REFLEXÕES ACERCA DO DIREITO EMPRESARIAL E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Organizado por:

Marcia Carla Pereira Ribeiro e Vinicius Klein

GEDAI

As publicações do Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial – **GEDAI** – são espaços de criação e compartilhamento coletivo, que, visando à facilidade de acesso às suas obras, disponibiliza-as gratuitamente para *download*. Tornando-se, dessa forma, mais uma alternativa para a publicação de pesquisas acadêmicas.

Seu Conselho Editorial conta com a presença dos professores:

GEDAI
Conselho Editorial

Allan Rocha de Souza – UFRRJ/UFRJ
Carla Eugenia Caldas Barros – UFS
Carlos Affonso Pereira de Souza – ITC/Rio
Carol Proner –UFRJ
Dário Moura Vicente – Univ.Lisboa/Portugal
Denis Borges Barbosa – IBPI/Brasil
Francisco Humberto Cunha Filho – Unifor
Guillermo P.Moreno– Univ.Valência/Espanha
José Augusto Fontoura Costa – USP
José de Oliveira Ascensão – Univ.Lisboa/Portugal
J. P. F. Remédio Marques – Univ.Coimbra/Portugal
Karin Grau-Kuntz – IBPI/Alemanha
Luiz Gonzaga S. Adolfo – Unisc/Ulbra
Leandro J. L. R. de Mendonça – UFF
Márcia Carla Pereira Ribeiro – UFPR
Marcos Wachowicz – UFPR
Sérgio Staut Júnior – UFPR
Valentina Delich – Flacso/Argentina

Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial
GEDAI
Prefixo Editorial 67141
Coordenador/Líder
Marcos Wachowicz

Endereço:
UFPR – SCJ – GEDAI
Praça Santos Andrade, n. 50
CEP: 80020-300 - Curitiba – PR
E-mail: gedai.ufpr@gmail.com
Site: www.gedai.com.br

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira e KLEIN, Vinicius (organizadores)
REFLEXÕES ACERCA DO DIREITO EMPRESARIAL E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO /

1ª ed. (ano 2014) Curitiba: GEDAI-UFPR, 2014

1. Direito Empresarial. 2. Título

Edição em formato digital

Disponível em: www.gedai.com.br
ISBN: 978-85-66079-07-4

Esta obra é distribuída por meio da Licença

Creative Commons 3.0

Atribuição/Uso Não-Comercial/Vedada a Criação de Obras Derivadas / 3.0 / Brasil

Organizadores:

Marcia Carla Pereira Ribeiro

Vinicius Klein

Colaboradores:

Anne Ruppel
Antenor Demeterco Neto
Caroline Sampaio de Almeida
Dayane Rocha de Pauli
Eduardo Oliveira Agustinho
Egon Bockmann Moreira
Felipe Braz Guilherme
Frederico E. Z. Glitz
Gabriel Bungenstab Coutinho
Gabriela Destefani
Giovani Ribeiro Rodrigues Alves
Idevan César Rauen Lopes
José Osório do Nascimento Neto
Luciano Benneti Timm
Luiz Daniel Rodrigues Haj Mussi
Madian Luana Bortolozzi
Marcia Carla Pereira Ribeiro.
Mariana Almeida Kato
Marilia Pedroso Xavier
Maurício Vaz Lobo Bittencourt
Mayara Isfer
Mírian Campos Moraes Silva
Nayara Tataren Sepulcri
Oksandro Gonçalves
Pedro Costa Einloft
Rafael Augusto Firakowski Cruz
Renato Caovilla
Ricardo Siqueira de Carvalho
Sabrina Maria Fadel Becue
Vinícius Klein
William Soares Pugliese

Apresentação

O livro Reflexões Acerca do Direito Empresarial e a Análise Econômica do Direito é, em grande parte, fruto da atividade de pesquisa realizada nos anos de 2011 e 2012 sob os auspícios do Núcleo de Direito Empresarial Comparado- NEMCO, no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

Foram vários os meses em que grande parte dos autores aceitou o desafio de participar de reuniões mensais, normalmente aos sábados, nas quais discutíamos textos e promovíamos debates que permitiram a todos nós expor nossos pensamentos e indagações sobre questões que nos são extremamente caras em nossos estudos teóricos e também em nossas atividades profissionais.

Outros dos artigos que compõem este livro foram-nos apresentados por autores consagrados na área do Direito Empresarial, do Direito Econômico e da Análise Econômica do Direito e constituem contribuições riquíssimas para o aprimoramento do pensamento crítico para com temas que interessam aos pesquisadores e à sociedade brasileira.

E como tudo de bom que pode ser feito pode ainda ser melhor, nos aliamos à sociedade civil, na forma de uma estreita colaboração entre o NEMCO e a Associação Paranaense de Direito e Economia, nossa parceira e colaboradora no empreendimento.

E ainda, cabe-nos agradecer aos pesquisadores, professores e administradores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná que nos cederam seu tempo e o espaço para a realização de alguns de nossos encontros e reuniões científicas.

Esta é uma obra realmente coletiva, desprovida de objetivos de enaltecimento individual, universal na escolha de seus colaboradores – de professores doutores até alunos de graduação – forte ao reunir integrantes dos Programas de Pós-Graduação em Direito da UFPR e da PUCPR, engajada ao convidar a sociedade civil – representada pela ADEPAR- a se aproximar de uma iniciativa que principiou apenas de cunho acadêmico.

Esta é uma obra voltada à realidade de nosso país, dividida em subtemas fundamentais como Propriedade Industrial, Direito Societário e Concorrência, Contratos Empresariais e Arbitragem, Direito Falimentar, Direito Administrativo e Tributário, todos tendo por fio condutor dos trabalhos a ferramenta da Análise Econômica do Direito, seja ela tomada como teoria, ou simplesmente pela coragem de se tomar temas clássicos do Direito Privado e do Direito Público sob o olhar da eficiência, sem a qual nossa ânsia de desenvolvimento pode chocar-se com as facilidades geradas pelo discurso demagógico.

Por fim, foi essencial para esta publicação a parceria com o GEDAI – Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial, grupo de pesquisa da UFPR – Universidade Federal do Paraná que viabilizou a publicação deste livro.

Nossa pretensão é ter contribuído para a formação do pensamento de todos aqueles que nos acompanharam nas atividades do NEMCO, assim como ter aproximado pensadores de diferentes ambientes e formações.

Agora é a hora de compartilhar os resultados, por meio desta obra que estamos lançado e na qual acreditamos.

Os coordenadores

Sumário

PARTE 1 – Propriedade Industrial

Análise Econômica da Propriedade Intelectual:Commons vs. Anticommons
Luciano B. Timm e Renato Caovilla 11

Regulamentações do Sistema Brasileirode Proteção à Propriedade Intelectual
Dayane R. de Pauli e Maurício V. L. Bittencourt 50

Patentes: Função ou Disfunção Social?Análise Econômica Sobre os Custos do Sistema Patentário
Nayara T. Sepulcri,Giovani R. Rodrigues Alves e Maurício V. L. Bittencourt 93

(In)Efetividade da Lei de Inovação naTransferência de Tecnologia Produzida em Universidades
Madian L. Bortolozzi,Gabriela Destefanie Maurício V. L. Bittencourt 123

PARTE 2 – Direito Societário e Concorrencial

Análise Econômica do Direito e o Poder de Controle Externonas Sociedades Anônimas
Luiz D. R. Haj Mussie Ricardo Siqueira de Carvalho t162

A *Golden Share* e o Poder de Controle do Estadonas Sociedades Anônimas Privadas
Egon B. Moreirae Mariana A. Kato 189

A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI)sob a Perspectiva da Análise Econômica do Direito
Oksandro Gonçalves 224

O dogma da regra per se na análise do ilícito antitruste
Felipe Braz Guilherme 259

PARTE 3 – Contratos Empresariais e Arbitragem

A Opção pela Arbitragem como Medida de Salvaguarda para a Redução dos Custos de Transação
Eduardo O. Agustinhoe Rafael A. F. Cruz 331

Contratos Derivativos e sua Fiscalização
Anne Ruppele Idevan César Rauen Lopes 362

Comércio Internacional e a Jurisprudência Brasileira:o Exemplo da demora na devolução do Conteiner
Frederico E. Z. Glitz 393

Direitos Fundamentais versus Custos: o Dilema entre Direito e Economia no Caso Enem
Marilia P. Xaviere William S. Pugliese 423

PARTE 4 – Direito Falimentar

O Trespasse na Recuperação Judicial Sob a ótica dos Princípios da LRF da Interpretação dos Tribunais
Marcia Carla Pereira Ribeiroe Sabrina Maria Fadel Becue 449

Falências e Recuperações no AmbienteEconômico Contemporâneo Brasileiro
Márcia C. P. Ribeiro, Mayara Isfere Vinícius Klein 469

Os Efeitos da Mudança na Lei Falimentar Brasileira: uma Perspectiva Econométrica
Vinícius Kleine Pedro C. Einloft 501

PARTE 5 – Direito Administrativo e Tributário

Políticas Públicas e Participação Popular: o Déficit Democráticonas Agências Reguladoras Brasileiras
Antenor Demeterco Neto 527

A Eficácia Econômica da Tributação Aduaneira do Mercosul: arelação entre direito e economia na análise da tributação aduaneira do Mercosul
Mirian C. M. Silvae Mauricio V. L. Bittencourt 551

Política Comercial e a Instituição dosTributos Extrafiscais na Importação
Gabriel Bungenstab Coutinho 588

Notas Metodológicas para Avaliação de Políticas Públicasnos Investimentos de Infraestrutura Energética:um estudo a partir da análise econômica do direito regulatório
José Osório do Nascimento Neto 629

PARTE 1 – Propriedade Industrial

Análise Econômica da Propriedade Intelectual:

Commons vs. Anticommons

Luciano Benneti Timm[1]

Renato Caovilla[2]

Sumário:1. INTRODUÇÃO; 2. PRESSUPOSTOS TEÓRICOS; 2.1 A ABORDAGEM DE LAW AND ECONOMICS E A TRAGÉDIA DOS COMUNS (OU DOS BALDIOS) EM RELAÇÃO À PROPRIEDADE INTELECTUAL; 2.2 TEORIA RIVAL: ANTICOMMONS ou ANTI-BALDIOS; 3. AS IMPLICAÇÕES E AS EVIDÊNCIAS DA PROPRIEDADE INTELECTUAL NO BRASIL 3.1 A MOROSIDADE DO ESCRITÓRIO DE PATENTES BRASILEIRO – INPI; 3.2 A RELAÇÃO ENTRE PROPRIEDADE INTELECTUAL E PRODUTIVIDADE; 3.3 AÇÕES RECENTES ADOTADAS NO BRASIL; 4. CONCLUSÃO; 5. REFERÊNCIAS.

Ementa

A economia globalizada é caracterizada pela diminuição das fronteiras geográficas entre os agentes econômicos e países. O transporte de pessoas e bens – que teve redução de mais de 50% em seu custo nas últimas décadas – e, sobretudo, a tecnologia, foram os responsáveis por

[1] Pós Doutor U.C., Berkeley, EUA. Doutor em Direito dos Negócios pela UFRGS. Mestrado em Direito (LLM) na Universidade de Warwick, Inglaterra. Professor Adjunto da PUC-RS. Ex-Presidente da Associação Brasileira de Direito e Economia (ABDE) e Diretor do CBAr.

[2] Advogado associado a Carvalho, Machado, Timm & Deffenti Advogados. Foi assistente jurídico do Escritório de Gestão de Contratos e de Transferência de Tecnologia do Parque Tecnológico da PUCRS.

esse “achatamento do globo”. Não é mais a produção, mas a informação e o conhecimento os maiores responsáveis pelo desenvolvimento econômico de um país. Eis a era da “Economia do Conhecimento”. O capital intelectual, no final do século XX, despontou como o fator diferenciador do desempenho dos agentes econômicos e, por via reflexa, da economia de um país. A Era Industrial foi substituída pela Era do Conhecimento. Aquela era baseada em recursos físicos; a última, estriba-se no conhecimento. Mas como incentivar o processo de inovação? Cooter & Schaefer sugerem ser a aproximação entre os inventores da tecnologia (cientistas) e o financiamento. Cooter & Schaefer defendem que cada estágio do financiamento exige um determinado modelo de organização jurídica; o financiamento familiar requer um adequado direito de propriedade; um financiamento privado requer um bom direito contratual; e o financiamento público via mercado de capitais exige um eficiente direito societário e regulatório. Além disso, Cooter & Schaefer ensinam que a melhor política governamental voltada para o desenvolvimento é o investimento em infra-estrutura. Mas o desenvolvimento de um país depende, na era da Economia do Conhecimento, de outros dois elementos não salientados por Cooter & Schafer, a saber: a) de eficientes direitos de propriedade intelectual e sistema registral; b) associado a uma política governamental que invista em educação e pesquisa integrada à sua exploração mercadológica. O presente ensaio pretende, diante das premissas acima expostas, aprofundar estes dois requisitos do desenvolvimento econômico ainda não explorados por Cooter & Schaefer, ou seja, da propriedade intelectual como mecanismo de incentivo à inovação (ou não) e das políticas públicas incentivadoras à inovação, ambos aplicados ao caso brasileiro.

Palavras-chave: inovação – desenvolvimento – propriedade intelectual – políticas públicas – Direito e Economia

1. Introdução

Alguns países são mais ricos do que outros porque as suas economias crescem mais. Para fins de se alcançar o desenvolvimento econômico, o caminho mais adequado, de acordo com a teoria schumpeteriana (1985), em voga entre muitos economistas e aqui adotada como premissa, é o de que a inovação constitui-se em fator essencial para este desiderato.

Além disso, o desenvolvimento de inovações, conforme afirmado por Cooter e Schaefer (2006), resultaria do jogo praticado entre agentes a partir dos incentivos institucionais. Desse modo, boas instituições – entendidas aqui como conjunto de regras formais e informais (NORTH) – incentivariam inovações. Dentre essas instituições, os autores citados enfocam as instituições jurídicas e seu reflexo no desenvolvimento econômico por meio do estímulo à combinação entre financiamento e inovação. Cooter e Schaefer (2006) conferem especial destaque, nesse campo, ao direito contratual, aos direitos de propriedade e finalmente ao direito societário e de mercado de capitais.

Chama a atenção que Cooter e Schaefer (2006) não conferem nesse estudo, especial destaque à propriedade intelectual. Ainda que se possa admitir que seja esta uma forma de direito de propriedade, causa estranheza a ausência de referência específica a este ponto, até porque a literatura jurídica tradicional nos Estados Unidos relativa à propriedade intelectual costumeiramente reconhece a importância desses direitos para a promoção de pesquisa e desenvolvimento em novas tecnologias.

Com efeito, o mesmo Professor Robert Cooter (2003), em obra já clássica da abordagem de *Law and Economics*, defende que os direitos de propriedade intelectual destinar-se-iam a eliminar uma falha de mercado provocada pela dificuldade que o inovador tem de apropriar o valor social daquilo que produz. Trata-se da *non appropriability*, que é

derivada das características, assemelhadas aos bens públicos, das informações e das inovações baseadas nestas. É como se a propriedade intelectual viesse a resolver problemas da chamada “tragédia dos comuns” (*tragedy of commons*) – isto é, tendência à exaustão derivados do consumo de bens públicos ou quase públicos. Por essa razão, deve-se acreditar que, de acordo com essa mesma literatura, ainda que não referida expressamente, é a propriedade intelectual estímulo à inovação.

Essa abordagem da propriedade intelectual vem sendo rivalizada por críticos na Europa, dentre eles Hestermeyer e Mathews, com grandes reflexos no Brasil. São autores que afirmam que a propriedade intelectual e seu direito de exclusão e de exclusividade geram lucros extraordinários às companhias farmacêuticas e outras empresas de tecnologia às custas da limitação do acesso das populações carentes a bem essenciais. São autores que defendem, no âmbito internacional, uma interpretação do TRIPS (Acordo no Âmbito da Organização Mundial do Comércio sobre padrões mínimos de proteção da propriedade intelectual) à luz de Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos, Sociais e Econômicos no âmbito da ONU (Organização das Nações Unidas).

Vale dizer, as políticas públicas de saúde não poderiam ficar reféns dos direitos de propriedade intelectual. Mais, estes direitos de exclusão não trariam qualquer benefício à geração de inovação; ao contrário, traria estagnação tecnológica endógena do país, conforme demonstrado por Maristela Basso (2007). Seria, em linguagem de *law and economics*, a tragédia dos *anti-commons* (descrita mais adiante no trabalho).

Percebe-se, portanto, hoje no Brasil um intenso debate acerca do papel desempenhado pelos direitos de propriedade intelectual. Afinal, quem tem razão? É possível buscar dados empiricamente constatáveis

para comprovação das hipóteses científicas em debate para o caso brasileiro?

Do ponto de vista legal, não há como negar que o legislador brasileiro reconheceu na propriedade intelectual um meio idôneo para que fossem atingidos o desenvolvimento tecnológico e econômico do país.

Tal entendimento é corroborado pelo disposto no inciso XXIX, do artigo 5º, da Constituição Federal, ao reconhecer que "a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.".

No presente ensaio, pretende-se analisar os pressupostos teóricos, favoráveis e contrários à relação que há entre proteção dos direitos de propriedade intelectual e desenvolvimento de inovações, vale dizer, esclarecer os posicionamentos da literatura acerca de tal relação, delineando o marco teórico sobre o tema. Em uma segunda fase da pesquisa, ainda em construção, buscar-se-á dados e constatações empíricas, conforme metodologia ainda a ser definida (provavelmente quantitativa e qualitativa) sobre o tratamento brasileiro à inovação e sobre a relação propriedade intelectual e desenvolvimento.

Nesse trabalho, a constatação empírica da relação entre proteção da propriedade intelectual e geração de inovação e de desenvolvimento será feita mediante o aproveitamento de levantamentos governamentais sobre a matéria com o fim de buscar elementos para julgar a acuidade das teorias econômicas rivais e ainda outras pesquisas já publicadas.

Assim, o presente ensaio está dividido em duas partes. Na primeira, faz-se o debate sobre o tratamento conferido pela abordagem de *Law and Economics* ao tema da propriedade intelectual, versando sobre a possível ***tragédia dos comuns*** (ou tragédia dos baldios, conforme o jurista português Fernando Araújo) adveniente da inexistência de proteção. Ainda na primeira parte, consta uma das teorias rivais: a***tragédia dos anticomuns*** **(**ou tragédia dos anti-baldios, conforme o mesmo jurista Fernando Araújo).

Na segunda parte deste ensaio, há a constatação de implicações e dados brasileiros referentes ao tratamento conferido à inovação, o que servirá de base para o futuro debate sobre as evidências empíricas a serem colhidas no Brasil.

2. Pressupostos Teóricos

Por parte da literatura, a propriedade intelectual é considerada como o necessário incentivo para que alguém produza alguma coisa melhor ou que encontre um jeito melhor de produzir uma coisa antiga, afirma Cooter (2003). Vale dizer, a propriedade intelectual apresenta-se como um mecanismo de incentivos para que os agentes econômicos engajem-se em atividades de elevados custos e riscos de pesquisa e desenvolvimento (P&D).

Em sentido contrário, há os que defendam que a propriedade intelectual é considerada um entrave para o desenvolvimento de inovações, principalmente as subseqüentes àquelas já desenvolvidas. Isso, argúi-se, tem por conseqüência a sub-utilização da novidade protegida e, em decorrência, a perda de bem-estar para a sociedade como um todo. Aliam-se nessa linha de pensamento aqueles autores que defendem que a propriedade intelectual bloqueia o acesso a direitos

fundamentais, sobretudo os de saúde, dificultando políticas públicas governamentais.

2.1 A Abordagem de *Law and Economics* e a Tragédia dos Comuns (ou dos Baldios) em Relação à Propriedade Intelectual

Há na literatura jurídica norte-americana uma constante referência de que os direitos de propriedade intelectual ajudam a impulsionar o desenvolvimento da economia, por meio da concessão do direito exclusivo de criar, usar e explorar o objeto protegido, de acordo com Hettinger (1989).

Os autores norte-americanos argumentam que a proteção da propriedade intelectual confere o incentivo necessário para o aperfeiçoamento de tecnologias e idéias, tendo os inventores o direito de ser proprietários daquilo que criaram, com a possibilidade de se apropriar de seu valor social. Se esse incentivo econômico não for concedido, os agentes econômicos não terão a vontade e o emprenho necessários para inovar, tendo em vista que os concorrentes fiar-se-iam em suas descobertas, vale dizer, seriam "caroneiros" (*free-riders*) de seu desempenho.

De acordo com a definição de North (1994), as instituições de um país formam a estrutura de incentivos que recai sobre a sociedade. Especificamente, North (1994, p. 361) define as instituições como "(..) as regras do jogo, tanto formais quanto informais e, também, as suas características de eficácia. Juntas, definem a forma em que o jogo deve ser jogado (...)."

De acordo com a definição de Douglass North, as instituições de um país são um fator mais importante para o seu desenvolvimento do que as riquezas naturais, o clima favorável ou a agricultura. Afirma North (1994, p. 3) que "as instituições são as regras do jogo, tanto as formais quanto as informais e também as suas características de eficácia. Juntas, definem a forma em que o jogo deve ser jogado (...)."

Os agentes econômicos, ou os “jogadores” na expressão de North, são seres racionais que reagem à estrutura de incentivos representada pelas instituições. Uma das premissas adotadas pelo movimento de Direito e Economia é que os agentes econômicos reagem aos incentivos fornecidos pelo ambiente em que vivem e, ainda, que tais incentivos podem ser fornecidos pelo ordenamento jurídico.

Em assim sendo, as regras jurídicas, os tribunais e os órgãos registrais e regulatórios do governo compõem as instituições. Isso significa que se o ordenamento jurídico emitir sinais de que não protegerá os direitos de propriedade ou de que é ineficiente nesse campo, o resultado seria, seguindo aquela mesma literatura, a dissipação de rendas através da competição entre os agentes econômicos para se apropriarem (mais do que produzirem) dos escassos recursos existentes.

Nesse sentido, a fim de bem compreender a necessidade de um país contar com a adequada estrutura de incentivos capaz de estimular os seus cidadãos a alocar recursos, tempo e energia na atividade produtiva de inovações, cabe analisar a natureza destas.

Para tanto, há que se ressaltar a diferença existente entre bens públicos e bens privados, conforme o estabelecido pela ciência econômica (e não com base na classificação jurídica do Código Civil Brasileiro, que classifica os bens não a partir de sua natureza, mas de sua titularidade). Os bens públicos, economicamente considerados, assumem as características de não-rivais (não-disputável) e não-exclusivos.

Por não-rival, entende-se o bem em que, para qualquer nível específico de produção, o custo marginal de sua produção é zero para um consumidor adicional. Vale dizer, o custo adicional oriundo de uma pessoa a mais utilizar esse bem é igual a zero – o que aconteceria, por

exemplo, em situações de ausência de escassez de um bem como o ar ou segurança pública.

Por rivalidade, entende-se que o consumo de um bem por uma pessoa deixa menos do mesmo bem para o consumo de outra pessoa. E por exclusividade, entende-se que o consumo de um bem por uma pessoa exclui outra de consumir, ao mesmo tempo, o mesmo bem.

Com efeito, percebe-se que os bens privados, tendo em vista o sentido econômico, são bens rivais e excludentes. Ora, um automóvel não pode ser utilizado, ao mesmo tempo, para trafegar em direções opostas, vez que a utilização do veículo por um motorista, em uma direção, exclui outro motorista de usá-lo, ao mesmo tempo, na direção oposta. Então, o uso do carro por um motorista deixa menos (nesse caso, não deixa nada) do mesmo carro para o uso do outro motorista.

Por outro lado, a característica de não-exclusividade significa que a utilização de um bem por um indivíduo não exclui outros indivíduos de utilizarem, ao mesmo tempo, o mesmo bem. Como a exclusão de um indivíduo é muito difícil de ser feita, mesmo aqueles que não desejam retribuir pela utilização do bem, poderão usar o mesmo. Se conseguem fazê-lo sem, contudo, retribuir, desaparece o incentivo à utilização mediante pagamento, conforme Pindyck (2006).

Em assim sendo, como escreve Cooter (2003), os bens públicos, na definição econômica, qualificam-se como não-rivais e não-excludentes. Pense-se na prestação do serviço de segurança nacional contra ataques aéreos. Se uma companhia privada fosse a prestadora do serviço, aqueles cidadãos que desejassem ser protegidos deveriam pagar uma quantia mensal ou anual para que o serviço fosse a eles prestado. Em uma mesma rua, alguns moradores iriam contratar o serviço e, assim, pagariam à companhia prestadora. Outros moradores vizinhos, entretanto, agiriam oportunistamente e não contratariam o aludido

serviço. Isso significa que não seriam protegidos? Não. Seriam protegidos tanto quanto aqueles que contrataram o serviço. Por quê?

A explicação econômica para isso é a de que se demonstra hercúlea a tarefa de excluir os moradores que não contrataram o serviço de receber proteção, vez que a companhia prestadora do serviço, ao proteger os morados contratantes, estaria, automaticamente, protegendo os moradores não-contratantes. O serviço de vigilância e monitoramento realizado para o contratante do serviço de segurança contra ataques aéreos abrange as intermediações de sua casa, englobando, necessariamente, as casas vizinhas. Dessa forma, por que os vizinhos pagariam pela proteção que já, gratuitamente, receberiam?

Assim, tem-se que a exclusão daqueles que não pagaram pela prestação do serviço é muito custosa, pelo fato de ser muito barata a sua proteção (no exemplo seria automática). São chamados de *free-riders* aqueles indivíduos que recebem os benefícios da prestação do serviço (ou utilizam-se de um bem) sem pagar pelo mesmo. Isso faz com que a companhia privada não tenha incentivos para prestar esse tipo de serviço e, então, a quantidade ofertada do mesmo seria abaixo de um nível ótimo. Tal serviço deveria ficar, dessa forma, a cargo do Poder Público - como ocorre na realidade.

