com que terceiros se beneficiem do precedente sem terem para isso gasto recursos em processos judiciais”. Assim, nos próximos litígios, a existência de precedente eficiente induzirá a que as partes não entrem em conflito judicial, já que o precedente, com diz Barzel, tem a função de delinear direitos (de propriedade). As partes, sabendo do precedente, poderão resolver seus conflitos fora da corte (settlement), adotando as definições manifestadas no precedente.

Um país, como o Brasil, que não tem uma jurisprudência coerente, constante e previsível, a efetividade econômica (eficiência mais eficácia), será comprometido em função da maioria dos recursos produtivos serem escassos. Os custos de um litígio consomem muitos recursos que são desviados da produção para ser direcionados para advogados,

para o tempo e atenção das partes, para o aparelhamento de um Judiciário, pois são serviços altamente especializados, que utilizam de recursos desviados da produção de bens e serviços.

A falta de previsibilidade normativa estimula o uso indevido dos tribunais. Na ausência de uma jurisprudência bem estabelecida, os magistrados podem se ver às voltas com enorme carga de trabalho, pois cada caso terá que ser julgado individualmente, havendo incentivos fortes, para que todos os conflitos sejam levados à apreciação da Justiça, em vez de serem resolvidos entre as partes. Portanto, a jurisprudência, devidamente pacificada, dá agilidade aos tribunais, reduzindo a carga de trabalho resultante das demandas repetitivas e liberando os magistrados para se dedicarem a casos singulares (PINHEIRO, 2005, p. 8).

O Brasil, nesta primeira quinzena do século XXI, comprova esta afirmação de Pinheiro (2005), o que resulta em um Judiciário moroso, ineficiente e ineficaz, o que consolida a insegurança jurídica de nosso país. A consequência é um país com os juros, os preços dos bens e serviços econômicos elevados, para pagar os custos da insegurança jurídica.

O resultado é uma distorção do sistema de preços e juros, brasileiros, que diminui a eficiência da utilização dos recursos produtivos e compromete todo o desempenho da economia nacional, dificultando em muito a possibilidade de vencer a concorrência internacional de países com estabilidade e segurança jurídica.

Outro fator que contribui para a insegurança jurídica no Brasil é sua morosidade. De acordo com Castelar, quando participava do ciclo de debates “Justiça e Economia” promovida em 2007 pelo Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial – ETCO, afirmou que a maioria dos julgamentos no Brasil é desnecessária, pois se refere à mesma causa. Continua dizendo que a metade (58%) dos mais de 100 mil processos que havia em 2007 em trâmite no Supremo Tribunal Federal (STF) tratavam de apenas 45 temas. Um levantamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), na mesma época indicava que 62% dos processos têm a Caixa Econômica Federal, o INSS e a União como parte e termina afirmando que uma mesma causa é julgada dezenas e milhares de vezes no Brasil. Para Castelar, a maior parte desses casos deveria passar a ser resolvida na primeira instância, especialmente aqueles que já tiveram decisões semelhantes, uma vez que se trata de jurisprudência pacificada (ETCO, 2008).

Pesa também na insegurança jurídica brasileira, a maneira em que os juízes tomam suas decisões. Como entendem o poder Judiciário na solução dos conflitos. Quem deve ser protegido e quem deve ser penalizado, independente da definição legal.

O maior peso desse custo Brasil está na predominância das decisões judiciais consequencialistas sobre os formalistas. As primeiras consideram as consequências sociais, políticas e econômicas de suas decisões, na sua pessoal visão ideológica, religiosa e política.

Já os formalistas dão valor à coerência formal de suas decisões em relação ao texto da lei. Não se consideram responsáveis pelas consequências práticas da sentença, pois entendem que o responsável para fazer leis e suas consequências é o Poder Legislativo (ALMEIDA, 2012, p. 311).

No encontro ETCO citado, Castelar apresentou uma pesquisa que realizou em 2003, em parceria do cientista político Bolívar Lamounier e a Professora Maria Tereza Sadek, a qual demonstra que 80% dos magistrados disseram que o juiz tem papel social, mesmo ao custo de violar contratos. Do ponto de vista da segurança jurídica, afirma Castelar, “é problemático que as instituições em tese encarregadas de defender a segurança jurídica sejam aquelas que menos acreditam que esse é seu papel principal” (ETCO, 2008).

5. Conclusões

Considerando que o Crescimento Econômico per capita de um país só ocorre contemporaneamente com o aumento dos fatores de produção, notadamente com o aumento do estoque de conhecimento;

Considerando que a nova teoria do crescimento econômico per capita, elege a inovação como o fator de gerador de produção de bens e serviços em uma velocidade que compensa os rendimentos decrescentes dos outros fatores (PARKIN, 2009);

Considerando que a nova teoria, diferente da teoria malthusiana, acredita que uma população maior leva a mais necessidades, mas também a mais descobertas científicas e avanços tecnológicos. Assim, em vez de ser uma fonte de redução do PIB real per capita, o crescimento populacional leva ao crescimento mais rápido da produtividade e a um PIB per capita crescente. Os recursos são limitados, mas a imaginação e a capacidade humana de aumentar a produtividade são ilimitadas (PARKIN, 2009);

Considerando que essa teoria é estimulada pelo aumento das necessidades humanas, nacionais e internacionais, justificando a importância de infraestruturas modernas e políticas econômicas que estimulem as exportações;