O mesmo se dá com as informações. As informações são, no sentido econômico, assemelhadas aos bens públicos, ou bens quase-públicos. Isto é, a utilização da informação por uma pessoa não deixa menos da mesma informação para a utilização por outra pessoa (não-rival) e, via de conseqüência, a utilização da informação por uma pessoa não exclui outra de valer-se da mesma informação ao mesmo tempo (não-excludente), relata Cooter (2003).

Tal como no exemplo da prestação do serviço de segurança contra ataques aéreos, a exclusão dos indivíduos, que não pagam por

informação, é muito custosa, vez que a sua transmissão é muito barata. Assim, os indivíduos que produzem informação e não conseguem excluir de seu uso aqueles que dela se valem sem retribuição, terão poucos incentivos para continuar produzindo informação.

O conhecimento materializa-se na forma de um novo processo, do qual resultará, por certo, um novo produto. Mas esse produto, não-raro, compõe um novo processo produtivo. Por exemplo, dota-se um chip de valor apenas se tiver a capacidade para melhorar a performance de uma máquina, que visa a desenvolver um melhor produto ou serviço. Ainda, uma célula geneticamente modificada terá o seu significado na interação com as demais partes do corpo humano. Em assim sendo, as revoluções tecnológicas – e a atual, baseada na intangibilidade, não é diferente – constituem-se de inovações, cujos resultados são produtos, serviços e processos, com a característica de que, não-raro, os primeiros (produtos e serviços) integram o último (processo).

Na medida em que a globalização requer a transformação dos insumos, dos meios e do produto da produção, e, no atual contexto tecnológico, por ser o conhecimento elemento que permeia todos os níveis de produção, o conhecimento (elemento do modo informacional) acaba por atuar e transformar a si mesmo (insumo).

As inovações contêm informações – as quais são a base do conhecimento - e, devido a isso, enfrentam o mesmo problema dos bens públicos econômicos, vale dizer, tendem a ser não-rivais e não-excludentes. Em assim sendo, aqueles agentes econômicos que produzem inovações não terão incentivos para fazê-lo, uma vez que qualquer indivíduo possa valer-se das mesmas sem que haja, em contrapartida, a retribuição.

Richard Posner (2005) explica que os custos de produção da inovação são, geralmente, elevados, ao passo que a sua disseminação

custa tanto quanto o meio usado para a sua transferência. Ou seja, uma vez que a inovação foi produzida, o custo marginal para a produção de uma unidade a mais é irrisório (pelo menos se comparados aos custos fixos). O exemplo do software (custoso para produzir) distribuído pela internet (barato para disseminar) ilustra bem a situação acima.

Essa situação representa uma falha do mercado. Isso porque o montante de inovação produzido será abaixo do ótimo quando o inovador não conseguir se apropriar do valor social daquilo que produzir. Com a proteção, via propriedade intelectual, atribui-se ao bem público uma exclusividade, transformando-o em bem privado, do ponto de vista econômico.

Com a introdução da propriedade privada, resulta elucidado quem é proprietário do quê. A alocação dos recursos à produção, o que é incentivado com a proteção pelos direitos de propriedade, faz com que o bem-estar da população resulte mais elevado do que quando, concomitantemente, ocorre a dissipação da renda (retirada de recursos da produção e a sua destinação à atividade expropriadora). “Em especial, a formalização da propriedade privada e a sua defesa pelo Estado permitem que, em vez de gastar parte do seu tempo defendendo o que possuem, as pessoas podem se concentrar inteiramente em produzir e gerar renda” (PINHEIRO, 2005, p. 68). Claro, na propriedade intelectual, não seria a escassez do produto que exigiria a atribuição de direitos de propriedade, mas a necessidade de se estabelecer uma política correta de incentivos em prol da inovação, evitando-se aquilo que a literatura econômica denomina de “tragédia dos comuns”.

Explica-se. Harold Demsetz (1967), em um artigo seminal intitulado *Toward a theory of property rights,* refere uma experiência com índios no Canadá. Aduz a existência de duas áreas, uma em que existiam direitos de propriedade e outra em que tais eram ausentes. Esse teria sido o

resultado, segundo ele, de realidades geográficas e climáticas diversas, que estabeleceram ora a abundância, ora a escassez de recursos. A propriedade privada fora estabelecida em áreas de escassez a fim de proteger aqueles mesmos recursos, conferindo-lhe uma exploração racional.

Como já referido *supra*, a previsão e a proteção dos direitos de propriedade têm o condão de promover a eficiência produtiva. Aliás, Cooter (2003) assevera que o regime de propriedade privada é criado visando a encorajar a produção, desincentivar o roubo e reduzir os custos de proteger os bens.

Nesse sentido, direitos de propriedade claramente assinalados fazem diminuir o montante de externalidade gerado. A “externalidade” é um conceito econômico. Define-se como a geração de um benefício (externalidade positiva) ou a causação de um dano (externalidade negativa) em que o *proveito* (adveniente do benefício gerado) não é usufruído por quem o gerou e o *custo* (decorrente de um dano) não é suportado por quem o causou. Tratando-se de custos, quando não há a definição clara dos direitos de propriedade, aquele agente que causa o dano não leva em conta, ao agir (seja produtor ou consumidor), os custos deste dano advenientes. E se não recair sobre o ofensor, a responsabilidade pelo dano causado, não haverá incentivos para que o reduza. Dessa forma, o nível de externalidade negativa gerado estará sempre acima de um ponto ótimo, sendo o dano causado e ninguém pelo mesmo responsabilizado. Além disso, cabe notar que a propriedade faz recair sobre o seu titular todos os benefícios e os custos dela advenientes. Vale dizer, as externalidades, com a propriedade, são internalizadas.

Assim, de acordo com Soto (2001, p. 308) tem-se que a propriedade exerce outras funções para além de, tão-somente, proteger a posse,

como a de conferir segurança às transações, o que gera um incentivo aos cidadãos no sentido de “respeitarem títulos, honrarem contratos e obedecerem à lei”. Por isso, a assinalação objetiva da propriedade tende a fazer com que o seu titular dê a melhor destinação àquilo que titulariza, maximizando a sua utilidade, vez que preferirá mais gozar dos seus benefícios do que suportar os seus custos.[8] E a internalização é perfeita quando todos os custos e benefícios entram no processo de tomada de decisão do titular da atividade que os gera. Definir claramente direitos de propriedade tem por consequência promover esta internalização.

É de se notar a possibilidade de ocorrência, em situações como a referida, do que se denominou de a ***tragédia dos comuns (ou dos baldios)***. A tragédia dos comuns ocorre quando os direitos de propriedade sobre um ativo produtivo são deficientemente assinalados ou não podem ser tornados válidos e respeitados.

O exemplo clássico que ilustra tal situação é o referido por Hardin (1968), o professor de biologia da Universidade da Califórnia, Santa Barbara, que cunhou a expressão ***tragédia dos comuns***, em artigo de 1968 publicado na revista norte-americana *Science*. Imaginou Hardin um campo de pasto cuja propriedade seria comum, vale dizer, todo pecuarista que quisesse levar o seu gado para ali pastar poderia fazê-lo, sem que tivesse de pagar por essa oportunidade. Um pecuarista, ao agir racionalmente, perguntaria: “Qual a utilidade, para mim, adveniente do incremento de um animal adicional em meu rebanho?”.

Desse ato, o pecuarista perceberá todos os ganhos e só incorrerá, imediatamente, em uma fração dos custos do incremento que realizou. Ao agir assim, gerará um problema de externalidade, vez que não leva em consideração, no processo de tomada de decisão para incrementar o seu rebanho, os custos sociais de tal aumento advenientes. E só o faz porque sabe que, pelo fato de se tratar de um recurso comum, o custo de

sua atividade será suportado, pelo menos imediatamente, mais pelos outros pecuaristas do que por ele próprio.

Mas isso não é tudo. O incremento no rebanho não seria feito por apenas um pecuarista. Pelo fato de ser irrisório o custo para incrementar o rebanho em uma unidade e levar um animal a mais para o pasto comum, e em razão de o custo gerado não ser suportado por quem o originou, a tendência é que todos os pecuaristas que se valem do recurso comum assim atuem. Tal situação decorre, ainda, de que cada pecuarista não tem incentivos para levar em conta o quanto a sua própria atividade afetaria a atividade dos demais pecuaristas.

Dessa forma, o ato de um pecuarista que visava a, tão-somente, maximizar o seu interesse, transforma-se em uma tragédia, vez que o recurso que antes era tido por comum (livre acesso para qualquer pessoa) e suficiente, passa a ser comum e escasso, porquanto o número total de cabeças de gado excederia a capacidade suportada pela área destinada ao pasto, vale dizer, a sua utilização em excesso conduziria à concretização da chamada tragédia dos comuns.

A inserção de uma unidade a mais traz, a quem a insere, mais ganhos do que perdas. Em assim sendo, a racionalidade impõe que a inserção continue sendo feita de maneira irrestrita, para fins de colher os ganhos da exploração do recurso comum. Isso porque se um agente assim não fizer, outros assim agirão, conforme Pindyck (2006).

Essa conclusão assume um tom de generalidade. Isso porque não é só o pastor, cuidando de seu rebanho em um pasto de uso comum, que agirá dessa forma; mas, sim, todos os agentes que se encontrarem em situação semelhante, vale dizer, quando o ganho em utilizar um recurso comum demonstrar-se superior à perda de tal uso adveniente, tal como afirma Fernando Araujo (2008).

Por isso, “a racionalidade colectiva levará ao incremento cumulativo e à ruína do recurso, dada a liberdade de acesso: essa liberdade acaba por ter consequências trágicas”, segundo Araujo (2008, p. 63).

Como dito já, a situação se assemelha quando se adentra no campo da propriedade intelectual. No afã de tornar as criações intelectuais amplamente acessíveis, não se conferindo direitos de propriedade intelectual sobre as mesmas, Araujo diz que isso “pode degenerar, em última instancia, numa ***Tragédia dos Baldios***” (2008, p. 192).

Com efeito, a produção de inovações pelos inovadores faz com que gerem à sociedade externalidades positivas. Se não houver mecanismo que faça com que o inovador possa permitir ou não o acesso de terceiros ao resultado de sua atividade inventiva, ter-se-á um recurso comum. Como tal, estará sujeito à ***tragédia dos comuns (ou dos baldios)***.

Isso porque o inovador não estará hábil a afastar do uso de sua inovação aqueles que com a sua produção não contribuem, o que o deixa sem possibilidade de recuperar uma mínima fração da externalidade positiva que causou. Dito de outra forma, investirá recursos sem que possa reaver o investimento. Nas palavras de Fernando Araújo (2008, p. 75): “[d]ada essa deficiência de incentivos, a tendência será para o sub-investimento”.

Com efeito, a sobre-utilização da expressão de uma ideia (não da ideia considerada em si), isto é, uma inovação passível de proteção pelas vias da propriedade intelectual, é capaz de gerar um desincentivo ao desenvolvimento de outras inovações. Ou seja, a sobre-utilização (leia-se acesso ilimitado) de inovações torna escasso o desenvolvimento de outras inovações. Se o inovador não for dotado de salvaguardas que o guarneçam da sobre-utilização da inovação que produz, não terá incentivos para continuar produzindo.

Embora haja o argumento de que a informação tenha por característica a não-rivalidade, tal como diz Lemley (2003) deve-se ressaltar que a produção de inovações é custosa. O agente que produz informações e que, a partir delas, desenvolve um objeto patenteável, espera obter retorno pelo seu investimento, o que se constitui em um mecanismo de incentivo para que continue a gerar outras informações passíveis de conversão em patente. Aliás, tomando por base o argumento de Lemley – de que não há sentido em evidenciar a tragédia dos comuns em informação-, se a informação é não-rival, o retorno esperado por ela o é. Havendo mais de um fornecedor do objeto que contém a informação e somente um deles tendo arcado com os custos de produção desse objeto, o retorno ficará com aqueles que não precisaram despender recursos e tempo em seu desenvolvimento, vez que podem cobrar dos destinatários do objeto insuficientemente protegido um preço muito abaixo daquele que pode cobrar o seu desenvolvedor, que será “punido” por inovar.

Devido a isso, se a dissipação de renda destinada a apropriação de recursos de terceiros tiver por consequência um prêmio, ao invés da punição de quem a pratica, pode-se atingir como resultado a denominada seleção adversa, de acordo com Eaton (1999). Vale dizer, segundo Araujo (2008), que os agentes econômicos que despendem renda, recursos e esforços na promoção de inovações, por não ter recuperados os investimentos realizados, são incentivados a deixar esta atividade quando a dissipação de renda é premiada. A concorrência enfrentada pelos inovadores, que é adveniente dos dissipadores de renda, torna insustentável a sua permanência em determinados mercados. Nesse sentido, o inovador não conseguirá comercializar a sua inovação por um preço que reflita o seu valor real, tendo por consequência a desistência da atuação, afirma Cooter (2003). Com o tempo, os inovadores deixarão

o mercado. Ao final, tem-se a escassez de inovações, i.e., a ***tragédia dos comuns***. É um desfecho que não interessa a ninguém.

Como evitar esse resultado? Ao valer-se da economia, o Direito passou a contar com uma teoria capacitada para analisar e descrever como as pessoas responderiam às leis. Para a melhor compreensão, considere-se a clássica definição de uma lei: "A lei é uma obrigação respaldada por uma sanção estatal", segundo Cooter (2003, p. 3).

Norberto Bobbio (2007, p. 24) aduz que: a "noção de sanção positiva deduz-se, a *contrario sensu*, daquela mais bem elaborada de sanção negativa. Enquanto o castigo é uma reação a uma ação má, o prêmio é uma sanção a uma ação boa." Nesse sentido, o mecanismo de prêmios e punições deve fazer com que os indivíduos tenham incentivos a inverter recursos na atividade produtiva e, ainda, serem sancionados quando dissipam renda na atividade expropriadora.

O problema da não-apropriabilidade representa uma falha do mercado. Isso porque o montante de inovação produzido será abaixo do ótimo quando o inovador não conseguir se apropriar do valor social de sua inovação. Para a correção dessa falha, Cooter & Ulen, em seu livro ***Law and Economics***, sugerem a concessão de direitos da propriedade intelectual para os agentes promotores de inovações. A concessão de direitos de propriedade intelectual assume a roupagem de prêmio aos inovadores, bem como o cogente respeito aos mesmos faz as vezes de sanção aos expropriadores.

Ao se conferir proteção, pelos direitos de propriedade intelectual, ao desenvolvedor da inovação, atribui-se a ele a capacidade de reaver o investimento feito no desenvolvimento do novo produto ou processo produtivo. O resultado econômico de um custoso projeto de pesquisa e desenvolvimento, muitas vezes, não é previsível, sendo incerto o seu sucesso financeiro. Em vista disso, ao se conferir direitos exclusivos de

propriedade ao criador da idéia sobre o modo como a expressa faz com que possa se apropriar do valor social gerado, o que talvez não ocorresse se outros indivíduos pudessem usar, fruir e dispor da inovação sem ter contribuído para o seu desenvolvimento.

Além disso, importa notar que, se na evolução biológica os mais aptos sobrevivem, na evolução econômica os mais aptos são emulados. Vale dizer, os mais aptos no mercado de inovações (os inovadores) atraem os concorrentes. Se estes tiverem o poder de se apropriar dos resultados da inovação dos mais aptos, imprimirão deslealmente a concorrência, vez que se beneficiarão dos frutos decorrentes sem terem incorrido nos custos inerentes.

Entretanto, importa considerar a assertiva do eminente professor português Fernando Araújo (2008, p. 81), ao alertar que:

> Terminemos este ponto com a ressalva com a qual possivelmente o deveríamos ter começado: a solução da privatização, ainda onde possível e abstractamente desejável, não é isenta de riscos graves que se prendem com outros tipos de questões: a excessiva fragmentação em parcelas privadas de um recurso que se encontrava até uma certa altura indiviso pode inutilizar esse recurso, no sentido de o colocar em dimensões inferiores às aceitáveis em termos de exploração, fazendo perder economias de escala e impondo custos de coordenação - pode, em suma, conduzir ao pólo opostos dos <<Anti-Baldios>>.

Devido a este alerta, é necessária a análise de uma das teorias rivais à abordagem de *Law and Economics*, para fins de diagnosticar os possíveis nódulos no tratamento da propriedade intelectual como mecanismo de incentivo ao desenvolvimento de inovações.

2.2 Teoria Rival: Anticommons ou Anti-baldios:

Com efeito, há a posição doutrinária de que os direitos de propriedade intelectual geram mais danos do que benefícios à atividade inovadora (ineficiência, portanto, mesmo sob critérios de Kaldor-Hicks). Com base nos afirmações de que a propriedade intelectual dá causa ao bloqueio de pesquisas, à falta de acesso a fármacos, ao elevado preço dos produtos protegidos, analisa-se uma das teorias que contraditam a abordagem da análise econômica do direito tradicional. Trata-se dos *Anticommons*.

No ano de 1998, o professor da Universidade de Michigan, Michael Heller, conferiu uma mais útil e realista definição àquilo que fora chamado em 1982, por Frank Michaelmann, de ***Anticommons***. Em primeiro lugar, o próprio Heller reconheceu, no citado artigo, que a noção de ***anticommons*** é o diâmetro oposto da noção de ***commons***, bem como as respectivas tragédias.

Em assim sendo, se o que se entende por ***tragédia dos comuns***, conforme elaborado por Garret Hardin,é a situação em que há vários usuários de um bem escasso e nenhum destes usuários têm o poder de excluir os demais, o resultado seria a sobre-utilização do bem. Os usuários assim agiriam porque não teriam incentivos para conservar o recurso.

Por outro lado, a ***tragédia dos anticomuns*** surge quando há mais de um proprietário sobre um recurso escasso e a cada um deles (proprietários) é atribuído o direito de excluir os demais. Ou seja, trata-se de uma situação na qual nenhum dos proprietários tem a totalidade de direitos sobre o recurso (*bundle of rights*), mas cada um deles tem partes dos respectivos direitos e, disso, portanto, decorre o poder de exclusão. Dito de outra forma, se não houver unanimidade de vontades, o recurso resultará não-utilizado.

Michael Heller (1998), para chegar à mencionada mais realista noção, baseou-se no exemplo das lojas de Moscou, no período da Rússia pós-socialista. Heller relata que, no período socialista, as lojas de Moscou apresentavam as vitrines e as prateleiras vazias pelo fato de que tal regime não oferecia incentivos suficientes para que houvesse a produção de bens de consumo.

No entanto, no início dos anos 90, do século passado, quando a derrocada do regime em vigor, e ao longo daquela década as lojas permaneceram vazias, ao passo que houve a proliferação de quiosques de metal sobre as calçadas em frente às lojas. Acerca disso, Heller fez a seguinte indagação: por que os proprietários dos quiosques não deixam o frio e passam a ocupar as lojas?

A queda do regime socialista fez com que o governo russo emitisse uma plêiade de leis e decretos descentralizando os direitos de propriedade sobre os prédios comerciais nas cidades. O intuito era que os governos locais passassem a ter a propriedade de tais construções, com o direito de vender, locar ou financiar os imóveis destinados ao comércio. Mas o governo central não queria perder o controle total sobre estes bens. Assim, por falta de clareza nas “regras do jogo”, nem os governantes locais nem os locatários/usuários dos prédios comerciais sabiam quais direitos possuíam. O resultado disso foi que os agentes econômicos interessados em praticar o comércio em Moscou montaram quiosques nas ruas para contornar a burocracia. E as lojas continuaram vazias.

A explicação que circunda tal fato é que nenhum dos proprietários das construções detinha os direitos necessários para que pudessem exercer a sua propriedade. Por meio de agências regulamentadores, os governos, central e local, impunham demasiados encargos para a junção de todos esses direitos. Por exemplo, havia seis agências para aprovar

os contratos de locação dos imóveis. Com tamanho número de proprietários, o bloqueio ao uso demonstrava-se imperativo.

Nesse caso, o governo central não proveu cada indivíduo com um ***bundle of rights*** representativo dos direitos de propriedade tal como em uma economia de mercado. Ao reverso, fragmentou direitos e os distribuiu, fragmentadamente, aos governos regionais e locais, a empresas quase-públicas, a sindicatos e a agências privadas. Os direitos de propriedade somente eram capazes de ser exercidos quando houvesse unanimidade de vontades.

Essa situação ilustra, adequadamente, a *tragédia dos anticomuns*, vale dizer, a sub-utilização de um recurso pelo fato de aos seus proprietários ser conferido o direito de exclusão e, ainda, pela falta de hierarquia entre os proprietários quando da tomada de decisão. Assim, ao agirem isoladamente podem, coletivamente, subutilizar o recurso.

Mas, qual o motivo que teriam os proprietários para vetar (excluir) a utilização do recurso escasso? Com base nos escritos de Ronald Coase, é possível compreender o motivo pelo qual os proprietários utilizam o seu poder de veto sobre o recurso escasso e, como consequência, geram a sua subutilização.

Para melhor entendermos o problema, regressaremos ao exemplo das lojas de Moscou, dado por Hardin. Enquanto a loja permanecesse desocupada, tudo aquilo que um dos proprietários deveria fazer, para ver se os seus direitos estavam ou não sendo respeitados pelos demais proprietários, era passar em frente à loja e, rapidamente, perceber ou não movimento. De outro lado, caso a loja estivesse em funcionamento, para que qualquer dos proprietários pudesse verificar se o seu direito estava ou não sendo respeitado pelos demais proprietários, deveria fazer muito mais do que passar em frente à loja e verificar o movimento. Dito de outra forma, os custos de transação incorridos pelos proprietários

para deixar a loja fechada é muito menor se comparados aos custos que incorreriam para controlar as atitudes de cada um dos agentes ao longo das transações.

A partir do afamado texto de Hardin (1986 citado por Heller & Eisenberg, 1998, p. 54-58), em relação à ***tragédia dos anticomuns*** sobre a propriedade real, há, por parte da doutrina, a alegação de que o mesmo ocorreria com a propriedade intelectual.

Hardin & Eisenberg (1998) colocam que, da mesma forma que a multiplicidade de proprietários dos prédios comerciais das ruas de Moscou gerou a subutilização do recurso apropriado, a multiplicidade de titulares de direitos de propriedade intelectual ocasionaria a não proliferação de inovações. Para o caso de Moscou, a solução apontada foi a privatização. Contudo, especificamente em termos de patentes, a doutrina não aponta a "privatização" como solução, justamente porque o resultado seria uma tragédia.

Principalmente no ramo das ciências biomédicas, Heller & Eisenberg (1968) argumentam que os direitos de propriedade intelectual provocam uma fragmentação de direitos, o que faz com que os custos de transação tornem-se elevados para o desenvolvimento de inovações subseqüentes. Isso equivale a dizer que aos titulares dos direitos de propriedade intelectual foram concedidos o direito de excluir os demais inovadores, opondo um veto sobre a possibilidade de inovações futuras. A conseqüência disso seria a ***tragédia dos anticomuns***.

Entretanto, Heller & Eisenberg aplicam, na opinião de Richard Epstein & Bruce Kuhlik, a analogia da tragédia gerada em termos de propriedade real sobre a propriedade intelectual de maneira equivocada. Isso porque Heller & Eisenberg, ao basearem-se em exemplos tais como as lojas de Moscou ou de praças de pedágio que cobram elevados

preços dos motoristas nas estradas, desconsideram a natureza dinâmica do processo de inovação.

Ademais, o amplo escopo de proteção conferido aos titulares de patentes – o que é permitido por escritório de patentes, pelo fato de ser permitido na respectiva legislação - faz com que qualquer inovação sobre o objeto protegido constitua uma infração. A conseqüência é o fenômeno do *lock-out*, podendo causar a inviabilidade de setores industriais, conforme Müller (2008).

Sem falar ainda na discussão sobre medicamentos e saúde pública, em que a mencionada tragédia dos anti-comuns se acentuaria sobremaneira (como se verá abaixo).

Inobstante, a própria doutrina, como demonstra Müller (2008), argumenta em favor da possibilidade da ocorrência da tragédia dos ***anticommons***, na seara da propriedade intelectual, reconhece a não-existência de dados empíricos confirmando a hipótese.

Aliás, as pesquisas empíricas apontam o contrário. John P. Walsh, Ashish Arora e Wesley M. Cohen (2003) conduziram 70 entrevistas com (I) advogados atuantes na área da propriedade intelectual, (II) cientistas, (III) gerentes da indústria farmacêutica, (IV) empresas de biotecnologia, (V) escritórios de transferência de tecnologia de universidades e (VI) agentes governamentais, com o propósito de averiguar a hipótese de o patenteamento de ferramentas de pesquisa ter por conseqüência o retardo da produção de inovações na área específica das ciências biomédicas.

Como resultado, os autores da pesquisa obtiveram que:

- Nenhum dos pesquisados informou que os projetos de importância para a respectiva instituição não deixarem de ser

desenvolvidos em razão de dificuldade a ferramentas de pesquisas protegidas por direitos de propriedade intelectual;

- As universidades e as indústrias pesquisadas adotaram *working solutions*, capazes de viabilizar os seus projetos de pesquisa e desenvolvimento, tais como: a) licenciamento de tecnologia; b) *inventing around*; c) utilização de patentes estrangeiras não depositadas no país da pesquisa; d) utilização de bases públicas de dados e de ferramentas de pesquisas, (e) disputas judiciais e, finalmente, (f) valer-se da tecnologia sem a permissão do titular do direito;

- O licenciamento de tecnologia é expediente comum na indústria farmacêutica, o que sugere que o problema do acesso a ferramentas protegidas por direitos de propriedade intelectual tornam-se acessíveis pela via contratual (contrato de transferência de tecnologia);

- A maioria dos pesquisados responderam que a infração da patente, principalmente, por universidades é comum, o que é justificado com “exceção para pesquisa”;

- 1/3 das indústrias pesquisadas reconheceram valer-se de ferramentas patenteadas sem obter a devida licença, o que, da mesma forma, é justificado como “exceção para pesquisa”;

- A maioria das indústrias pesquisadas revelou que tolera a infração de suas patentes pelas universidades (com exceção das patentes sobre processos de diagnósticos a ser utilizados em testes clínicos), vez que este uso tem o condão de elevar o valor da tecnologia patenteada.

3. As Implicações e as Evidências da Propriedade Intelectual do Brasil

Conforme pesquisa do Ministério da Ciência e Tecnologia, no ano 2000, no Brasil, o Estado investia mais em ciência e tecnologia (C&T) do que o setor privado. Nesse sentido, o Estado gastou, no referido ano, R$ 8.651,3 bilhões (oito bilhões seiscentos e cinqüenta e um milhões e trezentos mil), ao passo que a iniciativa privada, no mesmo período, despendeu R$ 5.699,1 bilhões (cinco bilhões seiscentos e noventa e nove milhões e cem mil).

No ano de 2004, no Brasil, os gastos em Pesquisa e Desenvolvimento, em termos percentuais, eram efetuados, em 60%, pelo Estado, e, em 40%, pelo setor privado, conforme Salermo & Kubota (2008). É de ser ressaltado, ainda, que, segundo Takai et al. (2008), nos países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) a relação entre investimento em P&D e Produto Interno Bruto (PIB) é de, em média, 2,5%, destacando-se a Coréia do Sul, país em que a referida relação é de 3%. Por outro lado, no Brasil, a relação entre investimentos em P&D e PIB é de 1%.

Em que pese tal constatação, verifica-se que o número de pedidos de patentes depositados no Brasil, por solicitantes residentes no Brasil, apresenta pequeno e constante crescimento (salvo pequenas exceções) desde o início da década de 1990, segundo dados do Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), de acordo com a pesquisa do Ministério da Ciência e Tecnologia (2008).

Cabe notar, por relevante, que o único período no qual se percebe, claramente, um salto no número de pedidos depositados deu-se entre os anos de 1996 e 1997, época em que, justamente, entrou em vigor a nova Lei de Propriedade Industrial, a Lei nº 9.279/1996. Nesse sentido, tem-se que, em 1996, foram depositados 17.916 pedidos e, no ano de 1997, houve 20.354 depósitos de pedidos, conforme MCT.

Com efeito, no ano de 1980, no USPTO, residentes brasileiros depositaram 53 (cinqüenta e três) pedidos e obtiveram 24 (vinte e quatro) concessões, ao passo que os residentes na Coréia do Sul, por exemplo, depositaram, no mesmo ano, 33 (trinta e três) pedidos e obtiveram 8 (oito) concessões. Todavia, é de ser referida a desigualdade entre estes dois países no ano de 2006: o Brasil depositou 333 (trezentos e trinta e três) pedidos e obteve 152 (cento e cinquenta e duas) concessões; a Coréia do Sul depositou 21.963 (vinte e um mil novecentos e sessenta e três) pedidos e obteve 5.835 (cinco mil oitocentos e trinta e cinco) concessões.

O Brasil, em termos de ciência e tecnologia, é um país tardio. Como afirma Salermo (2008) a sua indústria desenvolveu-se, tão-somente, na segunda metade do século XX, bem como a estruturação dos cursos de pós-graduação deu-se não antes da década de 1970.

As políticas governamentais brasileiras têm o seu foco voltado muito mais para a pesquisa acadêmica, descompromissada com os resultados práticos, do que para o desenvolvimento de inovações nas empresas.

Com o apoio de órgãos públicos, como o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), da Financiadora de Projetos (FINEP) e da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes), o Brasil investiu, a partir do último quarto do século XX, em ciência e em mecanismos de financiamento para o desenvolvimento de pesquisa científica nas universidades e nos institutos de pesquisa. Por outro lado, deixou a descoberto o desenvolvimento de inovações tecnológicas nas empresas.

Com efeito, em que pese a existência de tentativas por parte do governo brasileiro de fomentar a inovação no setor privado, somente a partir de 2003, com a adoção da Política Industrial, Tecnológica e de Comércio Exterior (PITCE) e de seus derivados, tais como, a Lei de

Inovação e a Lei do Bem, é que as instituições (no sentido dado por Douglass North) brasileiras passaram a induzir a inovação nas empresas nacionais, conforme citado por Salermo (2008).

O modelo desenvolvido por Vannevar Busch (1945), em seu trabalho denominado *Science – The Endless Frontier*, prevê que, de um lado, as atividades de pesquisa básica deveriam ser desenvolvidas sem o objetivo de que fossem alcançados resultados práticos e, de outro, que a pesquisa aplicada converteria as descobertas feitas pela pesquisa básica em inovações tecnológicas.

Em decorrência da adoção de tal modelo, que confrontava as atividades de pesquisa básica com as atividades de pesquisa aplicada, o Brasil desenvolveu muito mais a sua área acadêmica do que o seu setor industrial. Isso resulta evidente na constatação do gráfico abaixo.

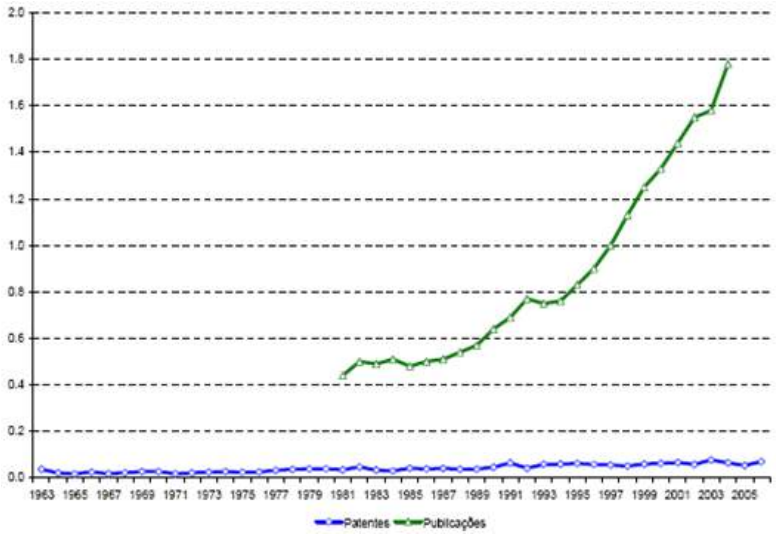


Gráfico 2 - Participação de Publicações e Patentes Brasileiras no Mundo 1963/2006
Fonte: Ministério da Ciência e Tecnologia (2007, p. 26)

Importa notar, ainda, o baixo percentual de pós-graduados trabalhando nas empresas brasileiras. Pela pesquisa feito por Cruz & Mello (2006), em termos percentuais, no Brasil, somente 25% dos pós-graduados trabalham no setor empresarial, ao passo que em países

como Estados Unidos e Coréia do Sul – dois dos três maiores depositantes de patentes no USPTO – este número chega a 80%. Isso significa que 75% dos pesquisadores brasileiros trabalham em instituições públicas, o que só faz evidenciar a expressiva importância do Estado no desenvolvimento de inovações no Brasil.

3.1 A Morosidade do Escritório de Patentes Brasileiro – INPI

A morosidade do órgão brasileiro competente para o registro de propriedade industrial, o Instituto Nacional da Propriedade Intelectual (INPI) é, possivelmente, fator de descrédito no sistema patentário por parte do setor privado.

Pela pesquisa realizada por Takai, Camargo e Mendes (2008) o INPI leva, em média, 7,2 anos para conceder uma patente, número consideravelmente superior ao dos escritórios de registro internacionais, que é de 2,4 anos. Mais especificamente, a falta de agilidade do INPI decorre (I) do pequeno número de avaliadores e (II) da falta de infra-estrutura em informática, de acordo com Kubota. Disso decorre que o problema do escritório de patentes brasileiro não é a produtividade média do avaliador, mas o excesso de demanda sobre cada um deles.

Nesse sentido, uma breve comparação do INPI com os escritórios de patentes dos Estados Unidos (USPTO) e da Coréia do Sul (KIPO), em termos de número de examinadores, prazo médio de concessão de patentes e demanda média por examinador, com base em dados de 2005, a pesquisa de Salermo e Kubota (2008) revela que:

a) Enquanto o INPI conta com 120 examinadores, no USPTO este número é de 4.400 e no KIPO de 900;

b) Enquanto o prazo médio para se conceder uma patente no INPI é de 102 meses, no USPTO este prazo é de 29,1 meses e no KIPO de 30 meses;

c) Enquanto no INPI a demanda média por examinador é de 167 pedidos de depósito, no USPTO este número é de 68 e no KIPO é de 56.

Além disso, tem-se que a base industrial brasileira é amplamente multinacionalizada. Entretanto, alega-se normalmente que as empresas multinacionais instaladas no Brasil não direcionam significativos recursos para o desenvolvimento de programas de pesquisa e desenvolvimento em solo brasileiro (tema que merece investigação empírica cuidadosa).

Dessa forma, tem-se que a estruturação do órgão brasileiro de patentes é fundamental para que depositar patentes venha a ser mais vantajoso do que penoso para os inovadores atuante no Brasil.

3.2 A Relação entre Propriedade Intelectual e Produtividade

Por fim, cabe referir a relação encontrada entre depósitos de marca e de patentes e a produtividade dos agentes econômicos. Segundo estudo de Luna e Baessa (2008), as empresas foram classificadas conforme a indicação abaixo e, a partir disso, constatou-se o seguinte em relação ao depósito de marcas e patentes no INPI:

a) As empresas que depositam marcas e patentes assumem comportamento mais competitivo no mercado, vez que se valem da inovação tecnológica e da diferenciação de seus produtos e serviços para conquistar a preferência do consumidor;

b) Empresas que depositam apenas marca são, também, diferenciadoras, mas atuam, exclusivamente, sobre a sensibilidade do consumidor;

c) Empresas que depositam apenas patentes auferem ganhos exclusivos de melhorias tecnológicas, independentemente de associação à imagem;

d) Empresas que não adotam estratégia em relação a marcas e patentes.

Após verificar estas tendências, os autores passaram a identificar a qualidade da mão-de-obra atuante nessas empresas. A relação é direta entre mão-de-obra com maior tempo de estudo e produtividade com as empresas que depositam marcas e patentes.

A partir disso, a conclusão atingida pela pesquisa de Luna e Baessa foi a de que os ganhos de produtividade das empresas que possuem o perfil mais inovador, isto é, que só depositam patentes, são de 7,1% na indústria e de 49,4%, no setor de serviços, em comparação com as empresas que não adotam nenhuma estratégia em relação à propriedade intelectual.

Ainda, em relação às empresas que somente adotam a estratégia de depositar apenas a marca, isto é, que atuam sobre a percepção do consumidor, o aumento da produtividade é de 6,3%, para a indústria, e de 11,3%, no setor de serviços, comparativamente às empresas que não adotam quaisquer estratégias sobre os bens intangíveis.

3.3 Ações Recentes Adotadas no Brasil

Diante disso, o Estado brasileiro reagiu, na tentativa de estimular o desenvolvimento de inovações tecnológicas, editando, em 2004, a Lei nº 10.973, denominada de Lei de Inovação e Tecnologia, que estabelece medidas de incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo.

Com esta Lei, visa-se à capacitação e ao alcance da autonomia tecnológica e ao desenvolvimento industrial do país.

Entretanto, constata-se que o intento da referida norma apresenta-se adequado, mas os meios que disponibiliza para o atendimento dos fins a que se destina não se demonstram eficazes, principalmente pelo que segue:

a) a inovação somente é capaz de dar vantagem competitiva ao inovador se for mantida privada até o momento em que a inovação que a contém for lançada no mercado. Isso porque se um grande número de pessoas pudesse acessá-la antes de ser comercializada, os inovadores não conseguiriam obter os benefícios de terem inovado. Por exemplo, os economistas analisam mercados com base em informações públicas. De acordo com Cooter e Shäfer (2011, p. 2):

> Se os economistas pudessem usar informações públicas para predizer o trajeto do desenvolvimento empresarial, eles seriam então capazes de investir e obter lucros extraordinários, ao passo que os inovadores ganhariam menos ou talvez deixassem de recuperar o valor de seus investimentos. A previsibilidade da inovação empresarial seria a causa de seu próprio óbito. A inovação é lucrativa pela mesma razão que os economistas não são ricos.

b) os funcionários do governo não têm motivação para gerar riqueza. Isto é, os funcionários do governo não têm incentivos para gerar aquilo de que não podem se apropriar;

c) requer do inventor independente que já tenha, antes de ser incentivado pelo Estado, desenvolvido a sua invenção, vez que, para que o órgão público, sob a sigla ICT (Instituição de Ciência e Tecnologia), adote a sua invenção, esta deve estar com o respectivo pedido de patente já depositado;

d) para que os agentes econômicos possam ter seus projetos financiados, estes devem ser aprovados em cumprimento às normas do Edital que regular o processo de decisão. Entretanto, tal prazo, não raro, é demasiado curto, o que não facilita a apresentação de proposta, em sua totalidade, adequada;

e) os incentivos fiscais dispostos em seu artigo 28 e regulados nos artigos 17 a 26, da Lei do Bem (Lei nº 11.196/2005), são complexos, o que acaba por retrair os investimentos (insegurança jurídica) que poderiam ser feitos em inovação com base em tais benefícios.

Ainda não é possível concluir, sem estudos empíricos, se a Lei está funcionando, mas a literatura citada faz presumir que provavelmente não esteja.

4. Conclusão

É muito cedo para concluir quem tem ou não razão no debate entre a necessidade de proteção da propriedade intelectual para estimular a inovação evitando a tragédia dos comuns (ou dos baldios) ou de sua relativização, a fim de preservar outros bens públicos (saúde) ou abusividades da parte dos proprietários da tecnologia (anticomuns ou anti-baldios). Mas a presunção deve ser a favor da propriedade como regra, e a flexibilização quando houver abusos, como vem sendo a tradição no direito civil de propriedade há anos (vide por exemplo a combinação dos artigos 1228 e 187 do Código Civil). Há, nesse sentido, a regra da proteção da propriedade intelectual, que pode ceder em casos, por exemplo, de abuso de poder econômico (nos termos do art. 20 da Lei 8884/94).

Os dados disponíveis dão conta, contudo, que há falta de inovação no Brasil, seja por faltar empreendedorismo ao empresariado brasileiro

(talvez por sua alta aversão ao risco, talvez por sua baixa formação educacional que o leva a não contratar pessoas mais caras e de maior formação), seja porque os incentivos de financiamento público voltam-se essencialmente a trabalhos teóricos e especulativos, sem trazer algo que possa reverter em patentes. Ou ainda porque as instituições (INPI, tribunais de justiça e legislação) são insuficientes para estimular o investimento. Trabalhos empíricos deverão investigar estes aspectos para desenvolver uma política pública que crie os corretos incentivos. Não deve ser descartada a alternativa de massiva participação estatal nos investimentos públicos e privados, embora haja forte motivo para acreditar que uma política como esta gere decisões erradas e corrupção. Os dados atuais não são alentadores.

As novas legislações aprovadas no Brasil, por não partirem destes dados empíricos podem justamente não trazer os efeitos aspirados, não criando incentivos corretos ao mercado.

5. Referências

ARAÚJO, Fernando. A Tragédia dos Baldios e dos Anti-Baldios: o problema econômico do nível óptimo de apropriação. Lisboa, Ed. Almedina, 2008

BARBOSA, Cláudio R. A propriedade intelectual enquanto informação. Uma perspectiva de law and economics, Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE), 2006, p.4, (disponível em http://repositories.cdlib.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1076&context=bple).

BOBBIO, Norberto. Da Estrutura à Função: novos estudos de Teoria do Direito. Trad. de Daniela Versiani, Barueri, SP: Manole, 2007.

COOTER, R., SCHÄFER, H.B. e TIMM, Luciano Benetti. Menos é Mais. The Latin American and Caribbean journal of Legal Studies, Vol. 1, n.1, artigo 8, 2006.

COOTER, R., SCHÄFER, H. B e TIMM, Luciano Benetti. O Problema da Desconfiança Recíproca, The Latin American and Caribbean journal of Legal Studies, Vol. 1, n.1, artigo 8, 2006.

COOTER, Robert and ULEN, Thomas. Law and Economics, Addison Wesley Editor, 2003.

COOTER, Robert D.; SCHAEFER, Hans-Bernd. Solomon's Knot: how law can end the poverty of nations, 2011.

DEMSTZ, Harold. Toward a Theory of Property Rights, The American Economic Review, vol. 57, No. 2, Papers and Proceedings of the Seventy-ninth Annual Meeting of the American Economic Association, May, 1967.

EATON, B. Curtis; EATON, Diane F. Microeconomia. Tradução de Cecília C. Bartalotti. São Paulo, Ed. Saraiva, 3ª edição, 1999.

GAMBARDELLA A., GIURI, P. and LUZZI, A. "The Market for Patents in Europe", LEM Working Paper, 2006.

HETTINGER, E. "Justifying Intellectual Property Rights". In 18(1) Philosophy and Public Affairs 31-52, 1993.

HELLER, Michael. The Tragedy of the Anticommons: property in transition from Max to Markets. Harvard Law Review, 111, 1997.

HARDIN. Michael; EISENBERG, Rebeccas. Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research. Science, 280/5364, 1968.

LEMLEY, Mark A. Ex Ante Versus Ex Post Justifications for Intellectual Property. UC Berkeley Pubic Law, Paper n. 144, 2003.

LUNA, Francisco; BAESSA, Adriano. Impacto das Marcas e Patentes no desempenho econômico das firmas. In DE NEGRI, João Alberto; KUBOTA, Luis Claudio. Políticas de Incentivo à Inovação Tecnológica no Brasil. Brasília: IPEA, Cap. 1, p. 483, 2008.

BASSO, Maristela. Gestão do Bilateralismo e Multilateralismo para o alcance de objetivos políticos de PI - os casos da América Latina e Caribe. In: Fábio Villares. (Org.). Propriedade Intelectual: tensões entre o capital e a sociedade. São Paulo: Paz e Terra, 2007, p. 213-236.

NORTH, Douglass C Economic Performance Through Time. The American Economic Review, Vol 84, No. 3, (Jun. 1994), p.360.

PATE, R. Hewitt. Promoting Economic Growth Through Competition and Innovation, em palestra à Chinese Academy of Social Sciences, Institute of Law, Beijing, 01/07/04.

PINDYCK, Robert e Rubenfeld, D. Microeconomia, 6a ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006.

PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. Direito, economia e mercados, Rio de Janeiro, Elsevier, 2005.

POSNER, Richard A. Intellectual property: A Law and Economics Approach. Journal of Economic Perspectives, Volume 19, Number 2, 2005.

SALERMO, Mario Sergio; KUBOTA, Luis Claudio. Estado e Inovação. In DE NEGRI, João Alberto; KUBOTA, Luis Claudio. Políticas de Incentivo à Inovação Tecnológica no Brasil. Brasília: IPEA, Cap. 1, p. 45, 2008.

SCHUMPETER, Joseph A. Teoria do Desenvolvimento Econômico: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico. Trad. de Maria Sílvia Possas, 2ª Ed., São Paulo: Nova Cultural, 1985, p. 148.

SOTO, Hernando de. O Mistério do Capital: Por que o capitalismo dá certo nos países desenvolvidos e fracassa no resto do mundo. Rio de Janeiro: Ed. Record, 2001. 308 p.

TAKAI, Anselmo; CAMARGO, Hélio; MENDES, Ricardo; SENNES, Ricardo. Propriedade Intelectual e Inovação: uma análise de dez instituições brasileiras. In CENTRO DE GESTÃO E ESTUDOS ESTRATÉGICOS. Parceiras Estratégicas. Brasília: CGE, Nº 26, Junho 2008, p. 180.

WALSH, John P.; ARORA, Ashish; WESLEY, M. Cohen. Working Through the Patent Problem. Science Magazine… disponível em: www.sciencemag.org/cgi/content/summary/299/5609/1021. Acessado em 11/05/2009.

Regulamentações do Sistema Brasileiro de Proteção à Propriedade Intelectual

Dayane Rocha de Pauli[3]

Maurício Vaz Lobo Bittencourt[4]

1.Introdução

A velocidade dos avanços científicos, aliada à necessidade cada vez maior de ganho de mercado, leva as empresas a integrarem soluções tecnológicas nas suas produções e processos como estratégia de desenvolvimento. Nesse sentido, é intuitivo que a inovação traga elementos para o crescimento e desenvolvimento de longo prazo das nações, dentro da lógica capitalista, ainda mais com a atual percepção da escassez e da finidade dos recursos naturais do planeta. Nas palavras de Cruz e Vermulm, "a competição tecnológica tornou-se ainda mais relevante que no passado".[5]

Mas, dentro desta mesma lógica, a produção e disseminação de conhecimento são caracterizadas por imperfeições de mercado, pois o

[3] Professora Assistente do Departamento de Economia da Universidade Federal do Paraná (UFPR) e Pesquisadora dos Observatórios SESI/SENAI/IEL.

[4]Professor Assistente do Departamento de Economia e do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Econômico (PPGDE) da Universidade Federal do Paraná (UFPR), Pós-Doutorando na Ohio State University (EUA), Bolsista do CNPq.

[5]CRUZ, H. N. da; VERMULM, R. Inovação e política industrial no Brasil. In: DELFIM NETO, A. (Coord.); GUILHOTO, J. J. M.; DUARTE, P.G.; SILBER, S. D. **O Brasil do Século XXI.**São Paulo: Saraiva, 2011, p. 3.

conhecimento é um bem público. Sendo assim, o conhecimento possui as características de ser não-rival no consumo (sua utilização por uma pessoa não afeta o montante que estará disponível para outros) e não-excludente (não é possível impedir a utilização do bem público pelas pessoas depois de disponível) (Langinier & Moschini).[6] As consequências decorrentes dessas imperfeições de mercado para a inovação, num sistema competitivo, são aparentes: um inventor detém todo o custo de pesquisa, mas uma vez realizada a descoberta, todos poderão se beneficiar dela. Dessa forma, não haverá incentivos para a realização da pesquisa, já que todos estarão propensos a agirem como "*freeriders*". Sendo assim, um sistema competitivo de mercado geraria resultados ineficientemente baixos para inovações, uma vez que os investimentos em pesquisa e desenvolvimento (P&D) seriam ínfimos.

A propriedade intelectual é uma forma de contornar este problema, ao atacar a origem da falha deste mercado: a não apropriabilidade (Langinier & Moschini)[7]. Entende-se por "propriedade intelectual" a posse de direitos sobre invenções, descobertas científicas, marcas, cultivares, modelos e desenhos industriais, obras artísticas, ou seja, tudo que se refere à atividade intelectual seja na esfera científica, industrial ou artística. Existem várias formas de propriedade intelectual, de acordo com o objeto tratado e proteção requerida, dentre as quais: patentes, direitos de cultivares, direito autoral, indicação geográfica, marcas, segredos industriais, desenhos industriais e programas de computador.

Este artigo faz um levantamento analítico das regulamentações brasileiras destinadas à proteção da propriedade intelectual. Apresenta, primeiramente, as principais convenções internacionais que trataram do

[6] LANGINIER, C., MOSCHINI, G. **The Economics of Patents:** An Overview. Center for Agricultural and Rural Development, Iowa State University, Working Paper 02-WP 293, 2002, p. 2.
[7] LANGINIER, C., MOSCHINI, G. **The Economics of Patents:** An Overview. Center for Agricultural and Rural Development, Iowa State University, Working Paper 02-WP 293, 2002, p. 2.

tema, destacando as que o Brasil é signatário e, portanto, as que foram consideradas na legislação nacional. A segunda seção trata das regulamentações brasileiras por tipo de forma de propriedade intelectual, citadas anteriormente. Na terceira seção são elencadas algumas características do Sistema Nacional de Inovação para, na última seção, concluir sobre a adequação dos aparatos legislativos no contexto brasileiro.

2. Convenções Internacionais

Convenções internacionais constituem uma das formas de elaboração ou utilização de princípios internacionais, normalmente fruto de conferências, discussões entre especialistas, políticos e sociedades de diversos países. São tratados multilaterais abertos, de caráter normativo, que podem ser ratificadas sem limitação de prazo por qualquer Estado-Membro. Até dezoito meses após a adoção de uma convenção, o Estado-Membro tem obrigação de submetê-la à autoridade nacional competente. Após aprovação, o governo promove a ratificação do tratado, que implica na incorporação automática de suas normas à legislação nacional. A abrangência de cada convenção é definida em seu texto, havendo, porém, em algumas convenções, possibilidade de exclusão total ou parcial de alguns elementos, de acordo com as prioridades do país, ou mesmo a exclusão de aplicação de parte da convenção em todo o território nacional, a critério da autoridade nacional competente, após consulta às organizações representativas de empregadores e trabalhadores.[8]

[8]BRASIL. MTE - Ministério do Trabalho e Emprego. **Resumo Explicativo das Convenções**. Brasília, 2011. Disponível em: < http://portal.mte.gov.br/legislacao/convencoes.htm >. Acesso em: 28 jul. 2011.

Na questão da propriedade intelectual, principalmente no que se referem a patentes, que são caracterizadas por terem validade territorial, essas diretrizes tem importância fundamental. Ou seja, os agentes inovadores necessitam depositar suas invenções nos países em que desejam obter proteção e, como o tratamento legal é diferente entre as nações, as convenções internacionais são importantes para facilitar esse engajamento.