Considerando que a inovação é resultado de empreendedores inovadores (resultado de investimentos na cultura e educação), de estoque de conhecimento (resultado investimentos em Universidades e Institutos de Pesquisa) e abundância de capital de alto risco e de longo prazo (resultado de estímulo a poupança destemida e lucros reais);

Considerando a inovação o diferencial dos países desenvolvidos e subdesenvolvidos na era do conhecimento;

Considerando que, para ampliar os recursos produtivos, é necessário o investimento nestes fatores;

Considerando que o investimento só ocorre se existir poupança;

Considerando que o Brasil não tem poupança suficiente para o aumento dos fatores, principalmente do fator conhecimento, matéria prima da inovação;

Para o Brasil caminhar para ser desenvolvido tem necessariamente que atrair a poupança internacional ou poupança de brasileiros que estão no exterior, para o investimento em recursos produtivos e infraestrutura.

Esta poupança aplicada em investimentos de longo prazo na produção de bens econômicos agregados com inovação, só irá para países onde ocorre “segurança jurídica”, que não é o caso do Brasil hodierno.

Nossa proposta é criar uma zona livre do direito público brasileiro, onde os agentes econômicos públicos e privados teriam a liberdade de arbitrar pela justiça privada através a arbitragem ou da justiça pública do país em que sentiria maior segurança jurídica para seus contratos.

A “Zona Livre de Arbitragem” implantada na Região Metropolitana da Baixada Santista, pelas suas qualificações atuais: do maior porto marítimo brasileiro, pelo polo de inovação na área de tecnologia, pelo polo industrial de Cubatão e pela sua posição geoeconômica e geopolítica.

Claro que uma proposta deste porte terá que passar pelo Congresso Nacional, mas não será novidade, se associarmos à Zona Franca de Manaus que foi criada pelo Decreto-Lei 288/1967.

Através de uma política jurídica e econômica, com inovação, para o Brasil desta quinzena do século XXI é que poderemos deixar de ser um país subdesenvolvido e viver o estágio de um país desenvolvido nas próximas gerações, onde as diferenças deixarão de ser geopolíticas para serem geomentais, e as mentes que gerarem mais inovação serão as que irão contemplar as necessidades das gerações futuras.

6. Referências

- ALMEIDA, L. C. B. **Introdução ao Direito Econômico**. 4ª. Ed.. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ALMEIDA, L. C. B. **Custo Brasil x (IN) Segurança Jurídica**. *Revista Jurídica Consu-lex*. Brasília. Ano XIII – n. 306, p. 14-15, 15 out. 2009.
- BANCO MUNDIAL. **Relatório sobre desenvolvimento mundial 2012**. Washington: Banco Mundial, 2013.
- COSTA, F. N. **O Profeta da Inovação: Joseph Schumpeter e a Destruição Criativa**. Posted on 23/12/2012. Disponível em: <<https://fernandonogueiracosta.wordpress>.

- com/2012/12/23/o-profeta-da-inovacao-joseph-schumpeter-e-a-destruicao-criativa-2/>. Acesso em: 15 de jan. 2015.
- DORSI, G. **Sources, procedurs and microeconomic effects of innovations.** Journal of Economic Literature, v. XXVI, p. 1120-1171, sept. 1988.
- ETCO – Instituto Brasileiro Concorrencial. **Direito e Economia.** São Paulo: Saraiva, 2008.
- FMI - International Monetary Fund (2013). **PIB per capita.** Washington: FMI, 2014. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/List_of_countries_by_GDP_%28PPP%29_per_capita>. Acesso em: 14 de jan. 2015.
- HUGON, P. **História das doutrinas econômicas.** São Paulo: Atlas, 1995.
- OCDE: **Manual de Oslo:** Proposta de Diretrizes para Coleta e Interpretação de Dados sobre Inovação Tecnológica, 3. Ed. 2005 (traduzido para o português pela FINEP).
- NORTH, C. D. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance.** Cambridge: Cambridge University Press, 1990.
- NUSDEO, Fabio. **Curso de economia:** introdução ao Direito Econômico. São Paulo: RT, 2008.
- PARKIN, M. **Economia.** 8. ed. São Paulo: Addison Wesley & Pearson, 2009.
- Pereira, R.S.et al. **O ensino da “inovação” na administração, ciências contábeis, turismo e tecnologia em gestão: um estudo exploratório em instituições de ensino superior brasileiras.** Revista de Administração e Inovação, São Paulo. v.9 n.4, p.221-224, out-dez. 2012.
- PINHEIRO, A.C. **Segurança Jurídica, Crescimento e Exportações.** Instituto de Pesquisa Económica Aplicada - IPEA 2005 COMITÉ 22 IPEA texto para discussão | 1125 | out2005.
- ROMER, P. M. **Increasing returns and long-run growth.** Journal of Political Economy, v. 94, n.5, 1986.
- SCHUMPETER. Joseph Alois. **Teoria do Desenvolvimento Econômico Uma Investigação Sobre Lucros, Capital, Crédito, Juro E O Ciclo Econômico.** Tradução de Maria Sílvia Possas. Sao Paulo: Editora Nova Cultural Ltda, 1997.
- SUZIGAN, W. ; ALBUQUERQUE, E.M.; CAIRO. S.A.F. (org.). **Em busca da inovação:** interação universidade-empresa no Brasil. Belo Horizonte: Autêntica, 2011.