No que se refere à regulamentação da transferência tecnológica e a proteção da propriedade intelectual no âmbito internacional, as principais convenções, acordos e tratados internacionais são:

- Convenção de Paris (1883): propriedade industrial;
- Convenção de Berna (1886):*copyrights;*
- Acordo de Madrid (1981): marcas;
- Acordo de Haia (1925): desenhos industriais;
- Convenção Internacional para Proteção de Novas Variedades de Plantas (1961);
- Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes (1970);
- Acordo Relativo aos Aspectos do Direito da Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (TRIPS de 1994);
- Tratado da Lei de Patentes (2000).

Dos acima citados, o Brasil não participa como signatário apenas nos acordos de Madrid e de Haia.

A Convenção de Paris[9] *- 1883*

A Convenção da União de Paris (CUP), ocorrida em 1883, foi o primeiro esforço de harmonização dos interesses internacionais referentes à legislação sobre propriedade industrial. Contou com 14 países signatários inicialmente (inclusive Brasil) e possui hoje 171 países signatários[10]. A Convenção de Paris sofreu revisões periódicas, a saber: Bruxelas (1900), Washington (1911), Haia (1925), Londres (1934), Lisboa (1958) e Estocolmo (1967).[11]

De acordo com seu Art. 1º, a proteção da propriedade industrial engloba as patentes de invenção, os modelos de utilidade, os desenhos ou modelos industriais, as marcas de serviço, o nome comercial e as indicações de procedência ou denominações de origem, bem como a repressão da concorrência desleal[12]. Estes tipos de proteção também são adotados pela lei brasileira de propriedade industrial (Lei nº. 9279/1996), como será visto adiante.

A convenção criou alguns princípios fundamentais para os países signatários, respeitando, mas flexibilizando as peculiaridades nacionais existentes. No Art. 2º é estabelecido que cada país membro usufrua, em todos os outros membros da União, das mesmas vantagens e direitos de proteção concedidos pela legislação do país a seus nacionais, sem que nenhuma condição de domicílio ou de estabelecimento seja exigida.[13]

---

[9] Disponível em: http://pt.io.gov.mo/Legis/International/record/98.aspx (acesso em 26 jul. 2012) em português e http://www.wipo.int/treaties/en/ip/paris/trtdocs_wo020.html do site oficial da WIPO em inglês.

[10] A lista dos 171 países signatários pode ser encontrada em: http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=2 (acesso em 26 jul. 2012).

[11] http://www.inpi.gov.br/menu-esquerdo/patente/pasta_acordos/cup_html(acesso em **26 jul. 2012**).

[12] As definições dos diversos tipos de proteção serão realizadas no segundo item deste tópico, analisando-as dentro do contexto legislativo brasileiro.

[13] http://www.inpi.gov.br/menu-esquerdo/patente/pasta_acordos/cup_html(acesso em **26 jul. 2012**).

Existe, porém, a possibilidade de inclusão de licenças compulsórias por parte dos países em desenvolvimento, assim como a negação de proteção em alguns casos específicos, respeitando as legislações nacionais. Outra resolução é que os domiciliados estrangeiros, ou seja, empresas com sede em outro país, sejam considerados nacionais para efeitos da Convenção (Art. 3º).

Outro avanço importante da CUP foi o estabelecimento de direitos de prioridade de depósito, em outro país, de patentes ou desenhos industriais já depositados em uma nação da União. Os prazos para exercer tal direito são: 12 (doze) meses para invenção e modelo de utilidade e 6 (seis) meses para desenho industrial.

O princípio de territorialidade das patentes[14] é mantido, pois as patentes concedidas são independentes de o serem em outro país signatário. Dessa forma, os direitos de propriedade têm validade dentro dos limites territoriais da nação em que obteve a concessão. Isso facilita as ações de caducidade e nulidade, e também respeita o prazo de vigência estabelecido pelas legislações nacionais.

[14] Como será visto adiante, as patentes por constituírem um direito à propriedade intelectual, possuem o caráter territorial, como qualquer outro tipo de propriedade, ou seja, é válida apenas no território em que houve a concessão desse direito.

Convenção de Berna - 1886[15]

Realizada em 1886 na Suíça, seu foco foi a proteção dos direitos artísticos e literários entre os países. Baseou-se, assim como a Convenção de Paris, no princípio de igualdade de tratamento entre nações, no princípio da independência e no princípio de proteção automática. Previu a proteção mínima a ser garantida (25 anos para trabalhos fotográficos e 50 para os demais) e provisões especiais para o caso dos países em desenvolvimento (como, por exemplo, direitos de reprodução, sob certas condições).

Esta Convenção foi revisada em Paris (1896), melhorada em Berna (1914), logo em Roma (1928), em Bruxelas (1948), em Estocolmo (1967) e em Paris (1971); por fim foi modificada em 1979.

Acordo de Madrid - 1891[16]

O sistema de registro internacional de marcas é governado por dois tratados: o Acordo de Madrid de 1891 que foi revisado em Bruxelas (1900), em Washington (1911), em Haia (1925), em Londres (1934), em Nice (1957), em Estocolmo (1967) e emendado em 1979; e o Protocolo de Madrid de 1989, o qual flexibilizou e tornou o acordo anterior mais compatível com as legislações domésticas de alguns países.

O Acordo de Madrid engloba todos os Estados participantes da Convenção de Paris, mas os dois tratados são independentes, podendo

[15] O documento oficial resultante da Convenção pode ser encontrado em: http://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/trtdocs_wo001.html#P85_10661 (acesso em 27 jul. 2012).

[16] Mais detalhes em: http://www.wipo.int/treaties/en/registration/madrid/index.html (acesso em 27 jul. 2012).

um país aceitar um e o outro não.[17] O sistema torna possível o registro internacional de marcas, aumentando o escopo da proteção. A vantagem pecuniária também é estimulante: ao invés de registrar e pagar as taxas correspondentes em cada país pode-se depositar apenas no departamento internacional e pagar uma quantia menor de taxas. Além disso, o processo de renovação também é facilitado, sendo realizado apenas uma vez em cada 10 anos. Os países menos desenvolvidos possuem um desconto de 10% na taxa básica de depósito.

Acordo de Haia - 1925[18]

Realizado na cidade de Haia, na Holanda, em 1925, o acordo tratou do registro internacional de desenhos industriais. Foi revisado em Londres em 1934 e em Haia em 1960. Foi melhorado por um ato adicional assinado em Mônaco, 1961, e por um ato complementar assinado em Estocolmo em 1967, que foi modificado em 1979. Foi reforçado em Genebra em 1999.

Estabeleceu o prazo de proteção de 15 anos para desenhos industriais, dividido em dois períodos: o primeiro de 5 anos e após renovação, outro de 10 anos. A análise e registro dos mesmos são realizados pela organização internacional da WIPO (*World Intellectual Property Organization*). Para o depósito é necessário o uso do idioma francês, existência de aplicabilidade e a disponibilidade de uma ou mais fotografias, ou outros elementos gráficos de representação do desenho.

Convenção Internacional para Proteção de Novas Variedades de Plantas – 1961[19]

[17] O protocolo de Madrid possui 68 países membros, dos quais o Brasil ainda não participa. A alegação constitui-se na dificuldade na realização de recursos caso haja negação da concessão: deve ser realizado um recurso para cada país.

[18] Documentos oficiais sobre este tratado estão disponíveis em: http://www.wipo.int/treaties/en/registration/hague/index.html (acesso em 27 jul. 2012).

Estabeleceu a criação de uma união internacional para a proteção de novas variedades de plantas (*plant breeder's rights* – PBR). Até a década de 90 nenhum país em desenvolvimento fazia parte da União.[20] Hoje o Brasil é um dos signatários, assim como vários outros países em desenvolvimento.

O Brasil depositou em 2006 um total de 187 pedidos de patentes sobre novas variedades de plantas (69% sendo de residentes) e obteve neste mesmo ano 184 concessões (68% de residentes). Ainda em 2006, o Brasil possuía 951 inovações em PBR's protegidas por esta convenção.

Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes (PCT) - 1970

Este tratado tornou possível a proteção de uma invenção em vários países simultaneamente, por meio de um depósito internacional. É similar a um depósito nacional, mas tem validade em todos os Estados conveniados. Possui fundamental importância na facilitação da internacionalização de patentes. Possui hoje 139 nações[21] participantes. No Brasil, tornou-se operacional em 1978.

No âmbito do sistema PCT (*Patent Cooperation Treaty*), o depósito de uma inovação - que pode ser requerido por qualquer residente dos Estados participantes - é sujeito a uma pesquisa internacional. Os escritórios autorizados a realizarem esta pesquisa são os da Austrália,

[19]http://www.upov.int/en/publications/conventions/1991/act1991.htm (acesso em 27 jul. 2012),

[20] SIEBECK, W. E. E. **Strengthening Protection of Intellectual Property in Developing Countries:** A Survey of the Literature. World Bank Discussion Paper, 1990.Disponívelem: http://www-wds.worldbank.org/servlet/WDSContentServer/WDSP/IB/2000/01/06/000178830_98101903544215/Rendered/PDF/multi_page.pdf. Acesso em: 28 jul. 2012, p.12.

[21]http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=6 (acesso em 27 jul. 2012).

Áustria, Canadá, China, Finlândia, Japão, Coréia, Federação Russa, Espanha, Suécia, EUA, e o escritório europeu. Se o requerente residir numa nação participante de Convenções regionais, ele deverá registrar sua inovação tanto no escritório regional quanto no internacional, ou seja, os registros entre essas duas esferas são independentes.

Os requerentes de patentes via sistema PCT possuem algumas vantagens bastante estimuladoras, como apontado pela WIPO:[22]

1. Economia de tempo em relação ao não uso do tratado para proteção em outros países, em média 18 meses, já que teria que depositar em cada nação, preparar as traduções necessárias e pagar as taxas nacionais;

2. Podem se assegurar que, se seu depósito internacional estiver nos conformes do Tratado, este não poderá ser formalmente rejeitado por nenhum escritório nacional de patentes dos Estados participantes durante a fase do processo nacional da concessão;

3. Por meio da pesquisa internacional os agentes poderão avaliar com razoável probabilidade as chances de sua invenção ser patenteada;

4. Com o exame preliminar opcional (para ver se já existe patente para aquela invenção em especial), os depositantes possuem a possibilidade de fazer as alterações necessárias antes de o processo ser encaminhado aos escritórios de patentes;

5. O tempo de pesquisa e exame por parte dos escritórios de patentes é consideravelmente reduzido graças ao relatório de pesquisa internacional onde são publicadas as inovações patenteadas;

[22]http://www.wipo.int/treaties/en/registration/pct/summary_pct.html (acesso em 27 jul. 2012).

6. O relatório também auxilia os agentes inovadores a visualizarem a patenteabilidade potencial de suas invenções e;

7. Para os detentores das patentes esta publicação ajuda a fazer propaganda de sua inovação para o mundo, facilitando possíveis licenças.

Foi estabelecido um benefício de redução de 75% em algumas taxas estabelecidas pelo tratado para os depositários cuja nacionalidade ou residência se encontra em algum dos Estados signatários de renda nacional *per capita* abaixo de US$ 3.000,00 e para os que se encontram em Estados classificados como "países menos desenvolvidos" pela ONU.

Grande parte das patentes internacionais são realizadas via Sistema PCT. Sua utilização varia entre os escritórios de patentes, segundo WIPO.[23] Mais de 85% de depósitos não residentes nos escritórios do Brasil, Indonésia, Filipinas, Tailândia, Noruega e México são realizados via rotina do PCT. Por outro lado, menos de um quinto dos depósitos de não residentes na Alemanha, EUA e Reino Unido utilizam este sistema[24], talvez por não precisarem de um "selo de confiança" nas suas patentes, acabam fazendo os depósitos diretamente.

Acordo Relativo aos Aspectos do Direito da Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (TRIPS) - 1994[25]

Mais conhecido pela sigla de seu nome em inglês – TRIPS - *Trade Related Aspects of Intellectual Property* – foi um acordo administrado pela Organização Mundial do Comércio (OMC) que estipulou os requisitos legais mínimos para as várias formas de propriedade

[23] WIPO. **World Patent Report:** A statistical review. v.931, 2008. Disponível em: http://www.wipo.int/ipstats/en/statistics/patents/.Acesso em 25 jul. 2012.
[24] WIPO. **World Patent Report:** A statistical review. v.931, 2008. Disponível em: http://www.wipo.int/ipstats/en/statistics/patents/.Acesso em 25 jul. 2012.
[25] http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_01_e.htm (acesso em 27 jul. 2012).

intelectual. Foi negociado no final da rodada do Uruguai do *General Agreement on Tariffs and Trade (*GATT) e introduziu a lei de propriedade intelectual no sistema internacional de comércio. A maioria das provisões sobre *copyrights* deste acordo se baseou na Convenção de Berna e sobre marcas e patentes na Convenção de Paris.

Aos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos foi concedido um prazo para o ajustamento da legislação. Para os países em desenvolvimento este prazo acabou em 2005 e para os menos desenvolvidos foi estendido para 2016. Acadêmicos desses dois grupos de países criticaram o acordo por incentivar a dependência e saída de recursos para os países desenvolvidos, via pagamentos de licenças e copyrights, além da perda em matéria de saúde com a adoção de patentes em produtos farmacêuticos. Assim, em 2001, foi realizada a Declaração de Doha[26] incluindo certas flexibilidades com relação a produtos medicinais ao acordo de TRIPS, como a possibilidade de implementação de licenças compulsórias, em que cada Estado membro tem o direito de determinar o que constitui uma emergência nacional (em termos de saúde) ou outras circunstâncias de extrema emergência. Assim, os países membros ficam livres para decidir o prazo de expiração da proteção à propriedade intelectual dada nacionalmente. O Brasil foi um pouco mais longe: adotou licenças compulsórias nos casos de interesse público[27], o que envolve muito mais que fármacos. Aliás, é um dos poucos casos de sucesso internacional em combate à AIDS. O governo brasileiro entrava, repetidamente, com licenças compulsórias de medicamentos para produção nacional, e mesmo perdendo mercado, os laboratórios internacionais concordaram com redução de preços. Entretanto, o Brasil acabou não adotando todas as flexibilidades

[26]http://docsonline.wto.org/imrd/directdoc.asp?DDFDocuments/t/WT/Min01/DEC2.doc (acesso em 27 jul. 2012).
[27] Decreto Nº. 3.201 de 1999.

concedidas pelo acordo, assim como muitos países em desenvolvimento. Por exemplo, não foi incorporado na legislação brasileira o mecanismo de testes para obtenção de registro de genéricos depois de expirado o prazo da patente.

A declaração de Doha é ainda criticada por não permitir exportações de medicamentos fabricados a partir de licenças compulsórias: desta forma, países que não possuem estrutura suficiente para produção continuarão sem benefícios. Atualmente, a proteção de medicamentos ainda é polêmica em todo mundo. No Brasil, tramita no Congresso discussões sobre as regras de seu patenteamento.[28] Estuda-se excluir a participação da ANVISA na concessão de patentes, o que tornaria ainda menos flexível o sistema de patentes. Em contrapartida, discute-se a proibição do patenteamento de medicamentos de segundo uso e polimorfos: quando é descoberta uma nova indicação para o mesmo composto e quando são fabricados novos remédios utilizando-se da mesma matéria-prima e apresentando os mesmos efeitos colaterais dos precursores patenteados, respectivamente.

Tratado da Lei de Patentes - 2000[29]

O objetivo deste tratado realizado em 2000 foi a harmonização e facilitação dos procedimentos formais acerca do patenteamento em escritórios regionais e nacionais. Isso foi feito pela estipulação de um prazo para a concessão da proteção; pelo estabelecimento dos requisitos necessários para o depósito; pela diminuição do número de procedimentos necessários para o patenteamento e pelo tratamento eletrônico das patentes depositadas.

[28]Situação da Lei 3709/08: aguardando Parecer na Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio (CDEIC). Consulta realizada no site da Câmara dos Deputados em 28 jul. 2012.

[29]http://www.wipo.int/treaties/en/ip/plt/index.html (acesso em 27 jul. 2012).

3. Instrumentos de Proteção à Propriedade Intelectual no Brasil

O surgimento da propriedade intelectual, segundo Barbosa (1978: 33) deu-se no início da Renascença, por volta de 1474, na cidade italiana de Veneza. Esta ocupava uma posição privilegiada do ponto de vista econômico, sendo rota de comércio entre o Ocidente e o Oriente. A adoção da proteção pelos países sucedeu um momento histórico bem definido: a integração dos países no desenvolvimento capitalista. Até 1623, nenhuma outra região tinha adotado o sistema de proteção, quando a Inglaterra promulgou o Estatuto dos Monopólios. No século XVIII, a prática foi disseminada, segundo Barbosa (1978:33), entre: EUA (1790), França (1791), Holanda (1809), Áustria (1810), Rússia (1812), Suécia (1819), Espanha (1869), Alemanha (1877), Japão (1885) etc. Segundo Lattimore e Kowalski[30], a primeira lei de patentes brasileira data de 1809, após a chegada da família real, com o alvará para investimentos industriais realizado pelo príncipe regente, sendo o quarto país a utilizar a proteção à propriedade intelectual. Ainda de acordo com Barbosa[31], desde o século XVIII o Brasil concedia patentes, mas eram atividades esporádicas, sem uma política clara de propriedade intelectual.

A propriedade intelectual é, hoje, uma parte do Direito que aborda a propriedade dos bens imateriais resultantes da manifestação intelectual e criativa do ser humano. Promove alguns mecanismos de proteção, dentre os quais: patentes, direitos autorais (copyrights), programas de computador (softwares), marcas, segredos industriais (*trade secrets*),

[30] Lattimore, R., Kowalski, P. (2008) Brazil: Selected Trade Issues. OECD Trade Policy Working Papers, n.71, OECD Publishing. doi:10.1787/241748572358, 2008, p.10.

[31] BARBOSA, A. L. F. **Propriedade e quase-propriedade no comércio de tecnologia**. Rio de Janeiro: CET-SUP-CNPq, 1978, p. 113.

cultivares (PBR), desenho industrial e indicação geográfica.[32]No Brasil, alguns desses mecanismos são apontados pela Lei nº. 9279/1996, legislação regente da proteção à propriedade industrial no país, outros possuem legislação específica.[33] Os meios de proteção à propriedade industrial[34] previstos em lei, e seguindo o modelo da Convenção de Paris, são os seguintes:

> Art. 2º A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante:
>
> I - concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade;
>
> II - concessão de registro de desenho industrial;
>
> III - concessão de registro de marca;
>
> IV - repressão às falsas indicações geográficas; e
>
> V - repressão à concorrência desleal.

As especificidades desses mecanismos de proteção serão discutidas nos próximos itens deste tópico, de acordo com os principais métodos de proteção à propriedade intelectual, começando com a análise das patentes, passando por direitos de cultivares, direitos autorais, indicação geográfica, marcas, segredos industriais, desenhos industriais e programas de computador.

Cabe ressaltar que, no Brasil, é o Ministério da Cultura quem regulamenta e administra os direitos autorais enquanto o INPI - Instituto Nacional de Propriedade Industrial - atua na proteção à propriedade

[32] Outra forma variante é o certificado de invenção, mas este não acarreta uso exclusivo como as patentes.

[33] Por exemplo, a Lei de Direitos Autorais (Lei nº. 9.610/1998) e a Lei de Cultivares (Lei nº. 9.456/1997).

[34] A Propriedade Intelectual engloba Propriedade Industrial e o Direito do Autor ou Direito Autoral. A Propriedade Industrial trata dos bens imateriais aplicáveis na indústria, que estão enumerados no texto.

industrial, conformando o escritório de patentes nacional. O INPI, criado em 1970, é vinculado ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, sendo responsável por registros de marcas, concessão de patentes, declaração de contratos de transferência de tecnologia e por registros de programas de computador, desenho industrial e indicações geográficas. Ou seja, fornece proteção legal à propriedade intelectual, que pode ser negociada, vendida, licenciada ou cedida, proporcionando a valorização econômica de ativos intangíveis[35].

Patentes

As patentes são títulos de propriedade temporários utilizados para proteger tanto uma atividade inventiva quanto pensamentos abstratos e servem para barrar, por lei, o uso, venda, produção ou importação não autorizada. Existem diferentes interpretações de aplicações de patentes entre os países. Por exemplo, muitas nações excluem de sua legislação a proteção a ideias abstratas, fórmulas e métodos de condução de negócios ou então itens que sejam ofensivos à moral pública.[36] Outros países são seletivos quanto a tecnologias e produtos que possam afetar o bem estar da população, como produtos farmacêuticos e de aplicações médicas. O Brasil é um desses países[37], como será visto ainda neste item.

[35] LUNA, F.; BAESSA, A. Impacto das marcas e patentes no desempenho econômico das firmas. In: J. A. K. De Negri, L.C. (Ed.). **Políticas de Incentivo à Inovação Tecnológica no Brasil.**Brasília: IPEA, 2008, v.1, p.464.

[36] SIEBECK, W. E. E. **Strengthening Protection of Intellectual Property in Developing Countries:** A Survey of the Literature. World Bank Discussion Paper, 1990.Disponívelem: http://www-wds.worldbank.org/servlet/WDSContentServer/WDSP/IB/2000/01/06/000178830_98101903544215/Rendered/PDF/multi_page.pdf. Acesso em: 28 jul. 2012, p. 6.

[37] Um exemplo da seletividade ocorrida no Brasil é a criação do Grupo de Trabalho de Propriedade Intelectual da REBRIP (Rede de Integração dos Povos) que fiscaliza as decisões de concessão do INPI (Instituto Nacional da Propriedade Industrial) pela ótica humanitária.

A patente é um direito legal de propriedade sobre uma invenção, garantido pelos escritórios de patentes nacionais e que confere a seu detentor direitos exclusivos (durante certo período) para explorar a invenção patenteada. Ao mesmo tempo, ela revela os detalhes da invenção como um meio de permitir seu uso social mais amplo.[38]

Segundo a Lei de Propriedade Industrial (LPI) no Brasil (Lei nº. 9.279/1996), as patentes podem ser classificadas em patentes de invenção e de modelos de utilidade. A patente de invenção é o título concedido pelo Estado (através do INPI) para a proteção de uma invenção ou de um modelo de utilidade por um determinado período de tempo.[39]Um modelo de utilidade é definido na lei citada (cap. III, Art. 9º) como a invenção que caracteriza um "objeto de uso prático, ou parte deste, suscetível de aplicação industrial, que apresente nova forma ou disposição, envolvendo o inventivo, que resulte em melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação". O Art. 10º da LPI aponta o que não se adequa dentro dessas duas denominações:

> Art. 10. Não se considera invenção nem modelo de utilidade:
>
> I - descobertas, teorias científicas e métodos matemáticos;
>
> II - concepções puramente abstratas;
>
> III - esquemas, planos, princípios ou métodos comerciais, contábeis, financeiros, educativos, publicitários, de sorteio e de fiscalização;
>
> IV- as obras literárias, arquitetônicas, artísticas e científicas ou qualquer criação estética;
>
> V - programas de computador em si;
>
> VI - apresentação de informações;
>
> VII - regras de jogo;

[38] Manual de Oslo, 1997, p.29-30, 3ª ed.
[39] Fonte: INPI.

> VIII - técnicas e métodos operatórios ou cirúrgicos, bem como métodos terapêuticos ou de diagnóstico, para aplicação no corpo humano ou animal; e
>
> IX - o todo ou parte de seres vivos naturais e materiais biológicos encontrados na natureza, ou ainda que dela isolados, inclusive o genoma ou germoplasma de qualquer ser vivo natural e os processos biológicos naturais.

Os países em desenvolvimento, em geral, possuem uma tendência de depósito de "*petty patents*", que são patentes menos intensivas em tecnologia.[40] Normalmente são invenções adaptativas, que no Brasil configuram os modelos de utilidade.

A lei de propriedade industrial indica os requisitos mínimos para que uma invenção possa ser patenteada: precisa ser nova (novidade), precisa realizar o que propõe (utilidade ou aplicação industrial) e não pode ser óbvia ou de conhecimento comum (atividade inventiva). A característica de utilidade não significa que a invenção precisa ser prática, mas que tenha aplicação potencial. Sob a ótica da lei de propriedade intelectual, quem decide o que é comercialmente viável é o mercado e não quem concede a proteção[41].

[40] SIEBECK, W. E. E. **Strengthening Protection of Intellectual Property in Developing Countries:** A Survey of the Literature. World Bank Discussion Paper, 1990.Disponívelem: http://www-wds.worldbank.org/servlet/WDSContentServer/WDSP/IB/2000/01/06/000178830_98101903544215/Rendered/PDF/multi_page.pdf. Acesso em: 28 jul. 2012.

[41] SIEBECK, W. E. E. **Strengthening Protection of Intellectual Property in Developing Countries:** A Survey of the Literature. World Bank Discussion Paper, 1990.Disponívelem: http://www-wds.worldbank.org/servlet/WDSContentServer/WDSP/IB/2000/01/06/000178830_98101903544215/Rendered/PDF/multi_page.pdf. Acesso em: 28 jul. 2012, p.7.

Antes do depósito do pedido, sugere-se a busca prévia[42] para o caso de já existir a inovação pretendida no estado da técnica. Ao ser requerido, o pedido passa por um exame formal preliminar e, conforme o resultado, é depositado ou não (neste último caso é exigida correção). Depois de 18 meses do depósito, o pedido é publicado[43], tornando possíveis reivindicações contrárias à concessão pelo público (além disso, é uma importante fonte de conhecimento para o desenvolvimento de novas técnicas[44]). Após 60 dias da publicação pode-se requerer o exame técnico da patente, o qual indicará a proteção (ou não, neste caso cabendo recurso) e entregará a carta-patente, documento de decisão da concessão, que ocorre após 21 meses, no mínimo, segundo o INPI. Porém, este prazo é bem maior na prática, atingindo em média 8 a 10 anos, segundo Gouveia[45]. Essa demora dificulta o licenciamento da inovação, ou seja, o "aluguel" temporário da inovação para outras empresas. Isso se dá pela incerteza presente: as empresas poderiam estar pagando *royalties* pelo uso de uma inovação que pode não ser reconhecida pelo INPI como digna de proteção.

Como qualquer outra forma de propriedade, as patentes possuem caráter territorial, ou seja, a proteção é aplicada somente nos países em que houve depósito. Este princípio, de territorialidade, foi estabelecido pela Convenção de Paris, como fora visto. Com isso, as firmas têm

[42] A busca prévia por patentes/marcas/desenhos já depositados no Brasil pode ser realizada pelo seguinte sítio: http://www.inpi.gov.br/menu-superior/pesquisas (acesso em 27 jul. 2012), onde a busca é gratuita.

[43] Esta publicação se dá por meio da *Revista da Propriedade Intelectual do INPI*, que pode ser encontrada no link: http://revista.inpi.gov.br/downloadinpi.asp (acesso em 27 jul. 2012).

[44] Isso se dá pela publicação anteriormente citada e pelas possíveis licenças posteriores. É claro que o papel do conhecimento tácito é bastante importante, mas dadas as características competitivas da geração de inovações, a abertura técnica dada pelas patentes é de indiscutível importância para o conhecimento público.

[45] GOUVEIA, F. (2007) Inovação e patentes: o tempo de maturação no Brasil. **Inovação Uniemp**, Campinas, v.3, n.3, 2007. Disponível em: http://inovacao.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-23942007000300012&lng=pt&nrm=iso.Acesso em:28 jul. 2012.

liberdade para aplicar uma tecnologia patenteada em outro lugar. Não obstante, também existem as chamadas “patentes regionais”, como por exemplo, as patentes europeias que são válidas em todos os países participantes e são resultados de acordos específicos na região.

Outra característica das patentes é a transferência de conhecimento, já que uma invenção deve ser descrita completamente no seu documento de depósito (e também pelo fato de seu pedido ser publicado). Quando não pode ser descrita pela escrita deve-se fornecer uma amostra para depósito. Essa descrição promove o ensino técnico da inovação em questão, permitindo que outros, ao menos na teoria, absorvam o novo conhecimento gerado por meio da compra, licitação ou quebra de sigilo da patente.

Também se deve destacar a importância da geração de conhecimento e inovação por meio do incentivo econômico que as patentes proporcionam às firmas. Sem a exclusividade de produção (ou uso) da nova tecnologia, as empresas não se sentiriam estimuladas em expandir seu conhecimento, pela existência do custo de pesquisa. Uma empresa concorrente poderia copiar sua inovação e comercializá-la a um preço menor, já que a imitação não seria tão custosa. Com a existência da proteção, há incentivos para o investimento em conhecimento e em inovação, mas, em contrapartida, pode-se aumentar o grau de monopólio temporário acarretando diversos custos para a economia e a sociedade.

Com o monopólio da invenção, esta forma de proteção acaba excluindo possíveis melhoramentos ou novas formas de utilização da invenção patenteada por outros que não o seu detentor. Para amenizar esse efeito, algumas nações institucionalizaram as “licenças compulsórias”, utilizadas principalmente pelos países em desenvolvimento. Estas garantem a aplicação da patente por um interessado nacional caso seu detentor estrangeiro, por exemplo, não

venha a aplicá-la na produção doméstica ou que o faça com preços abusivos para o contexto do país. A licença nada mais é que a concessão do uso da patente. Neste caso, o detentor da patente tem o direito de receber "*royalties*", que são geralmente porcentagens dos preços de venda do produto e "variam de acordo com o campo da tecnologia e o escopo da patente (normalmente ao redor de 5%, segundo o INPI).[46]

Na legislação brasileira (Lei nº. 9.279 de 14.05.96[47]), as normas para o licenciamento compulsório são apontadas a seguir:

> Art. 68. O titular ficará sujeito a ter a patente licenciada compulsoriamente se exercer os direitos dela decorrentes de forma abusiva, ou por meio dela praticar abuso de poder econômico, comprovado nos termos da lei, por decisão administrativa ou judicial.
>
> § 1º Ensejam, igualmente, licença compulsória:
>
> I - a não exploração do objeto da patente no território brasileiro por falta de fabricação ou fabricação incompleta do produto ou, ainda, a falta de uso integral do processo patenteado, ressalvados os casos de inviabilidade econômica, quando será admitida a importação; ou
>
> II - a comercialização que não satisfizer às necessidades do mercado.
>
> § 2º A licença só poderá ser requerida por pessoa com legítimo interesse e que tenha capacidade técnica e econômica para realizar a exploração eficiente do objeto da patente, que deverá destinar-se, predominantemente, ao mercado interno, extinguindo-se nesse caso a excepcionalidade prevista no inciso I do parágrafo anterior.
>
> (...)

[46] http://www6.inpi.gov.br/patentes/titularidades/licencas.htm?tr14 (acesso em 28 jul. 2012)

[47] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm (acesso em 28 jul. 2012).

> § 5º A licença compulsória de que trata o § 1º somente será requerida após decorridos 3 (três) anos da concessão da patente.

O detentor da patente licenciada obrigatoriamente pode recorrer em juízo, para justificar o desuso, comprovar empenho para realização ou então comprovar a ocorrência de obstáculo legal no país. A licença compulsória poderá ser concedida, ainda, se existir dependência entre patentes (quando uma invenção patenteada depende da aplicação de outra invenção protegida por outra patente) e se não houver acordo entre os detentores. Dessa forma, haverá incentivo para o progresso técnico resultante da exploração de inovações contidas em patentes dependentes.

Apesar de ser um instrumento importante para o progresso tecnológico, é relativamente pouco utilizado em países em desenvolvimento, segundo Siebeck:[48] há uma percentagem de uso de 5 a 10% em relação a 10 a 30% em países desenvolvidos. No Brasil, uma forte razão para isto é que há a possibilidade de requerer a caducidade da patente por falta de uso efetivo dentro de dois anos contados da concessão da primeira licença compulsória, ou cinco anos contados da concessão da carta-patente para sua exploração. Com a caducidade, a patente se torna de domínio público, podendo qualquer interessado explorar a mesma sem pagamento de retribuição ou mesmo importar o produto livremente.[49]

Normalmente é a intensidade da inovação que determina o tempo de duração da proteção. Este costuma ser uniforme dentre os países da

[48] SIEBECK, W. E. E. **Strengthening Protection of Intellectual Property in Developing Countries:** A Survey of the Literature. World Bank Discussion Paper, 1990.Disponívelem: http://www-wds.worldbank.org/servlet/WDSContentServer/WDSP/IB/2000/01/06/000178830_98101903544215/Rendered/PDF/multi_page.pdf. Acesso em: 28 jul. 2012.

[49] http://www6.inpi.gov.br/patentes/titularidades/licencas.htm?tr14 (acesso em 28 jul. 2012).

OCDE, mas varia bastante entre os países em desenvolvimento. Por exemplo, Siebeck[50] cita que a proteção às patentes em países em desenvolvimento varia de 5 a 20 anos. No Brasil, a duração de uma patente é de 20 anos a contar da data do pedido de registro para patentes de invenção e para os modelos de utilidade o prazo de exclusividade é de 15 anos. Siebeck[51] afirma, ainda, que existem produtos excluídos da proteção, como são os produtos farmacêuticos em 28 de 81 países por ele pesquisados; e organismos vivos em 30 dentre os mesmos 81 países. No Brasil existe proteção a ambos, mas dentro de restrições como indicado a seguir (Lei 9.279/1996):

> Art. 18. Não são patenteáveis:
>
> I - o que for contrário à moral, aos bons costumes e à segurança, à ordem e à saúde públicas;
>
> II - as substâncias, matérias, misturas, elementos ou produtos de qualquer espécie, bem como a modificação de suas propriedades físico-químicas e os respectivos processos de obtenção ou modificação, quando resultantes de transformação do núcleo atômico; e
>
> III - o todo ou parte dos seres vivos, exceto os microorganismos transgênicos que atendam aos três requisitos de patenteabilidade - novidade, atividade inventiva e aplicação industrial - previstos no art. 8º e que não sejam mera descoberta.
>
> Parágrafo único. Para os fins desta Lei, microorganismos transgênicos são organismos, exceto o todo ou parte de plantas ou de animais, que expressem, mediante

[50] SIEBECK, W. E. E. **Strengthening Protection of Intellectual Property in Developing Countries:** A Survey of the Literature. World Bank Discussion Paper, 1990.Disponívelem: http://www-wds.worldbank.org/servlet/WDSContentServer/WDSP/IB/2000/01/06/000178830_98101903544215/Rendered/PDF/multi_page.pdf. Acesso em: 28 jul. 2012, p. 14.

[51] SIEBECK, W. E. E. **Strengthening Protection of Intellectual Property in Developing Countries:** A Survey of the Literature. World Bank Discussion Paper, 1990.Disponívelem: http://www-wds.worldbank.org/servlet/WDSContentServer/WDSP/IB/2000/01/06/000178830_98101903544215/Rendered/PDF/multi_page.pdf. Acesso em: 28 jul. 2012.

> intervenção humana direta em sua composição genética, uma característica normalmente não alcançável pela espécie em condições naturais.

É interessante notar a exclusão de organismos vivos (com exceção dos microorganismos) do direito à proteção. O Brasil, assim como muitos outros países, aceita patentes de cultivares e de microorganismos, mas ainda exclui projetos que contenham elementos químicos ou biológicos relacionados a organismos vivos. Essa e outras dificuldades (como falta de incentivo, morosidade etc.) fazem com que as empresas procurem patentear sua inovação no exterior. É o caso, por exemplo, de uma empresa brasileira que registrou um processo que transforma água do mar em água potável utilizando nanotecnologia, mas não conseguiu aprovação da ANVISA[52] para a obtenção de patente no Brasil. Enquanto aguarda mudanças legislativas, registrou e já comercializa o produto nos EUA.

Por fim, as sanções relativas à punição por crime contra a Lei de Propriedade Industrial, dependem do tipo da infração, como se segue:

> Art. 183. Comete crime contra patente de invenção ou de modelo de utilidade quem:
>
> I - fabrica produto que seja objeto de patente de invenção ou de modelo de utilidade, sem autorização do titular; ou
>
> II - usa meio ou processo que seja objeto de patente de invenção, sem autorização do titular.
>
> Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.
>
> Art. 184. Comete crime contra patente de invenção ou de modelo de utilidade quem:
>
> I - exporta, vende, expõe ou oferece à venda, tem em estoque, oculta ou recebe, para utilização com fins econômicos, produto fabricado com violação de patente

[52] Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

> de invenção ou de modelo de utilidade, ou obtido por meio ou processo patenteado; ou
>
> II - importa produto que seja objeto de patente de invenção ou de modelo de utilidade ou obtido por meio ou processo patenteado no País, para os fins previstos no inciso anterior, e que não tenha sido colocado no mercado externo diretamente pelo titular da patente ou com seu consentimento.
>
> Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.
>
> Art. 185. Fornecer componente de um produto patenteado, ou material ou equipamento para realizar um processo patenteado, desde que a aplicação final do componente, material ou equipamento induza, necessariamente, à exploração do objeto da patente.
>
> Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.
>
> Art. 186. Os crimes deste Capítulo caracterizam-se ainda que a violação não atinja todas as reivindicações da patente ou se restrinja à utilização de meios equivalentes ao objeto da patente.

Direitos de Cultivares – Plant Breeders Rights (PBRs)

São direitos sobre invenções de cultivares, ou seja, novas formas de plantas. Normalmente, para obter este tipo de proteção em âmbito internacional, segundo Siebeck[53], é necessário que a planta submetida seja estável, homogênea e distinguível de outras variedades existentes. Nos EUA, a proteção é de 25 anos[54], mas normalmente esta é de 15 anos para outros países, sendo que um período mais longo é dado a árvores e vinhos. No Brasil, a "Lei de Proteção aos Cultivares" (Lei nº.

[53] SIEBECK, W. E. E. **Strengthening Protection of Intellectual Property in Developing Countries:** A Survey of the Literature. World Bank Discussion Paper, 1990.Disponívelem: http://www-wds.worldbank.org/servlet/WDSContentServer/WDSP/IB/2000/01/06/000178830_98101903544215/Rendered/PDF/multi_page.pdf. Acesso em: 28 jul. 2012.

[54] Estabelecido pelo *Plant Variety ProtectionAct* (PVPA).

9.456/1997[55]) segue estas mesmas considerações e prazo de 15 anos. A legislação brasileira de Cultivares ainda inclui a possibilidade de licença compulsória, assim como a Lei de Patentes, que nas palavras da Lei de Proteção aos Cultivares pode ser definida como:

> Art. 29. Entende-se por licença compulsória o ato da autoridade competente que, a requerimento de legítimo interessado, autorizar a exploração da cultivar independentemente da autorização de seu titular, por prazo de três anos prorrogável por iguais períodos, sem exclusividade e mediante remuneração na forma a ser definida em regulamento.
>
> Este licenciamento pode ser requerido nos seguintes casos:
>
> § 1º Ensejam, igualmente, licença compulsória:
>
> I - a não exploração do objeto da patente no território brasileiro por falta de fabricação ou fabricação incompleta do produto ou, ainda, a falta de uso integral do processo patenteado, ressalvados os casos de inviabilidade econômica, quando será admitida a importação; ou
>
> II - a comercialização que não satisfizer às necessidades do mercado.

Dessa forma, o sistema nacional de proteção à propriedade intelectual limita os direitos a serem concedidos ao detentor, se estes não forem utilizados em território nacional. Assim a tecnologia pode ser explorada pelo país, se houver um interessado em praticá-la, contribuindo para o desenvolvimento. É uma estratégia bastante adotada entre países em desenvolvimento, como já mencionado.

A motivação do setor privado no avanço tecnológico agrícola (utilizando-se, p.e., de biotecnologia) depende muito da existência da proteção à propriedade intelectual, pois essas inovações são facilmente

[55] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9456.htm (acesso em 28 jul. 2012).

copiadas por concorrentes. Mas a proteção de inovações que utilizam organismos vivos, técnica importante para o setor, é uma questão muito polêmica, tanto que muitos países não a permitem, inclusive o Brasil. Dentre os problemas, pode-se citar: as sementes geneticamente modificadas podem ser reproduzidas naturalmente, sendo importante a proteção legal; pode ser difícil identificar o produto patenteado e definir exatamente o que está sob proteção já que os cultivares estão sob deslocamento genético natural e mutações espontâneas; invenções agrícolas podem dar origem a uma cadeia de invenções derivadas, que resulta múltiplos *royalties* para um único produto (na linguagem legislativa, isso é chamado de 'dependência'); e é virtualmente impossível aos detentores das patentes provarem a ocorrência de fraudes.[56] Mas algumas razões para proteção a este tipo de inovação podem ser citadas: benefícios econômicos, como redução de preços e aumento de qualidade; maior valor adicionado; benefícios para saúde com espécies de maior conteúdo nutricional; aumento da resistência a doenças promovendo maior produção etc.

De acordo com o Art. 10º da Lei de Cultivares, não fere o direito de propriedade sobre a cultivar protegida aquele que reserva e planta sementes para uso próprio, usa ou vende como alimento o produto de seu plantio (exceto para fins reprodutivos), utiliza a cultivar para melhoramento genético ou pesquisa científica, multiplica sementes para doação ou troca (sendo pequeno produtor para outros pequenos produtores rurais). Excetua-se dessas observações cultivares de cana-de-açúcar. Por fim, há punições para:

[56] SIEBECK, W. E. E. **Strengthening Protection of Intellectual Property in Developing Countries:** A Survey of the Literature. World Bank Discussion Paper, 1990.Disponívelem: http://www-wds.worldbank.org/servlet/WDSContentServer/WDSP/IB/2000/01/06/000178830_98101903544215/Rendered/PDF/multi_page.pdf. Acesso em: 28 jul. 2012

> Art. 37. Aquele que vender, oferecer à venda, reproduzir, importar, exportar, bem como embalar ou armazenar para esses fins, ou ceder a qualquer título, material de propagação de cultivar protegida, com denominação correta ou com outra, sem autorização do titular, fica obrigado a indenizá-lo, em valores a serem determinados em regulamento, além de ter o material apreendido, assim como pagará multa equivalente a vinte por cento do valor comercial do material apreendido, incorrendo, ainda, em crime de violação dos direitos do melhorista, sem prejuízo das demais sanções penais cabíveis.
>
> § 1º Havendo reincidência quanto ao mesmo ou outro material, será duplicado o percentual da multa em relação à aplicada na última punição, sem prejuízo das demais sanções cabíveis.

Direito Autoral (copyrights)

A legislação sobre direitos autorais protege o material original de cópia não autorizada. A duração da proteção varia entre países, sendo normalmente 50 anos além da vida do autor. Ao contrário das patentes, os *copyrights* são geralmente não exclusivos, ou seja, o detentor não pode proibir outros de utilizarem seu trabalho, mas pode requerer uma compensação pelo uso em forma de *royalties*.

No Brasil, as normas referentes aos direitos autorais se encontram na Lei Nº. 9.610/1998, a qual possibilita a transferência total ou parcial do objeto protegido, "por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito" (Art. 49). Além disso, prevê a proteção por 70 anos após o falecimento do autor (contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento)[57].

Em muitos países a lei permite exceções à proteção, admitindo reprodução sem a permissão do autor para fins escolares, de crítica, de ensino e para imprensa. No Brasil é permitida a reprodução na imprensa

[57] Para ver quais obras são dignas de proteção vide Art. 7º da Lei 9.610/1998.

(desde que citada a fonte), para uso de deficientes visuais (para reprodução em Braille), para fins de estudo, crítica ou polêmica (também citando a fonte), para demonstração à clientela, para representação teatral e execução musical com fins exclusivamente didáticos (não havendo intuito de lucro), para prova judiciária, para paráfrases e paródias etc. (Arts. 46 e 47 da Lei 9610/1998).

Indicação Geográfica

A proteção à indicação geográfica funciona como um certificado de qualidade do produto, indicando que possui certa reputação do local de origem. Em muitos países a proteção dada às indicações geográficas corresponde àquela fornecida às marcas. No Brasil, a legislação que trata deste tema é a Lei de Propriedade Industrial (nº. 9279/1996):

> Art. 176. Constitui indicação geográfica a indicação de procedência ou a denominação de origem.
>
> Art. 177. Considera-se indicação de procedência o nome geográfico de país, cidade, região ou localidade de seu território, que se tenha tornado conhecido como centro de extração, produção ou fabricação de determinado produto ou de prestação de determinado serviço.
>
> Art. 178. Considera-se denominação de origem o nome geográfico de país, cidade, região ou localidade de seu território, que designe produto ou serviço cujas qualidades ou características se devam exclusiva ou essencialmente ao meio geográfico, incluídos fatores naturais e humanos.
>
> (...)
>
> Art. 182. O uso da indicação geográfica é restrito aos produtores e prestadores de serviço estabelecidos no local, exigindo-se, ainda, em relação às denominações de origem, o atendimento de requisitos de qualidade.

As indicações geográficas, para serem registradas como tal, não poderão ser de uso comum. O requerimento pode ser feito por sindicatos, associações, institutos ou qualquer outra pessoa jurídica de representatividade coletiva, havendo legítimo interesse e estabelecimento no respectivo território[58].

Com relação a fraudes, crimes e punições previstos em lei tem-se que:

> Art. 192. Fabricar, importar, exportar, vender, expor ou oferecer à venda ou ter em estoque produto que apresente falsa indicação geográfica.
>
> Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.
>
> Art. 193. Usar, em produto, recipiente, invólucro, cinta, rótulo, fatura, circular, cartaz ou em outro meio de divulgação ou propaganda, termos retificativos, tais como "tipo", "espécie", "gênero", "sistema", "semelhante", "sucedâneo", "idêntico", ou equivalente, não ressalvando a verdadeira procedência do produto.
>
> Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.
>
> Art. 194. Usar marca, nome comercial, título de estabelecimento, insígnia, expressão ou sinal de propaganda ou qualquer outra forma que indique procedência que não a verdadeira, ou vender ou expor à venda produto com esses sinais.
>
> Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

Marcas

Marca, segundo o INPI[59], é todo sinal distintivo, visualmente perceptível, que identifica e distingue produtos e serviços de outros análogos, de procedência diversa, bem como certifica a conformidade

[58]http://www6.inpi.gov.br/indicacao_geografica/oquee/quem_pode.htm?tr12 (acesso em 28 jul. 2012).
[59]http://www6.inpi.gov.br/marcas/oquee_marca/o_que_e_marcas.htm?tr10 (acesso em 28 jul. 2012).

dos mesmos com determinadas normas ou especificações técnicas. Seu objetivo é proteger a imagem de um produto, utilizando um nome ou logotipo para que haja diminuição da informação assimétrica por parte dos consumidores, garantindo a qualidade (ou *status*) do produto associado à marca.

Há poucas limitações para a escolha da marca. Uma delas, por exemplo, é a similaridade: não podem existir marcas similares de modo que possa confundir o consumidor. Normalmente, a marca não possui vencimento da proteção enquanto usada. No Brasil, existe um prazo de vigência, mas sempre prorrogável, de acordo com o Art. 133 que descreve: "O registro da marca vigorará pelo prazo de 10 (dez) anos, contados da data da concessão do registro, prorrogável por períodos iguais e sucessivos", sendo de responsabilidade do titular a renovação e seu uso (é declarada nulidade caso não seja utilizada no período de 5 anos após a concessão) [60].

Com relação aos crimes e respectivas punições, a lei declara:

> Art. 189. Comete crime contra registro de marca quem:
>
> I - reproduz, sem autorização do titular, no todo ou em parte, marca registrada, ou imita-a de modo que possa induzir confusão; ou
>
> II - altera marca registrada de outrem já aposta em produto colocado no mercado.
>
> Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.
>
> Art. 190. Comete crime contra registro de marca quem importa, exporta, vende, oferece ou expõe à venda, oculta ou tem em estoque:

[60] As marcas podem ser diferenciadas em diversos tipos. Com relação à natureza, elas podem ser de produto, serviço, coletiva ou de certificação. Já no que diz respeito à forma de apresentação, podem ser nominativas, mistas, figurativas ou tridimensionais. Para mais detalhes consultar a Lei 9.279/1996.

> I - produto assinalado com marca ilicitamente reproduzida ou imitada, de outrem, no todo ou em parte; ou
>
> II - produto de sua indústria ou comércio, contido em vasilhame, recipiente ou embalagem que contenha marca legítima de outrem.
>
> Pena - detenção, de (1) um a (3) três meses, ou multa
>
> Art. 191. Reproduzir ou imitar, de modo que possa induzir em erro ou confusão, armas, brasões ou distintivos oficiais nacionais, estrangeiros ou internacionais, sem a necessária autorização, no todo ou em parte, em marca, título de estabelecimento, nome comercial, insígnia ou sinal de propaganda, ou usar essas reproduções ou imitações com fins econômicos.
>
> Pena - detenção, de (1) um a (3) três meses, ou multa.
>
> Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem vende ou expõe ou oferece à venda produtos assinalados com essas marcas.

Segredos industriais (trade secrets)

Na maioria dos países, segundo Siebeck[61], os segredos industriais não são definidos pela lei ou sujeitos a qualquer requerimento formal como as patentes e outras formas de proteção à propriedade intelectual. Alguns os protegem por meio de leis, por contratos ou somente por um aspecto ético. São exemplos de segredo industrial: invenções e rascunhos, lista de consumidores, informações de engenharia reversa etc. Um exemplo de lei é a proteção à informação confidencial detida por um empregado contratado por um concorrente. Na lei de patentes brasileira, há menção à proteção do segredo industrial somente no caso de serem revelados em juízo:

[61] SIEBECK, W. E. E. **Strengthening Protection of Intellectual Property in Developing Countries:** A Survey of the Literature. World Bank Discussion Paper, 1990.Disponívelem: http://www-wds.worldbank.org/servlet/WDSContentServer/WDSP/IB/2000/01/06/000178830_98101903544215/Rendered/PDF/multi_page.pdf. Acesso em: 28 jul. 2012.

> Art. 206. Na hipótese de serem reveladas, em juízo, para a defesa dos interesses de qualquer das partes, informações que se caracterizem como confidenciais, sejam segredo de indústria ou de comércio, deverá o juiz determinar que o processo prossiga em segredo de justiça, vedado o uso de tais informações também à outra parte para outras finalidades.

De acordo com Siebeck[62], os segredos industriais podem ser definidos como uma antítese das patentes, pois não possuem a abertura de informação que estas últimas proporcionam. Não possuem, também, uma data de expiração, desde que o segredo seja mantido, como por exemplo, a fórmula da Coca-Cola. Dessa forma, os segredos industriais podem ser mais vantajosos para a empresa do que as patentes, pela ausência de custos administrativos. É bastante comum sua adoção em sistemas de proteção morosos, como o do Brasil. Porém envolvem grande risco de vazamento de informações, fazendo com que a firma perca exclusividade da aplicação da inovação, e consequentemente os lucros advindos desta, ficando com o custo da criação. Ainda, de um ponto de vista social, as patentes são mais vantajosas, pois permitem um encadeamento de P&D através de licenças, aumentando a difusão de conhecimento, o que não é possível pelos segredos industriais.

Desenhos Industriais

O desenho industrial é uma nova forma ou, como definido pela lei de propriedade industrial (Lei nº. 9279; Art. 95), uma "forma plástica ornamental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que

[62] SIEBECK, W. E. E. **Strengthening Protection of Intellectual Property in Developing Countries:** A Survey of the Literature. World Bank Discussion Paper, 1990.Disponívelem: http://www-wds.worldbank.org/servlet/WDSContentServer/WDSP/IB/2000/01/06/000178830_98101903544215/Rendered/PDF/multi_page.pdf. Acesso em: 28 jul. 2012.

possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial". O registro pode ser realizado em outros países em até seis meses do depósito no Brasil, segundo a Convenção de Paris[63] (Art. 4º). O mesmo ocorre com o depósito de desenhos estrangeiros no Brasil.

A busca prévia, ou seja, a pesquisa antecedente ao depósito com fins de comprovação da singularidade do desenho, não é obrigatória, mas aconselhável, segundo o INPI.[64]Embora o interessado possa obter a concessão de um registro mesmo já existindo outro pedido anterior de terceiros de desenho idêntico, poderá ocorrer nulidade do registro, posteriormente.

Não podem ser registrados os desenhos técnicos que sejam contrários à moral e aos bons costumes ou que seja objeto de ofensa; aqueles que atentem "contra a liberdade de consciência, crença, culto religioso ou ideia e sentimentos dignos de respeito e veneração"; aquelas formas que sejam comuns ou vulgares (Art. 100).

Para gozarem de proteção, os desenhos industriais deverão apresentar novidade, utilização ou aplicação industrial e ser originais. De acordo com o Artigo 97, o desenho industrial é considerado original quando dele resulta uma configuração visual distintiva, em relação a outros objetos anteriores; e é considerado novo quando não compreendido no estado da técnica (ou seja, não se identifica com nenhum padrão conhecido). Embora essas duas características não sejam verificadas na concessão, poderá haver nulidade futura pelo não atendimento das especificações.

[63] Disponível em: http://pt.io.gov.mo/Legis/International/record/98.aspx (acesso em 28 jul. 2012) em português e http://www.wipo.int/treaties/en/ip/paris/trtdocs_wo020.html do site oficial da WIPO em inglês.

[64]http://www6.inpi.gov.br/desenho_industrial/oquee/busca.htm?tr11 (acesso em 28 jul. 2012)

No Brasil, a vigência da proteção é de “10 (dez) anos contados da data do depósito, prorrogável por 3 (três) períodos sucessivos de 5 (cinco) anos cada até atingir o prazo máximo de 25 (vinte e cinco) anos contados da data do depósito” (Art. 108 da LPI).

A punição contra o crime de propriedade intelectual no caso de desenhos industriais também varia de acordo com o tipo de infração:

> Art. 187. Fabricar, sem autorização do titular, produto que incorpore desenho industrial registrado, ou imitação substancial que possa induzir em erro ou confusão.
>
> Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.
>
> Art. 188. Comete crime contra registro de desenho industrial, quem:
>
> I - exporta, vende, expõe ou oferece à venda, tem em estoque, oculta ou recebe, para utilização com fins econômicos, objeto que incorpore ilicitamente desenho industrial registrado, ou imitação substancial que possa induzir em erro ou confusão; ou
>
> II - importa produto que incorpore desenho industrial registrado no País, ou imitação substancial que possa induzir em erro ou confusão, para os fins previstos no inciso anterior, e que não tenha sido colocado no mercado externo diretamente pelo titular ou com seu consentimento.
>
> Pena - detenção, de 1 (um) a (3) três meses, ou multa.

Programas de computador (Softwares)

No Brasil, os programas de computador possuem legislação específica, a Lei Nº. 9.609/1998[65], embora sua proteção seja conferida

[65] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9609.htm (acesso em 28 jul. 2012).

pela legislação sobre direitos autorais (Lei Nº. 9.610/1998[66]). Sendo assim, como obras protegidas por direitos autorais, eles gozam de proteção com abrangência internacional e proteção ao nome do programa conjuntamente ao software em si.[67]A legislação específica faz-se necessária, pois os *softwares* possuem característica utilitária, mas também literária, não se encaixando perfeitamente na lei de *copyrights*.

No artigo primeiro da Lei nº. 9.609/1998 softwares são definidos como sendo a

Expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados.

Para o registro, é necessário o fornecimento dos dados referentes ao autor do programa de computador e ao titular, se distinto do autor, sejam pessoas físicas ou jurídicas; a identificação e descrição funcional do programa de computador; e os trechos do programa e outros dados que sejam suficientes para identificá-lo (estes serão mantidos em sigilo) e, ainda, caracterizar sua originalidade.

O período de proteção é de 50 anos a partir do começo do ano subjacente ao seu depósito. A punição aos crimes varia de detenção de seis meses até quatro anos e multa, de acordo com a gravidade da infração.

[66] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm (acesso em 28 jul. 2012).
[67]http://www6.inpi.gov.br/programa_computador/oquee/registro.htm?tr10 (acesso em 28 jul. 2012).

4. Características do Sistema de Inovação Brasileiro

Por meio da PINTEC (Pesquisa de Inovação Tecnológica) do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) é possível observar algumas características da inovação no Brasil. De acordo com a pesquisa de 2008, cerca de 38% das empresas entrevistadas (com 10 ou mais trabalhadores) realizaram algum tipo de inovação. Os resultados para 2005 foram parecidos: 33,4%. Comparando-se essa taxa de inovação com outros países que desenvolvem pesquisas similares, o Brasil se encontra próximo à França (32,6% para 2004) e da Espanha (34,7%).[68]

Porém, as inovações brasileiras são majoritariamente de processos e dessas, a maior parte se destina a melhoramentos de processos já existentes. Apenas 3,3% das empresas afirmaram ter desenvolvido inovação de produto para o mercado interno. “Dessa forma, seria mais adequado caracterizar a trajetória brasileira de desenvolvimento muito mais como de difusão de padrões tecnológicos já presentes no próprio país do que como uma trajetória de inovação devidamente considerada”[69].

Uma das razões para o desempenho observado da inovação no Brasil, além da memória de instabilidade econômica, é a falta de cultura de inovação e a natureza de curto prazo das estratégias empresariais. A inovação é um processo de risco e com resultados nem sempre instantâneos, portanto carece de estratégias de longo prazo. Além disso, as empresas brasileiras não possuem tradição de investir em capacitação tecnológica ou em desenvolvimento interno de P&D. Ainda,

[68]CRUZ, H. N. da; VERMULM, R. Inovação e política industrial no Brasil. In: DELFIM NETO, A. (Coord.); GUILHOTO, J. J. M.; DUARTE, P.G.; SILBER, S. D. **O Brasil do Século XXI.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 5.

[69]CRUZ, H. N. da; VERMULM, R. Inovação e política industrial no Brasil. In: DELFIM NETO, A. (Coord.); GUILHOTO, J. J. M.; DUARTE, P.G.; SILBER, S. D. **O Brasil do Século XXI.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 6.

a economia industrial brasileira é majoritariamente composta por micro e pequenas empresas, que possuem menor possibilidade de ter uma estrutura adequada para a inovação.

Soma-se à carência da cultura de inovação e à estrutura da indústria brasileira o fato das políticas públicas de incentivo ao desenvolvimento industrial pautado na inovação serem relativamente recentes. Uma das primeiras leis, nesse sentido, foi a Lei nº. 8.661 de 1993, que instituiu incentivos fiscais. Porém, foi em meados da década de 2000 que instrumentos a favor da inovação começam a entrar em vigor. Hoje o Brasil já conta com uma gama de programas no que tange o financiamento da atividade inovativas como: financiamento reembolsável com taxas de juros reduzidas; financiamento não reembolsável; subvenção econômica; incentivos fiscais; subvenção à contratação de recursos humanos; fundos de capital de risco etc.

Além dos programas para financiamento, o Brasil conta com leis que regulamentam parcerias para inovação, por exemplo, a Lei da Inovação, e que oferecem incentivos fiscais para apoiar as atividades de P&D, como a Lei do Bem.

É grande a diversidade de instrumentos existentes e é inegável que o Brasil avançou na estruturação e operacionalização desses mecanismos, podendo-se afirmar que se encontra em fase de aprendizado na sua utilização, pois esses instrumentos ainda são recentes; aprendizado tanto por parte do meio empresarial como das próprias agências públicas responsáveis pela gestão desses benefícios[70].

Em outras palavras, "o setor privado brasileiro precisa aprender a utilizar os incentivos e instrumentos pró-inovação colocados à sua disposição".[71] Porém, isso não significa que o Brasil possui um papel irrelevante internacionalmente em termos de inovações. Em alguns setores, onde normalmente há uma grande empresa âncora, as inovações são destaques internacionais. Por exemplo, na agroindústria, muitas vezes em parceria com a Embrapa (exemplos: etanol, soja); na indústria petrolífera, por meio da Petrobrás (ex: pré-sal); na indústria aeronáutica (Embraer); na mineração (Vale) etc. Portanto, nas palavras de Coutinho "o Sistema Nacional de Inovação brasileiro (SNI) é, de fato, uma coleção de sistemas setoriais de inovação".[72]

[70]CRUZ, H. N. da; VERMULM, R. Inovação e política industrial no Brasil. In: DELFIM NETO, A. (Coord.); GUILHOTO, J. J. M.; DUARTE, P.G.; SILBER, S. D. **O Brasil do Século XXI.**São Paulo: Saraiva, 2011, p. 17.

[71]COUTINHO, L. O Brasil do século XXI: Desafios do futuro. In: DELFIM NETO, A. (Coord.); GUILHOTO, J. J. M.; DUARTE, P.G.; SILBER, S. D. **O Brasil do Século XXI.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 31.

[72]COUTINHO, L. O Brasil do século XXI: Desafios do futuro. In: DELFIM NETO, A. (Coord.); GUILHOTO, J. J. M.; DUARTE, P.G.; SILBER, S. D. **O Brasil do Século XXI.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 33.

Dadas as características apontadas, como fortalecer o SNI brasileiro? Coutinho aponta, nesse sentido, que:

> O incentivo pecuniário ao inovador dentro da empresa (pessoa física) é a patente. É necessário criar mais fluidez e segurança ao sistema de patentes para a proteção da propriedade industrial e da propriedade intelectual. Essa diretriz deveria fazer parte de uma mudança de mentalidade, de cultura empresarial. A gestão privada precisa incorporar a inovação como um vetor fundamental da rentabilidade e do crescimento das empresas.[73]

5.Conclusão

Como foi visto, o Brasil possui um sistema de proteção avançado em termos legislativos e uma considerável inserção internacional, participando de quase todas as convenções existentes, além de receber e efetuar depósitos de patentes em outros países. Isso mostra a constante busca pela facilitação legal para a atualização tecnológica, e para a transferência de conhecimento entre países.

Além disso, a legislação brasileira de proteção procura equilibrar a questão da disseminação do conhecimento versus concessão de propriedade intelectual: por um lado concede a patente para incentivar a inovação, mas por outro explicita a possibilidade de licença compulsória, respaldando-se caso haja alguma propriedade intelectual afetando o desenvolvimento do país ou o bem-estar da população.

De toda forma, a análise para a concessão dessas licenças é bastante criteriosa e ocorre quando há estritamente uma necessidade pública. Cabe ressaltar ainda que, somente pela possibilidade de emissão das licenças, há uma maior possibilidade de redução de preços em negociações com os laboratórios, como se observou no contexto

[73]COUTINHO, L. O Brasil do século XXI: Desafios do futuro. In: DELFIM NETO, A. (Coord.); GUILHOTO, J. J. M.; DUARTE, P.G.; SILBER, S. D. **O Brasil do Século XXI.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 34.

brasileiro. Sendo assim, é um aparato legal bastante importante para um país em desenvolvimento.

Apesar de o Brasil ter uma das mais evoluídas regulamentações na área, assim como inúmeros programas de apoio e incentivo à inovação (embora ainda seja bastante demorado o processo de concessão de patentes por parte do INPI) observa-se que inovações não são uma prática das empresas brasileiras para busca de produtividade de modo geral. A carência de cultura de inovação e a falta de planejamento de longo prazo das empresas fragilizam o processo de criação de novos produtos e processos.

A tendência é, porém, que a manutenção da estabilidade econômica crie um ambiente favorável a estratégias empresariais de longo prazo, e a necessidade de produtividade frente à concorrência internacional juntamente com rápidas mudanças tecnológicas levem ao aumento da adoção da prática de PD&I como estratégia empresarial, desenvolvendo esse quesito no âmbito da economia nacional e acelerando o desenvolvimento econômico.

> Só acredito que a inovação vai, de fato, se tornar sistêmica quando, na percepção e na realidade empresarial, ela for erigida como vetor-chave para a rentabilidade e para a acumulação. Talvez estejamos chegando perto disso. É hora de acelerar mudanças institucionais para consolidar e dar segurança e incentivo aos processos de inovação dentro das empresas.[74]

Essa tendência, aliada a um sistema de concessão mais eficiente, pode resultar em um sistema de proteção à propriedade intelectual bastante dinâmico e com bons resultados.

[74]COUTINHO, L. O Brasil do século XXI: Desafios do futuro. In: DELFIM NETO, A. (Coord.); GUILHOTO, J. J. M.; DUARTE, P.G.; SILBER, S. D. **O Brasil do Século XXI.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 34.

6.Referências

BARBOSA, A. L. F. Propriedade e quase-propriedade no comércio de tecnologia. Rio de Janeiro: CET-SUP-CNPq, 1978.

BRASIL. MTE - Ministério do Trabalho e Emprego. Resumo Explicativo das Convenções. Brasília, 2011. Disponível em: < http://portal.mte.gov.br/legislacao/convencoes.htm >. Acesso em: 28 jul. 2011.

COUTINHO, L. O Brasil do século XXI: Desafios do futuro. In: DELFIM NETO, A. (Coord.); GUILHOTO, J. J. M.; DUARTE, P.G.; SILBER, S. D. O Brasil do Século XXI. São Paulo: Saraiva, 2011.

CRUZ, H. N. da; VERMULM, R. Inovação e política industrial no Brasil. In: DELFIM NETO, A. (Coord.); GUILHOTO, J. J. M.; DUARTE, P.G.; SILBER, S. D. O Brasil do Século XXI. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOUVEIA, F. (2007) Inovação e patentes: o tempo de maturação no Brasil. Inovação Uniemp, Campinas, v.3, n.3, 2007. Disponível em: http://inovacao.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-23942007000300012&lng=pt&nrm=iso.Acesso em:28 jul. 2012.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Pesquisa de Inovação Tecnológica – PINTEC. 2005-2008 e 2002-2005. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/industria/pintec/2008/default.shtm. Acesso em 28 jul. 2012.

LANGINIER, C., MOSCHINI, G. The Economics of Patents: An Overview. Center for Agricultural and Rural Development, Iowa State University, Working Paper 02-WP 293, 2002.

LATTIMORE, R., KOWALSKI, P. Brazil: Selected Trade Issues. OECD Trade Policy Working Papers, n.71, OECD, 2008. Publishing. doi:10.1787/241748572358.

LUNA, F.; BAESSA, A. Impacto das marcas e patentes no desempenho econômico das firmas. In: J. A. K. De Negri, L.C. (Ed.). Políticas de Incentivo à Inovação Tecnológica no Brasil. Brasília: IPEA, 2008, v.1, p.463-501.

PATENT MANUAL.The Measurement of Scientific and Technological Activities Using Patent Data as Science and Technology Indicators.OECD. Paris, 1994. Disponível em: http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/4033.html. Acesso em: 28 jul. 2012.

RODRIGUES, W. C. V.; SOLER, O. Licença compulsória do efavirenz no Brasil em 2007: contextualização. Revista Panamericana de Salud Publica, Washington, v. 26, n. 6, Dec. 2009 . Disponível em:

<www.scielosp.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1020-49892009001200012&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 27 jul. 2012.

SIEBECK, W. E. E. Strengthening Protection of Intellectual Property in Developing Countries: A Survey of the Literature. World Bank Discussion Paper, 1990.Disponívelem: http://www-wds.worldbank.org/servlet/WDSContentServer/WDSP/IB/2000/01/06/000178830_98101903544215/Rendered/PDF/multi_page.pdf. Acesso em: 28 jul. 2012.

WIPO. World Patent Report: A statistical review. v.931, 2008. Disponível em: http://www.wipo.int/ipstats/en/statistics/patents/.Acesso em 25 jul. 2012.

Patentes: Função ou Disfunção Social?

Análise Econômica Sobre os Custos do Sistema Patentário[75]

Nayara Tataren Sepulcri[76]
Giovani Ribeiro Rodrigues Alves[77]
Maurício Vaz Lobo Bittencourt[78]

> [...] a) a patente se insere numa estratégia de desenvolvimento; b) como tal, o sistema de patentes deve moldar-se à necessidade de se fortalecer o poder de competição da indústria nacional; c) a política de patentes deve adequar-se à necessidade de se acelerar a transferência de tecnologia; d) a patente passa a ser vista não só sob o ponto-de-vista legal, mas também em sua perspectiva econômica.(I Plano Nacional de Desenvolvimento do Brasil. In: CARVALHO, 1983)

1. Introdução

A ideia de patente e *know-how* era só um embrião quando, em 1406, artesãos da Lombardia foram contratados para fabricar em Florença, com exclusividade, implementos para a indústria têxtil durante

[75] Trabalho apresentado para o Núcleo de Direito Empresarial Comparado (NEMCO) da Universidade Federal do Paraná, coordenado pela Professora Doutora Marcia Carla Pereira Ribeiro.

[76]Mestranda em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Email: nayarats@yahoo.com.br

[77] Advogado. Mestrando em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Email: giovanirralves@uol.com.br

[78]Professor Assistente do Departamento de Economia e do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Econômico (PPGDE) da Universidade Federal do Paraná (UFPR), Pós-Doutorando na Ohio State University (EUA), Bolsista do CNPq.

o período de três anos. Condição imposta: as técnicas deveriam ser ensinadas aos artesãos locais, que, após o prazo de exclusividade, seriam autorizados a concorrer com os lombardos.[79]

A ilustração do que foi um dos primeiros registros históricos da propriedade industrial serve para mostrar, com alguma atualidade, a tensão entre custos e benefícios dessa peculiar classe de direitos. Seis séculos mais tarde, agora com uma complexidade infinitamente maior, as discussões em matéria de propriedade industrial (em especial da patente) giram em torno desse permanente conflito de interesses entre o detentor da exclusividade e a comunidade social. Duas preocupações centrais sobressaem nesse particular: de um lado, os efeitos monopolizadores da patente, e de outro, a autonomia científica e econômica das nações importadoras de tecnologia.

A questão nos dias atuais assume importância ainda maior diante da posição de centralidade da tecnologia no que respeita ao seu papel no desenvolvimento econômico das nações. No século pretérito, o norte-americano Robert Solow, em estudo que lhe rendeu o prêmio Nobel, concluiu que 90% da produção per capita nos Estados Unidos durante a primeira metade do século deveu-se ao progresso tecnológico.[80] Diante dessa virada, teorias econômicas mais recentes, agora dialogando de perto com o Direito, reconhecem a relevância da propriedade imaterial no contexto pós-industrial, erigindo a tecnologia como quarto pilar econômico além dos três pilares tradicionais (capital, trabalho, recursos naturais).

Em razão dessa prestigiada posição, os direitos de propriedade industrial, como é de se supor, envolvem grandes disputas de interesse e poder, não apenas por parte dos agentes econômicos, mas sobretudo

[79] PIMENTEL, Luiz Otavio. Direito Industrial: aspectos introdutórios. Chapecó: Unoesc, 1994, p. 70.
[80] PIMENTEL, Luiz Otavio. Op. cit.,p. 49.

entre as nações produtoras e as importadoras de tecnologia, estas normalmente cedendo às pressões daquelas, dada a sua condição de inferioridade política (e também econômica). Sintomático dessa realidade, é o Acordo TRIPS/ADPIC, celebrado em 1995, que representou o mais significativo marco na regulamentação internacional da propriedade intelectual, estabelecendo padrões internacionais mínimos e vinculantes em um rigor nunca antes testemunhado.

É certo que a tecnologia, pela importância que assume no contexto político e econômico presente, deve ser objeto de reforçada proteção jurídica. Cabe indagar, todavia, se o modelo de propriedade industrial atualmente vigente é capaz de prover uma tutela adequada que atenda simultaneamente aos interesses do seu titular e aos da nação/sociedade – ambos incontestavelmente legítimos. Em outras palavras, é perquirir se a patente desempenha efetivamente uma função social. Ou se, do contrário, é possível afirmar que seus custos sociais são de tal monta que implicam uma verdadeira disfunção do instituto.

Com esse objetivo, analisa-se primeiramente os fundamentos jurídicos e econômicos do direito patentário, traçando alguns aspectos essenciais da patente no tocante à sua regulamentação legal e às suas justificações teóricas. Em seguida, adentra-se ao estudo específico da função social da patente, analisando seus benefícios e custos socioeconômicos, com enfoque nos proclamados efeitos anticoncorrenciais do instituto e dos temidos custos de dependência tecnológica aos países em desenvolvimento econômico.

A abordagem empreendida será eminentemente pautada por uma perspectiva econômica e social, eis que o direito posto não parece fornecer elementos suficientes a respeito das justificações e funcionalidades da patente, elementos que certamente se desvelam em

um estudo pré-jurídico e além-jurídico, a investigar causas e efeitos (sobretudo econômicos) do sistema patentário.

2. Fundamentos jurídicos e socioeconômicos do direito patentário

Para que se proceda uma análise acerca do direito patentário, primeiro é necessário abordar, ainda que brevemente, o arcabouço legal e teórico que tangencia os fundamentos jurídicos, sociais e econômicos desse direito. Após traçar aspectos elementares do instituto da patente, apresentando de forma breve o aporte legal e doutrinário que define seus principais contornos atuais, passa-se ao estudo de suas justificações socioeconômicas, cuja compreensão será útil para o estudo dos benefícios e custos do sistema patentário.

2.1Aspectos elementares da patente

A patente constitui direito individual de estatura constitucional, tal como o direito de propriedade *lato sensu*. No rol do art. 5º, o inc. XXIX estabelece:

> a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País

O “privilégio temporário para a utilização dos inventos industriais”, a que se refere a Constituição, consiste justamente no direito de patente. As outras figuras posteriormente mencionadas são também institutos pertencentes à categoria “propriedade industrial”. Em vista disso, antes de ingressar na definição doutrinária da patente, é pertinente

contextualizá-la no sistema. Trata-se, pois, de um dos institutos da variada gama de direitos da propriedade industrial. Nas palavras de GAMA CERQUEIRA, a propriedade industrial consiste no "conjunto dos institutos jurídicos que visam a garantir os direitos de autor sobre as produções intelectuais do domínio das indústrias e manter a lealdade da concorrência comercial e industrial". [81] Não é demais pontuar a distinção entre esta classe de direitos e a outra, mais ampla, que constitui a propriedade intelectual, abrangendo também as manifestações criativas no domínio das artes (direitos autorais).[82] Esclarecida essa questão preliminar, passa-se à análise da patente de invenção, instituto que, para os fins deste estudo, mais nos interessa.

A patente pode ser conceituada como o "direito outorgado pelo Governo de uma nação a uma pessoa, o qual confere a exclusividade de exploração do objeto de uma invenção, ou de um modelo de utilidade, durante um determinado período em todo o território nacional".[83]

A invenção, objeto da patente, é caracterizada pela cumulação de três requisitos: novidade, inventividade e aplicação industrial (art. 8º da Lei de Propriedade Industrial). É nova a invenção não compreendida no estado de técnica, vale dizer, tudo aquilo tornado acessível ao público antes da data de depósito do pedido de patente (art. 11, LPI); a inventividade estará presentesempre que, "para um técnico do assunto, não decorra de maneira evidente ou óbvia de seu estado de técnica".

[81] CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da propriedade industrial.**2. ed. São Paulo, RT, 1982, v. 1, p. 62.

[82] A propriedade intelectual, sinteticamente, designa o conjunto dos direitos resultantes das concepções da inteligência e do trabalho intelectual, comportando duas divisões básicas, conforme seja manifestada no domínio da indústria ou no das artes. Se no primeiro caso, a produção da inteligência receberá a denominação de "propriedade industrial", no segundo, entrará no grupo dos chamados "direitos autorais" (direitos de criação artística, científica e literária). (CERQUEIRA, João da Gama. **Op. cit.,** 1946, p. 70)

[83] DI BLASI JR., Clésio Gabriel; GARCIA, Mario Augusto Soerensen; MENDES, Paulo Parente Marques. **A propriedade industrial – O sistema de marcas, patentes e desenhos industriais analisados a partir da Lei 9.279, de 14 de maio de 1996**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 19.

[84]Já o requisito da industriabilidade deve ser compreendido como sinônimo de *utilidade*, na medida de suscetibilidade de exploração industrial, de invenção *utilizável na indústria.*[85]

A regulamentação da propriedade industrial não perpassa apenas pela legislação nacional, como também pelas diretrizes internacionais, que hoje exercem relevante papel harmonizador e regulador na matéria, tendo em vista sua projeção globalizada. Nesse particular, indispensável fazer alusão ao acordo internacional, celebrado no ano de 1995 no âmbito da OMC, destinado a regular "Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio" – sigla ADPIC ou TRIPS, no inglês – e que, pela sua ampla adesão e grande repercussão nas legislações dos países signatários, pode ser considerado a grande passagem normativa da contemporaneidade na matéria.

Registra-se que os acordos internacionais anteriores ao TRIPS franqueavam ampla liberdade aos países signatários para determinar suas regras internas e os níveis de proteção adequados às suas necessidades e estágios de desenvolvimento. Diversamente, as normas do TRIPS são vinculantes a todos os membros e não lhes permitem estabelecer proteção mais restrita em relação aos patamares ali previstos. Desse modo, o advento do acordo representou uma substancial elevação nos níveis de proteção da propriedade intelectual, sobretudo nos países em desenvolvimento: ao contrário das nações mais industrializadas, que já adotavam preceitos semelhantes aos

[84] REQUIÃO, Rubens.**Curso de Direito Comercial.** 1º volume, 26ª ed. atual.por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2005,p.316.

[85] A esses três elementos, Rubens REQUIÃO ainda acrescenta o da *originalidade,* conceito diverso da novidade e que se confunde com a própria idéia de invenção, enquanto componente intrínseco desta; e o da *licitude*, que denota a conformidade com a lei, os bons costumes e a consonância com a moral comum (o que se extrai, aliás, dos artigos 47 e 18, inc. I, da LPI), com atenção para as exceções à patenteabilidade legalmente previstas. (REQUIÃO, **Op. cit.***,* pp. 312, 313 e 317)

estabelecidos no TRIPS, aqueles países, de um modo geral, possuíam níveis de proteção relativamente baixos.[86]

O atual Código da Propriedade Industrial brasileiro (Lei 9.279/1996) já entrou em vigor adequado à nova diretriz internacional, estabelecendo, dentre outras novidades (em obediência ao TRIPS), o aumento do prazo de proteção patentária de 15 para 20 anos, e a extensão da patenteabiliedade para todos os setores da indústria, inclusive os setores farmacêutico e alimentício.

Outro aspecto importante a ser destacado é que, face ao atual nível de sofisticação tecnológica, a figura do inventor singular que, por meio dos seus próprios esforços e recursos empreende a inovação, está praticamente extinta. Hoje, grande parte das inovações desenvolve-se no seio da empresa e resulta de um esforço conjunto de muitos empregados cujo contrato de trabalho, aliás, não raro tem por objeto justamente a pesquisa ou a atividade inventiva. Por previsão expressa de lei (art. 88, LPI), em tais situações a propriedade do invento não pertence àquele que efetivamente o produziu, mas sim ao investidor, ao empresário contratante. No Brasil, já é possível assistir à criação inventiva também em institutos de pesquisa e agências de fomento à inovação no âmbito de universidades, contando com apoio de recursos públicos e parcerias com empresas.[87]

Finalmente, interessante pontuar que, diante das repercussões socioeconômicas que o direito de patente demonstrou causar, foi edificada na atualidade a noção de *"sistema de patentes"*, a qual, nas palavras de Nuno Tomaz Pires de CARVALHO, não contempla somente *"*o conjunto de normas e princípios que regulam a aquisição, o exercício

[86] GUISE, Mônica Steffen. **Comércio Internacional, Patentes e Saúde Pública.** Curitiba: Juruá, p. 39-41.

[87] Com a finalidade de regular essa promissora arena de inovação é que foi editada a Lei nº 10.973/ 2004 (Lei de Inovação)

e a perda dos direitos do inventor", mas também uma série de diretrizes de natureza política e econômica, tanto em nível doméstico quanto internacional.[88] Daí a importância de que o estudo da patente envolva considerações relativas ao contexto socioeconômico em que está inserida, investigando, outrossim, os fundamentos e justificações teóricas desse complexo e contraditório sistema, o que será empreendido nos itens que seguem.

2.2. Fundamentos do sistema patentário

A ideia primária da propriedade industrial, especificamente no que toca a patente, assentava-se no direito natural do inventor em beneficiar-se do produto de sua genialidade. Essa corrente também é conhecida como teoria do trabalho (ou recompensa por monopólio), baseada precipuamente na tese de Locke, segundo a qual a propriedade se justifica pelo trabalho empregado em seu objeto.[89]

Na doutrina brasileira, seguia essa corrente GAMA CERQUEIRA, o qual afirmava que

> se o homem tem, naturalmente, o domínio das coisas que lhes são exteriores, e pode, por direito natural, adquirir-lhe a propriedade concreta, antes das coisas exteriores devem pertencer-lhe, de modo particular e imediato, as que ele cria pela sua atividade pessoal, pelo seu engenho, pelo seu trabalho intelectual.[90]

Note-se, contudo, que tal concepção do direito intelectual sugere um liame personalíssimo entre autor/inventor e sua obra/invento. Como visto,

[88] CARVALHO. N. T. P. O sistema brasileiro de patentes: o mito e a realidade. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro.** São Paulo, XXII-nova série (52): 1983, pp. 37-38.

[89] FISCHER, W. Theories of intellectual property. New essays in the legal and political theory of property. Apud: ROCHA, D. Op. cit, p. 6-7.

[90] CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da propriedade industrial.**2. ed. São Paulo, RT, 1982, v. 1, p. 84.

hoje é rara a figura do inventor solitário, que individualmente idealiza determinado produto/processo e resolve exercer o direito de sua exploração exclusiva, o que em boa medida enfraquece a teoria clássica. Grande parte das inovações desenvolve-se agora no seio da empresa e resulta de um esforço conjunto de muitos empregados cujo contrato de trabalho, aliás, não raro tem por objeto justamente a pesquisa ou a atividade inventiva.

Diante da inadequação da teoria clássica à atual configuração do instituto patentário, ganhou prestígio a chamada teoria do estímulo, que parte do reconhecimento de que, como regra geral, as invenções exigem pesados investimentos, o que torna necessário garantir ao inventor/investidor a possibilidade de reaver os valores desembolsados e ainda obter uma razoável margem de lucro.[91] Por outro lado, também reconhece que esse incentivo econômico é indispensável para que a patente cumpra a sua função social, de estímulo às invenções de interesse para a coletividade.[92] Mais imbuída de um conteúdo econômico que moral, a teoria do estímulo é consentânea à realidade que hoje se experimenta: a de que o grande nascedouro da inovação tecnológica é o ambiente empresarial – e se a empresa é entidade que persegue o lucro, não aplicará seus recursos se não tiver a perspectiva de recuperá-los e extrair um maior proveito financeiro do bem tecnológico que agregou à sociedade.[93]

[91] OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. **Op. cit**. p. 74.

[92] COMPARATO, Fabio Konder. A transferência empresarial de tecnologia para países desenvolvidos: um caso típico de inadequação dos meios aos fins. In:**Direito empresarial: estudos e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1995, 1. ed. 2. tir., p. 44.

[93] Interessante referência a esse respeito é o artigo de Fabio Konder COMPARATO, referido na nota anterior,no qual o autor assinala que nas invenções industriais anteriores à primeira guerra (alude ao radiotelégrafo de Marconi e aos motores a vapor de Watt), o inventor nunca era o homem da empresa. Já nas grandes invenções industriais do século XX, tem-se *"grande dificuldade em encontrar alguma que tenha medrado fora do âmbito empresarial"*. (COMPARATO, Fabio Konder. **Op. cit.** p. 43).

Nessa ótica, o mecanismo temporal da exclusividade da exploração da criação patenteada tem, portanto, um duplo efeito, uma vez que incentiva o cientista (criador) a buscar inovações úteis à indústria ao conceder a ele a exclusividade temporária, propiciando assim a possibilidade de receber dividendos, mas ao mesmo tempo estabelece um benefício para a sociedade, na medida em que viabiliza um avanço no estado da técnica até então existente, e igualmente garante o domínio público após o período de exploração exclusiva. Neste sentido, PIMENTEL destaca que o objetivo de geração de informações e de aperfeiçoamento do fluxo tecnológico também estão presentes nas funcionalidades das patentes.[94]

O autor aponta que o:

> direito deixa de ser exclusivo, porque passam os conhecimentos tecnológicos para o domínio público, mas o inventor (empresa titular da patente) continua a usar, fruir e dispor da coisa; quer dizer, ele pode continuar industrializando o suporte material da invenção, já sem o privilégio de exclusividade.[95]

Em semelhante sentido, é de grande importância e atualidade a denominada teoria utilitarista. O utilitarismo é pautado no binômio prazer (felicidade) e dor. As condutas seriam justificadas pela tentativa humana de maximizar a felicidade e evitar a infelicidade[96]. Deste modo, o sistema patentário como um todo poderia ser entendido como a tentativa de maximização do bem-estar social, procurando o equilíbrio entre a concessão de direitos exclusivos para estimular invenções e o aproveitamento público dessas criações.[97] Como se vê, ela representaria

---

[94] PIMENTEL, Luiz Otavio. **Direito Industrial: aspectos introdutórios.** Chapecó: Unoesc, 1994**,**p. 175.

[95] PIMENTEL, Luiz Otavio. **Op Cit.,**p. 90.

[96] RIBEIRO, Marcia C. P.; GALESKI, Irineu. **Teoria Geral dos Contratos. Contratos Empresariais e Análise Econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier,2009.

[97] Fischer, W. **Theories of intellectual property. New essays in the legal and political theory of property**. Apud: ROCHA, D. Op. cit, p. 6.

um avanço face à teoria do estímulo, pois agrega como elemento fundamental o *bem-estar social*.

Um dos aspectos enfatizados por essa teoria diz respeito aos incentivos proporcionados pela proteção ao aumento da atividade inventiva, ocorrendo um *trade-off* para o bem-estar social, que aumenta com a maior disponibilidade de novos bens, mas diminui com maiores custos administrativos e maiores preços. O desafio, assim, reside em encontrar um ponto de equilíbrio que maximize o bem-estar, onde os benefícios marginais igualem-se aos custos marginais.[98]

Questão que merece especial realce diz respeito à contradição presente na "apropriabilidade" de bens imateriais, o que resresentaria *a priori* uma contradição sob a perspectiva da lógica econômica. Para melhor apreensão do problema, é pertinente a referência à definição econômica dos chamados bens públicos (e que não se confunde com a definição jurídica de bens públicos). Naeconomia, o bem é considerado público quando reúne as características do uso não rival e da não exclusividade. Segundo explicam Luciano Benetti TIMM e Renato CAOVILLA:

> Por não-rival, entende-se o bem em que, para qualquer nível específico de produção, o custo marginal de sua produção é zero para um consumidor adicional. Vale dizer, o custo adicional oriundo de uma pessoa a mais utilizar esse bem é igual a zero – o que aconteceria, por exemplo, em situações de ausência de escassez de um bem como o ar ou segurança pública. Por rivalidade, entende-se que o consumo de um bem por uma pessoa

[98] ROCHA, Dayane. **Uma análise sobre o prêmio fornecido pelas patentes às firmas brasileiras**. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Econômico) – Setor de Ciências Econômicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

> deixa menos do mesmo bem para o consumo de outra pessoa.[99]

A característica da não-exclusividade é bem elucidada por Cristiano CARVALHO e Ely José de MATTOS, com base nos ensinamentos de ULLEN e COOTER:

> Não-exclusividade significa que não há como excluir terceiros do uso do mesmo bem ou então o custo para possibilitar a exclusão é tão alto que nenhuma empresa privada desejará produzi-lo. Se respiro o ar a minha volta, não posso impedir que outros também respirem. O contrário, por óbvio, ocorre nos bens privados, onde o proprietário tem condições de impedir o suo de seu bem por outras pessoas.[100]

Conforme explicam PICCIOTTO e CAMPBELL, a propriedade imaterial é considerada um bem não rival, o que em tese a tornaria insuscetível de apropriação. Inexiste a escassez característica dos bens de consumo e até mesmo dos bens de produção em geral. Assim, o Estado intervém para a criação (artificial) da propriedade e aquele bem que, por natureza, era não exlusivo, adquire por ficção jurídica a exclusividade, o que para os aludidos autores geraria elevados custos de transação. Por isso, sugerem eles como um esquema alternativo de proteção aos industriais o sistema da "remuneração razoável", baseado em uma regra de compensação.[101]

---

[99] TIMM Luciano Benetti; CAOVILLA Renato. **As Teorias Rivais sobre a Propriedade Intelectual no Brasil.**Economic Analysis of Law Review, Vol. 1, N° 1 (2010). Disponível em: http://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/

[100] CARVALHO, Cristiano; MATTOS Ely José de. **Análise Econômica do Direito Tributário e Colisão de Princípios Jurídicos: Um Caso Concreto.** ALACDE Annual Conference, Mexico City (2008). Disponível em: http://works.bepress.com/cristiano_carvalho/20

[101] PICCIOTTO, Sol; CAMPBELL, David. **Afinal de contas, de quem é esta molécula? – Perspectiva privada e social sobre a propriedade intelectual.** Tradução de José Augusto Fontoura Costa e Fernanda Sola. In: Revista de Direito Empresarial. n. 11. Curitiba: Juruá, 2009, p. 39.

Para outros autores, como Nuno Tomaz Pires de CARVALHO, ao confrontar a patente com os dois sistemas existentes de promoção da invenção – os segredos e o patrocínio estatal, defende que a patente tem o efeito de reduzir os custos de transação através de uma melhor quantificação e qualificação dos direitos.[102]

Partindo da análise feita por Coase na obra "The Nature of the Firm", Paula FORGIONI define os custos de transação como sendo "os gastos para se valer do mercado"[103]. No atual ambiente industrial, seria impensável uma empresa que conseguisse produzir e fornecer a si mesma todos os produtos e serviços de que necessita. Deste modo, a sociedade busca a solução do mercado, verificando a relação custo-benefício de adquirir algo que não pode (ou que não compensa em termos econômicos) produzir ou prover.

Veja-se que um sistema patentário eficiente garante a redução dos custos de transação, visto que propicia tanto um estímulo para que se produza um produto ou se realize um determinado serviço (ao proteger legalmente) como garante que no futuro as empresas possam adotar alternativas alcançadas por outras no passado ou até mesmo busquem aprimorá-las para equilibrar o sistema competitivo.

Antes de tomar partido sobre essas questões, o que exige melhor análise e cotejo entre os custos e benefícios das patentes, cabe destacar que a propriedade deve ser pensada em seu aspecto social, como ponto de partida. A criação de tal ficção jurídica por certo tem em mira interessantes efeitos econômicos. Porém, instituir um monopólio legal nesses moldes precisa, para legitimar-se, encontrar respaldo em fundamentos que convirjam com o interesse social.

---

[102] CARVALHO. N. T. P. CADE Informa. *Entrevista disponível em:* http://www.cade.gov.br/news/n023/ entrevista.htm

[103] FORGIONI, Paula. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 62.

Deste modo, se por um lado se sustenta que o incentivo econômico (exclusividade na exploração) seja fundamental para que haja criação, é indispensável que a patente cumpra a sua função social e sirva de estímulo às invenções de interesse da coletividade.[104] Esse aspecto será melhor abordado no subitem seguinte.

3. Patente: função ou disfunção social?

Como se viu, a complexidade e as contradições subjacentes à propriedade industrial revelam ser imperativo a existência de uma correlata função social que legitime a tutela jurídica dessas criações (da patente, em especial).

Antes de qualquer consideração sobre o conteúdo e alcance da função social da patente, importante explicitar por que o princípio da função social da propriedade, segundo nos parece, ganha uma projeção ainda mais significativa neste terreno. A primeira questão que salta aos olhos é que a patente, diversamente das formas ordinárias de propriedade, confere àquele que a detém não apenas uma posição jurídica (titularidade), mas uma relevante posição econômica (exclusividade).[105] O monopólio legal assim concedido possibilita ao seu titular, em muitos casos, conquistar uma posição de poder econômico propícia a abusos. Com efeito, conforme se analisou no tópico antecedente, a outorga de direito de propriedade imaterial (notadamente pela via patentária) decorreu de ficção jurídica em nada convergente com a concepção tradicional de propriedade, justamente porque aquela recai

[104] COMPARATO, Fabio Konder. A transferência empresarial de tecnologia para países desenvolvidos: um caso típico de inadequação dos meios aos fins. In:**Direito empresarial: estudos e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1995, 1. ed. 2. tir., p. 44.

[105] BARRAL, Welber; PIMENTEL, Otávio. **Direito de propriedade intelectual e desenvolvimento. In: Propriedade intelectual e desenvolvimento.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p.11

sobre bens não rivais, que em tese não demandariam titularidade (o uso de uma ideia por um não prejudica o uso dessa mesma ideia por outro, simultânea e indefinidamente). Se assim o é, a propriedade imaterial, com muito mais razão, deve cumprir uma missão social, sob pena de perder fundamento de legitimidade.

A segunda razão que impõe à propriedade industrial o desempenho efetivo de uma função social, está no fato de se tratar de propriedade inserida na dinâmica produtiva da economia da nação. Melhor explicando, a patente se localiza numa classe específica de propriedade: trata-se de bem produtivo, propriedade *empresarial*. Importante estudo a esse respeito é o de Eros Roberto GRAU[106], a defender que é nas propriedades empresariais onde efetivamente se realizaria o princípio da função social, em contraste com os bens de consumo e os destinados à subsistência de uma família, por exemplo, cuja funcionalidade seria marcadamente individual.[107] Sustenta o autor que as primeiras não seriam somente 'propriedades', mas verdadeiras 'propriedades-função social', a cujo titular é imposto o dever de exercê-las em beneficio de outrem e não apenas de não o exercer em prejuízo de outrem.

Pietro PERLINGIERI, tratando do assunto em sua relação com o princípio da livre iniciativa econômica, sustenta ser o proprietário-empresário livre, mas ressalva que a autonomia não é sinônimo de livre arbítrio: os atos e atividades não somente não podem perseguir fins anti-sociais, mas devem ser avaliáveis como conformes à razão pela qual o direito de propriedade foi garantido e reconhecido.[108] Para o jurista italiano, existem figuras de atividade nas quais o sujeito proprietário, ou controlador/empresário, tem a obrigação de realizar a utilidade social que

[106] GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 8ª ed. rev. e at. São Paulo: Malheiros, 2003.
[107] GRAU, Eros Roberto. Op. cit., 211.
[108] PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao direito civil constitucional.** Tradução de Maria Cristina de CICCO. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 236.

aquele bem é suscetível de realizar.[109] Ora, em matéria de propriedade industrial, especialmente a patentária, tal aspecto da função social assume singular relevância, em vista do complexo contexto no qual se insere.

Neste tópico, visando à investigação da extensão e alcance da função social da patente, analisaremos, de um lado, os benefícios socio-econômicos proporcionados pelo sistema patentário, e, de outro, os custos sociais e possíveis efeitos danosos desse mesmo sistema.

3.1 Benefícios do sistema patentário

A análise das diferentes teorias acerca dos fundamentos do sistema de patentes, há pouco enfrentada, proporcionou uma visão preliminar sobre as possíveis benesses do sistema de patentes, especialmente em termos de desenvolvimento econômico e tecnológico de uma nação.

Passa-se, neste momento, a uma apresentação mais minuciosa de tais benefícios. Em primeiro lugar, como já visto na teoria do estímulo/utilitarista, a patente representa um importante incentivo prévio ao investimento na atividade inventiva, caracterizado por ser de elevado risco e por demandar aplicação de significativos recursos financeiros e humanos. Com efeito, a perspectiva de uma exclusividade comercial de duas décadas[110] pode representar um atrativo determinante na decisão por investimento em P&D pela empresa. Nesse sentido, calha bem a observação de Fabio Konder Comparato quando afirmou que o privilégio patentário não constitui propriamente um “prêmio ao inventor isolado,

[109] PERLINGIERI, Pietro. Op. cit., p. 238.
[110] Prazo atualmente estabelecido no TRIPS.

mas garantia de amortização dos investimentos e meio de consolidação do poder econômico".[111]

É certo que, por um lado, a teoria do estímulo à produção de novos inventos traz em si uma racionalidade voltada ao empresário, tutelando o seu interesse privado em buscar, por meio da patente, uma posição privilegiada no mercado e um consequente incremento de lucros e retorno dos investimentos, o que poderia representar uma das formas de se realizar a função social. Todavia, como prefalado, quando se trata de propriedade industrial/empresarial, a função social não pode se esgotar aí.

Assim, o mesmo fundamento abrange argumentos pró sociedade, pondo em evidência outra e mais robusta função social possível: os novos inventos gerados, muitos dos quais não o seriam sem o devido incentivo, não apenas representam um potencial ganho em termos de bem-estar social (na medida em que permite introduzir no mercado uma utilidade, seja produto ou serviço, até então inexistente), como também representam uma evolução no "estado da arte" do saber científico/tecnológico, passando a integrar o acervo de conhecimentos do país/humanidade.

Três objetivos elementares da patente costumam ser invocados pela doutrina: incentivar a invenção, gerar informações e aperfeiçoar o fluxo tecnológico.[112] Merece menção, a propósito, minucioso estudo promovido por LANGINIER e MOSCHINI, bastante elucidativo dessas funções ou aspectos benéficos das patentes. Em primeiro, tem-se a promoção de novas invenções, vale dizer, o incentivo à criação dado ex-ante, conforme análise anteriormente exposta, mais voltada à perspectiva

[111] PIMENTEL, Luiz Otavio. **Direito Industrial: aspectos introdutórios.** Chapecó: Unoesc, 1994, p. 77.
[112] Levantamento feito por Luiz Otávio Pimentel, com base em estudo de Nuno Tomaz Pires de Carvalho. In. **Op. cit.,** p 175.

individual do inventor/investidor. Em segundo, a disseminação de conhecimento, pela publicação dos pedidos depósitos, de forma a franquear à comunidade o acesso às inovações, para fins de pesquisa e criação de novos inventos, sendo apenas vedada a reprodução por terceiros não autorizados durante a vigência da patente (evitando-se, inclusive, a duplicação no desenvolvimento de invenção já patenteada). Após o prazo de expiração, o objeto da proteção cai em domínio público e a qualquer um é permitido reproduzir, comercializar, etc. O terceiro aspecto é que as patentes permitem intensificar o fluxo tecnológico, facilitando a transferência e comercialização de tecnologia, através de licenciamentos. [113]

Os benefícios aí elencados constituem a pedra angular do sistema de patentes, militando em favor de sua função social. Por outro lado, o sistema pode revelar também algumas disfunções. Há certamente custos sociais embutidos na patente, e é desse aspecto que nos ocuparemos nas próximas linhas.

3.2 Custos sociais do sistema

O primeiro custo a ser considerado decorre do própio “monopólio” legal assegurado pela patente, e da posição dominante que, via de regra, a exclusividade do bem imaterial garante. Na opinião de PENROSE, as patentes garantem poder de monopólio a seus detentores, e como consequência, acarretam um custo social devido à elevação dos preços dos produtos. Com efeito, a visão de patente como monopólio segue

[113] LANGINIER, C., MOSCHINI, G. (2002) **The Economics of Patents: An Overview.**Apud: ROCHA, Dayane. Op. cit., p. 24.

uma vertente mais tradicional da doutrina, sendo atualmente prestigiada a ideia de direito exclusivo (ou propriedade) de natureza especial.[114]

Ora, independentemente de se classificar a titularidade patentária como monopólio, propriedade especial, ou outro nome qualquer, é certo que, uma vez reconhecido o direito, apenas o seu titular (ou autorizado) poderá, com total exclusividade e durante vinte anos, produzir o suporte material da invenção patenteada, constituindo crime a sua fabricação por terceiro não autorizado (art. 183 da Lei 9279/96).[115] Há, portanto, um evidente hiato na livre-concorrência, uma "ilha de exclusividade em um oceano de liberdade".[116]

Sob a ótica concorrencial, haveria justificativa razoável para a exceção? Aqui cabe registrar uma observação bastante pertinente: é que a patente, ao contrário dos monopólios característicos, nada tira da comunidade, antes a enriquece com algo que ela não possuía.[117] Se o sistema não assegurar a exclusividade, com os correspondentes mecanismos de sanção, estaria propiciando a proliferação dos chamados "free riders" - aqueles que aproveitam os frutos econômicos da invenção alheia, explorando-a em posição de vantagem face a seu titular, que arcou com os custos da pesquisa.

Por isso, tal exceção à liberdade de concorrência pode ser interpretada como um remédio à própria deslealdade concorrencial,

---

[114] OLIVEIRA, Ubirajara Mach. **A proteção jurídica das invenções de medicamentos e gêneros alimentícios.**Porto Alegre: Sínteses, 2000, p. 154.

[115] Também comete crime contra patente de invenção ou de modelo de utilidade quem exporta, vende, expõe ou oferece à venda, tem em estoque, oculta ou recebe, para utilização com fins econômicos, produto fabricado com violação de patente de invenção ou de modelo de utilidade, ou obtido por meio ou processo patenteado (art. 184 da Lei 9279/96)

[116] Expressão da professora Maristela BASSO (Propriedade intelectual: combustível para o desenvolvimento brasileiro. [Entrevista]. In: **Revista do Tribunal Regional Federal 1. Região**, v. 2, 2006, p. 12)

[117] ZORRAQUIM, A. E. *Las patentes en los países de América Latina.* Apud: OLIVEIRA, U. M. *A proteção jurídica das invenções de medicamentos e gêneros alimentícios*. Porto Alegre: Sínteses, 2000, p. 154.

ainda que tal implique limitação à livre competição dos agentes econômicos. Nesse sentido, Edmund KITCH, um dos que defendem a insubsistência do termo 'monopólio' para compreensão da exclusividade patentária, argumenta que o produto ou processo patenteado desde o início do patenteamento, já concorre com o lançamento de substitutos e outras novas tecnologias patenteadas. Pondera ainda o autor que, aproximando-se o período de expiração da patente, o titular se vê forçado estabelecer preços mais competitivos para desincentivar o ingresso de outros competidores na exploração do objeto.[118]

Cumpre registrar que, de acordo com recentes teorias do Direito Econômico, a patente tem um efeito inibidor da concorrência estática, restringindo-a no curto prazo, mas desempenha função elementar no fomento da concorrência dinâmica.[119] Assim, se por um lado, a patente limita temporalmente o número de concorrentes em um determinado mercado relevante, dado que exclui terceiros da exploração do objeto patenteado, por outro lado, na medida em que estimula investimentos em pesquisa para a criação de novas tecnologias, a patente é concebida como motor da concorrência dinâmica.[120] Tem-se, assim, que os benefícios sociais são melhor verificáveis a longo prazo.

É possível, contudo, que a exclusividade patentária, ou a posição econômica que ela confere, seja exercida com excesso, configurando, no primeiro caso, abuso de direito de patente (chamado "patent misuse")[121],

[118] Citado por TACHINARDI, M. H. **A Guerra das patentes: o conflito Brasil x Estados Unidos sobre a propriedade industrial.** Paz e terra: São Paulo, 1993, p. 215.
[119] STIGLITZ, Joseph E. **Public policy towards intellectual property. International computer law adviser**.Junho de 1991, p.6. Citado por ROSENBERG, Bárbara. **Op. cit.**, p. 267.
[120] ROSENBERG, Bárbara. **Op. cit.***,* p. 270.
[121] O abuso de direito de patente ocorre quando há extensão do objeto da patente para além da proteção concedida, excedendo o limite material, temporal ou territorial em que o privilégio lhe é garantido. Previsão legislativa expressa nesse sentido é o art. 50 da LPI que dispõe: *"A nulidade da patente será declarada administrativamente quando: (...) III - o objeto da patente se estenda além do conteúdo do pedido originalmente depositado;"* (ROSENBERG, Bárbara. **Op. cit.***,* p. 273)

e no segundo, violação específica ao direito antitruste.[122] Num ou noutro caso, é possível que se verifiquem reflexos danosos à livre concorrência, que poderiam ser apontados como um notável custo social da patente. Porém, importante ter em mente que esses 'custos' se efetivariam apenas em um cenário anormal, de violação do direito, coibível com as sanções próprias do sistema.

Assim, o privilégio de invenção constitucionalmente assegurado, se regularmente exercido, não denota contrariedade ao postulado constitucional da livre concorrência, mas antes, é-lhe complementar. Nesse sentido, sustenta Tércio Sampaio Ferraz Junior:

> não há incompatibilidade, mas sim adequação sistemática entre os direitos garantidos no inc. XXIX do art. 5º da CF e o princípio da livre concorrência, bem como à vedação das formas de abuso do poder econômico, disciplinados no capítulo da ordem econômica da Constituição[123]

Por tudo isso, não se pode dizer que a patente, se regularmente exercida, revela uma disfunção social pela limitação à livre concorrência. Ainda que existam potenciais efeitos danosos, tais efeitos constituem desvios indesejáveis do sistema, e este, por seu turno, é equipado com mecanismos adequados para sancionar os transgressores.

O segundo custo, a nosso ver mais complexo e grave que o custo concorrencial, é o da possível dependência tecnológica propiciada pelo

[122] O abuso de poder econômico se verifica quando o poder de mercado adquirido por meio da patente é utilizado com objetivos anticoncorrenciais, como a concessão de licenças restritivas e exclusivas, recusa de contratar, abuso de poder dominante que restrinja desenvolvimento tecnológico, cartelização mediante grupos de patentes e de licenças cruzadas, etc. Conforme explica Rosenberg, o abuso de direito de patente está sujeito à fiscalização do sistema de propriedade industrial, ao passo que o abuso de poder econômico sofre fiscalização do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. (ROSENbERG, B. **Op. cit.**, p. 288-289)

[123] Propriedade industrial em defesa da concorrência. In: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual. Rio de Janeiro: ABPIm 1993, n.8, p. 11.

sistema de patentes naqueles países que, como Brasil, ainda não possuem uma base de pesquisa industrial consolidada.

Daí se dizer que o fortalecimento da proteção jurídica das patentes serviria, em maior medida, aos interesses dos países desenvolvidos, que possuem amplo espectro de novas tecnologias hábeis a incrementar o lucro e o poder econômico além fronteiras, desde que devidamente protegidas pelo sistema jurídico de destino. Os níveis de rígidez que a regulamentação internacional atingiu com o TRIPS foi, em verdade, resultado de uma pressão política e econômica dos países desenvolvidos sem precedentes na matéria.

A pergunta que não quer calar, neste passo, é se aqueles benefícios anteriormente apontados (geração de informações e aperfeiçoamento do fluxo tecnológico) aproveitam também aos países em desenvolvimento, ou, se ao contrário, os benefícios das grandes potências convertem-se em custos sociais para aqueles países.

Cabe registrar que o número de patentes registradas no Brasil é predominantemente de origem estrangeira.[124] Isso porque, como é de se esperar, países em estágio de desenvolvimento econômico dificilmente são fortes produtores de tecnologia, sendo sua economia baseada em baixo, ou nenhum, valor agregado. Reverter este processo demandaria pesado investimento em P&D, por parte do governo e da iniciativa privada, o que muitas vezes é inviável em face das reduzidas chances de retorno em curto prazo dos valores investidos.

Aí se verifica um grande entrave à absorção da informação gerada com a patente estrangeira: ainda que o nacional adquira o direito de produzir o objeto patenteado (via licenciamento), dificilmente conseguirá

[124] Cf., neste sentido, último relatório da Organização Mundial da Propriedade Intelectual, publicado em 2008, apresentando gráfico entre patenes residentes e não residentes registradas no Brasil.**World Patent Report: A Statistical Review,** 2008, p. 23. Disponível no endereço:http://www.wipo.int/freepublications/ en. Acesso em:

levar a efeito a fabricação, pois a descrição do invento contida na patente é geralmente insuficiente para esse objetivo, pois nela não está revelada a tecnologia industrial ("know-how") nem a assistência técnica ("show how"), elementos imprescindíveis à comercialização do produto. Com isso, o licenciado, que não tem tempo e preparo para desenvolver uma tecnologia própria de industrialização, vê-se compelido a adquirir não só os direitos da patente, como também a tecnologia industrial e a assistência técnica, fomentando assim a dependência tecnológica e prejudicando a economia nacional.[125]

Assim, tem-se que a almejada "transferência de tecnologia" dos países ricos para os em estágio de desenvolvimento revela-se não raro, como uma custosa importação dos resultados da pesquisa tecnológica.[126]

Por tudo isso é que, consoante anota OLIVEIRA, "os países não desenvolvidos demonstram adotar posição divergente quanto aos métodos e objetivos da promoção do progresso tecnológico e avanço econômico dos estados nacionais. Propugnam uma 'redistribuição', ao passo que os países industrializados posicionam-se pela 'apropriação'".[127] Explica o mesmo autor que a discrepância reflete, em última análise, a existência de concepções distintas sobre a função das patentes, que compreende dois diferentes estágios evolutivos. Em um primeiro momento, as indústrias procuram se fortalecer no mercado interno e só depois se voltam à produção e venda de alcance internacional. Portanto, os países desenvolvidos apenas passaram de um nível de patenteamento nacional para a busca de um regime

[125] PIMENTEL, Luiz Otavio. Direito Industrial..., P. . , p 58.
[126] PIMENTEL, Luiz Otavio. Direito industrial..., P. . , 59.
[127] OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. **Op. cit.**, 115.

internacional depois que suas empresas estabeleceram firmes parques industriais e de comercialização no plano interno. [128]

O fato importante a destacar é que, de uma forma ou de outra, a regulamentação internacional da matéria (e nacional, como resultado da incorporação das diretrizes do TRIPS) já se posicionou claramente pela "apropriação", sem se preocupar de forma significativa com a demandada redistribuição.

É de se deduzir que os custos oriundos dessa apropriação afetam de forma muito mais sensível os países em desenvolvimento. Nesse ponto, interessante notar que esses custos podem ser desdobrados em diversos outros quando se está a tratar de países que, agindo contrariamente à sua tradição legal, têm de se adequar aos rígidos padrões internacionais de proteção patentária. Um elaborado estudo a respeito dá conta de que os países em desenvolvimento, no momento em que optam por aumentar a tutela jurídica no setor, devem estar cientes de que arcarão com: a) custos administrativos da reforma e de "enforcement" das regras de propriedade intelectual; b) aumento de pagamentos a estrangeiros pela exploração da tecnologia; c) custo de abandono da "pirataria"; d) o custo de oportunidade de aumentar o P&D doméstico;[129] e) aumento dos preços ao consumidor ocasionado pelo aspecto anti-competitivo de tais medidas.[130] Por outro lado, essa virada na regulamentação também pode trazer benefícios que devem ser

[128] OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. Op. cit., 115.

[129] O custo de oportunidade consiste em que um investimento adicional em P&D, resultante da maior proteção, pode acarretar custos de oportunidades e levar a investimentos ineficientes. Os custos de oportunidade consistem, neste sentido, na aplicação de recursos em P&D quando poderiam ser aplicados em outra área. O problema de custo de oportunidade torna-se mais oneroso quando há superinvestimento em P&D, ocasionando perdas sociais, o que normalmente ocorre com o fenômeno da "corrida por patentes".

[130] SIEBECK, W. E. E. (1990) Strengthening Protection of Intellectual Property in Developing Countries: A Survey of the Literature. Citado por ROCHA, Dayane. Uma análise sobre o prêmio fornecido pelas patentes às firmas brasileiras. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Econômico) – Setor de Ciências Econômicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

reconhecidos: a economia de custos ao realizar P&D doméstico frente à importação de tecnologia e a abertura ("disclosure") de novos conhecimentos; contribuições positivas para o dinamismo tecnológico internacional; benefícios de transferências de tecnologia adicionais; e mais formação de capital em setores intensivos em conhecimento. [131]

Como se posicionar sobre a função social da patente nesse contexto? Aqui é válido fazer menção a um recente trabalho desenvolvido por Dayane Rocha[132], no qual analisa o prêmio concedido pelas patentes às firmas brasileiras:

> A preocupação sobre a dependência tecnológica pode ser amenizada pelo argumento de que a importação de tecnologia acaba impulsionando o desenvolvimento de tecnologia doméstica, via melhoras no aprendizado, atualizando o sistema nacional de inovação. Entretanto, essas melhoras podem ocorrer, infelizmente, somente a longo prazo (especialmente no caso dos países em desenvolvimento) e ainda, se e somente se políticas de incentivos forem colocadas em prática. Isto tudo depende da capacidade do país de importar, adaptar, absorver, aprender, usar eficientemente e também criar tecnologias que lhe são necessárias ao desenvolvimento.[133]

Embora os custos sociais sejam significativos, são eles percebidos, em maior medida, em curto e médio prazo para aqueles países sem tradição tecnológica. Em longo prazo, à medida do evoluir e do consolidar de sua base industrial, os países em desenvolvimento tendem

[131] SIEBECK, W. E. E. Op. cit.

[132] Digno de nota, embora a extensão deste trabalho não permita uma referência mais delongada, é a interessante conclusão a que chega o trabalho de Dayane Rocha no que diz respeito aos benefícios e custos gerados pela patente à empresa titular. Após minucioso estudo empírico, a autora concluiu que o investimento em P&D e o depósito da patente não representa no Brasil um prêmio significativo às empresas nacionais, no sentido de benefícios em termos de desempenho econômico.

[133] ROCHA, Dayane. Uma análise sobre o prêmio fornecido pelas patentes às firmas brasileiras.Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Econômico) – Setor de Ciências Econômicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

a usufruir, progressivamente, dos benefícios proporcionados pelo sistema patentário. Mas esse processo, por evidente, não é natural, demandando redobrados esforços por parte do governo (principalmente) e da iniciativa privada em apostar no investimento em pesquisa, ainda que represente uma medida inicialmente custosa.

Um grande avanço, nesse sentido, foi promovido com a chamada Lei de Inovação (Lei nº 10.973/2004), cujo objetivo primordial é fortalecer o investimento em pesquisa e fomentar a inovação, visando à capacitação tecnológica e ao desenvolvimento industrial do país. Um ponto elementar desse diploma legal é a previsão de modelos de cooperação entre universidade e empresa, viabilizando a junção de esforços entre o setor público e privado. Tais medidas, com efeito, podem representar um importante salto no processo de consolidação da base tecnológica nacional, o que, por consequência, é capaz de alavancar o Brasil a uma posição de maior independência industrial, patamar em que as benesses do sistema são mais facilmente assimiladas.

Deve-se ressaltar, em tal contexto, a importância de que os países em desenvolvimento preservem sua autonomia na adoção de políticas de propriedade intelectual que se ajustem aos seus níveis de desenvolvimento socioeconômico,[134] a fim de minimizar o impacto de custos e otimizar a absorção dos benefícios do sistema, sobretudo em curto e médio prazo, à medida que caminham em direção a um nível de relativa autosuficiência tecnológica.

4. Considerações finais

[134] SELL, Susan K. **What Role for Humanitarian Intellectual Property? The Globalization of Intellectual Property Rigths.**In: Minnesota Journal of Law, Science and Technology 6:1 (December 2004): 191-211. Disponível em: http://mjlst.umn.edu/pdfs/sell_s3.pdf Acesso em: 02.10.08

O estudo aqui desenvolvido, conquanto diminuto face à complexidade que envolve a problemática da função social da patente, procurou demonstrar que o direito patentário não comporta uma apreciação maniqueísta quanto aos seus custos e benefícios.

É verdade, por um lado, que a patente possui relevante função social a cumprir: dentre as suas principais funcionalidades, está a de incentivar a inovação, gerar informações e aperfeiçoar o fluxo tecnológico, o que transcende, portanto, os lindes restritos de mera retribuição ao investidor, apresentando importante dimensão social.

Porém, admitir tal função não significa ignorar os custos socioeconômicos que estão implicados no direito patentário, notadamente o considerável efeito anticoncorrencial da patente e o de uma possível dependência tecnológica nos países sem base de pesquisa industrial consolidada. No que tange à livre concorrência, vimos que o direito de patente, nada obstante a limite *prima facie*, propulsiona a concorrência dinâmica, com benefícios no longo prazo, podendo manter relação de complementaridade com o direito antitruste no afã de coibir condutas anticoncorrenciais e abusivas. No que respeita à autonomia tecnológica, igualmente se viu que, embora os custos sociais sejam significativos em curto prazo, tendem a ser paulatinamente reduzidos à medida da consolidação da base de pesquisa local, o que permite, ao contrário, propulsionar o desenvolvimento econômico e tecnológico do país.

Assim, deve-se ter presente que a simples existência dessa tutela jurídica não é capaz de gerar desenvolvimento econômico e independência tecnológica, mas pode, sim, desempenhar um importante papel fomentador no contexto de uma política ampla de investimento no ensino, pesquisa e indústria locais.

Nessa perspectiva, questão elementar é a necessidade de compatibilização entre os interesses de quem detém a tecnologia e de quem dela necessita. A harmonização de interesses, ínsita ao ideal de função social, é um mandamento que deflui de interpretação sistemática da Constituição Federal. Assim, o direito do inventor (art. 5º, inc. XXII c/c XXIX) só pode ser analisado em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), ao objetivo republicano de promover o desenvolvimento da nação e o bem de todos, sem discriminação (art. 3º, II e IV), à função social da propriedade (art. 5º, XXIII) e às diretrizes da ordem econômica, a qual tem por objetivo assegurar a todos existência digna, conforme adequada os ditames da justiça social (art. 170, caput), observados, dentre outros princípios, o da livre concorrência (art. 170, IV) e o da defesa do consumidor (art. 170, V).

Para que não permaneça irrespondida a questão formulada no título, cumpre registrar que, por todo o exposto, a patente não expressa *a priori* uma disfunção social, uma vez que os custos socioeconômicos a ela relacionados são, em última análise, menos significativos e mais fugazes que os benefícios correlatos.

A função social da propriedade por certo não visa a enfraquecer o conteúdo do direito subjetivo de seu titular, mas sim promover a utilização do domínio de acordo com fins legítimos da sociedade. Particularmente no que se refere ao direito de patentes, sua legitimidade se dará não apenas em atenção à sua função individual, no que diz respeito ao retorno dos investimentos e ao atrativo financeiro para novos empreendimentos, mas também na medida em que, em observância ao interesse social e ao desenvolvimento da nação, fomente o fluxo tecnológico e a geração de informações e esteja adequado a um sistema de concorrência leal e aos princípios da ordem econômica.

5.Referências

BARRAL, Welber; PIMENTEL, Otávio. Direito de propriedade intelectual e desenvolvimento. In: Propriedade intelectual e desenvolvimento. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

CARVALHO, Cristiano; MATTOS Ely José de. Análise Econômica do Direito Tributário e Colisão de Princípios Jurídicos: Um Caso Concreto. ALACDE Annual Conference, Mexico City (2008). Disponível em: http://works.bepress.com/cristiano_carvalho/20

CARVALHO. N. T. P. CADE Informa. Entrevista disponível em: http://www.cade.gov.br/news/n023/ entrevista.htm

CARVALHO. N. T. P. O sistema brasileiro de patentes: o mito e a realidade. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo, XXII-nova série (52): 1983.

CERQUEIRA, João da Gama. Tratado da propriedade industrial. 2. ed. São Paulo, RT, 1982, v. 1.

COMPARATO, Fabio Konder. A transferência empresarial de tecnologia para países desenvolvidos: um caso típico de inadequação dos meios aos fins. In: Direito empresarial: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1995, 1. ed. 2.

DI BLASI JR., Clésio Gabriel; GARCIA, Mario Augusto Soerensen; MENDES, Paulo Parente Marques. A propriedade industrial – O sistema de marcas, patentes e desenhos industriais analisados a partir da Lei 9.279, de 14 de maio de 1996. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FORGIONI, Paula. Teoria Geral dos Contratos Empresariais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 8ª ed. rev. e at. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUISE, Mônica Steffen. Comércio Internacional, Patentes e Saúde Pública. Curitiba: Juruá.

OLIVEIRA, Ubirajara Mach. A proteção jurídica das invenções de medicamentos e gêneros alimentícios. Porto Alegre: Sínteses, 2000.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil: Introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina de CICCO. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PICCIOTTO, Sol; CAMPBELL, David. Afinal de contas, de quem é esta molécula? – Perspectiva privada e social sobre a propriedade intelectual. Tradução de José Augusto Fontoura Costa e Fernanda Sola. In: Revista de Direito Empresarial. n. 11. Curitiba: Juruá, 2009.

PIMENTEL, Luiz Otavio. Direito Industrial: aspectos introdutórios. Chapecó: Unoesc, 1994.

REQUIÃO, Rubens.Curso de Direito Comercial. 1º volume, 26ª ed. atual.por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2005.

RIBEIRO, Marcia C. P.; GALESKI, Irineu. Teoria Geral dos Contratos. Contratos Empresariais e Análise Econômica. Rio de Janeiro: Elsevier,2009.

ROCHA, Dayane. Uma análise sobre o prêmio fornecido pelas patentes às firmas brasileiras. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Econômico) – Setor de Ciências Econômicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

SELL, Susan K. What Role for Humanitarian Intellectual Property? The Globalization of Intellectual Property Rigths. In: Minnesota Journal of Law, Science and Technology 6:1 (December 2004): 191-211. Disponível em: http://mjlst.umn.edu/pdfs/sell_s3.pdf Acesso em: 02.10.08

TIMM Luciano Benetti; CAOVILLA Renato. As Teorias Rivais sobre a Propriedade Intelectual no Brasil. Economic Analysis of Law Review, Vol. 1, Nº 1 (2010). Disponível em: http://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/

World Patent Report: A Statistical Review, 2008, p. 23. Disponível no endereço:http://www.wipo.int/freepublications/ en. Acesso em: 02.10.0

(In)Efetividade da Lei de Inovação na Transferência de Tecnologia Produzida em Universidades [135]

Madian Luana Bortolozzi[136]

Gabriela Destefani[137]

Maurício Vaz Lobo Bittencourt[138]

Sumário:1. Introdução. 2. Conhecimento científico e tecnológico produzido em universidades: bem público ou privatizável? 3. Lei de Inovação e Transferência de Tecnologia Produzida em Unversidades. 3.1 Mecanismos de interação público-privada relacionados à tecnologia produzida nas universidades. 3.2 Mecanismos da lei de inovação, falhas de mercado e contratos incompletos. 3.3 Interação universidade-empresa: contratos colaborativos e procriativos? 4.Conclusão. 5. Referências.

[135] Trabalho apresentado para o Núcleo de Direito Empresarial Comparado (NEMCO) da Universidade Federal do Paraná (UFPR), coordenado pela Professora Doutora Marcia Carla Pereira Ribeiro.

[136] Advogada. Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Professora de Direito Comercial da Faculdade de Direito das Faculdades do Brasil (UNIBRASIL). Professora convidada da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Membro da Associação de Direito e Economia do Paraná (ADEPAR).

[137] Advogada. Pós-graduada em Direito Empresarial pelo Centro Universitário Curitiba. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Curitiba.

[138] Professor Adjunto do Departamento de Economia e do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Econômico (PPGDE) da Universidade Federal do Paraná (UFPR).

1. Introdução

A Lei da Inovação estabelece medidas de incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, com vista à capacitação tecnológica e ao desenvolvimento industrial do País. Essas medidas buscam estimular interações do setor público (universidades e institutos de pesquisa) como o privado (empresas) no processo de inovação, possibilitando a transferência de tecnologia produzida em universidades.[139]

Sob essa perspectiva, a pergunta que se pretende responder com o presente artigo é a seguinte: as modalidades contratuais previstas na Lei 10.973/2004 (Lei de Inovação) para a transferência de tecnologia produzida em universidades efetivamente estimulam as colaborações universidade-empresa para a inovação?

Para responder a tal pergunta, estabelece-se o debate inicial acerca da natureza do conhecimento científico e tecnológico produzido em universidades e da viabilidade de sua apropriação privada. Em seguida, verifica-se tal possibilidade à luz das diretrizes da Lei de Inovação que permitem a transferência de tecnologia, com especial destaque aos mecanismos de interação público-privada relacionados às universidades.

A análise proposta desenvolve-se de acordo com o paradigma metodológico da Análise Econômica do Direito, o qual permite identificar a natureza do problema e os efeitos (conseqüências) das instituições pertinentes (lei e contrato) sobre as ações dos agentes envolvidos, de forma a averiguar sua adequação à consecução da finalidade normativamente prevista (incentivo à inovação). De igual maneira, utilizam-se os mesmos recursos para identificar quais mecanismos de

[139] Utiliza-se, no presente trabalho, o termo universidade para designar, em sentido lato, a diversidade de instituições que a Lei de Inovação define como Instituição Científica e Tecnológica (ICT).

governança são, em maior medida, capazes de conjugar os interesses dos envolvidos, de forma a incentivar a colaboração entre agentes públicos e privados na produção de novos conhecimentos tecnológicos.

Em outras palavras, a partir de tal instrumental analítico, busca-se analisar as falhas de mercado, notadamente o problema da apropriação dos bens comuns, a assimetria informacional (que abre margem ao comportamento oportunista), para então, identificar a vocação dos mecanismos contratuais de interação universidade-empresa à colaboração, configurando-os (ou não) como contratos procriativos.

2. Conhecimento Científico e Tecnológico Produzido em Universidades: Bem Público ou Privatizável?

A pesquisa científica e o desenvolvimento tecnológico têm por foco a geração de conhecimento (teórico, abstrato, prático ou inovador), mediante investigação sistemática, ou seja, desenvolvendo, testando e avaliando o objeto pesquisado. Historicamente, ganham especial relevância após a Segunda Guerra Mundial, com criações como a penicilina, o radar e a bomba atômica, evidenciando seu poder nos rumos políticos e econômicos da humanidade.[140]

O Brasil, em 1951, cria o Conselho Nacional de Pesquisas (CNPq),[141] influenciado por um modelo em que "aplicar fundos públicos

[140] PÓVOA, Luciano Martins Costa. *Patentes de universidades e institutos públicos de pesquisa e a transferência de tecnologia para empresas no Brasil.* Tese apresentada ao curso de Doutorado em Economia, da Universidade Federal de Minas Gerais. p. 122.

[141] Atualmente denominado Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, o CNPq foi criado pela Lei 1.310, de 15 de janeiro de 1951 que estabelecia como suas finalidades promover e estimular o desenvolvimento da investigação científica e tecnológica, mediante a concessão de recursos para pesquisa, formação de pesquisadores e técnicos, cooperação com as universidades brasileiras e intercâmbio com instituições estrangeiras. No mesmo ano da criação do CNPq, mais precisamente no dia 11 de julho de 1951, foi criada a Campanha Nacional de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (atual Capes) para atender às necessidades de aperfeiçoamento e capacitação de recursos humanos no Brasil. CNPQ. *Centro*

em pesquisa básica era justificável, pois o aumento do conhecimento científico levaria a inovações e, conseqüentemente, ao desenvolvimento econômico".[142] Com orçamento do Fundo Nacional de Pesquisa, o CNPq inicia a formação de recursos humanos qualificados para a pesquisa científica e o desenvolvimento tecnológico, a orientação de investimentos em universidades, laboratórios, centros de pesquisas, a formulação de política científica e, complementarmente, o fomento de projetos dos pesquisadores de reconhecida competência a fim de promover o desenvolvimento científico e tecnológico do país.[143] O regime militar e o "milagre econômico" fomentam o crescimento quantitativo e qualitativo do sistema de ensino superior, em uma escala até então desconhecida no País.[144]

A opção pelo modelo de investimento eminentemente estatal em pesquisa, no Brasil, pauta-se no risco próprio da produção de conhecimento (dada a sua incerteza)[145] e na identificação de que o conhecimento decorrente da pesquisa caracteriza-se pela não exclusividade (a produção do conhecimento não serve somente ao seu criador) e pela não competitividade (o conhecimento pode ser utilizado por diversas pessoas ao mesmo tempo, sem se desgastar).[146] Trata-se

---

de memória. Disponível em: http://centrodememoria.cnpq.br. Acesso em: 13 de maio de 2010.

[142] PÓVOA, Luciano Martins Costa. *op. cit.* p. 122.

[143] CNPQ. *Centro de memória*. Disponível em: http://centrodememoria.cnpq.br. Acesso em: 13 de maio de 2010.

[144]GALEMBECK, Fernando; KRIEGER, Eduardo M. *Ciência e Tecnologia no Brasil: Uma Nova Política para um Mundo Global Síntese Setorial: Capacitação para as Atividades de Pesquisa e Desenvolvimento Científico e Tecnológico*. 1994. Disponível em: http://www.schwartzman.org.br/simon/scipol/pdf/krieger.pdf. Acesso em: 13 de maio de 2010.

[145] "A geração da informação, através da invenção e da pesquisa, é uma atividade permeada pela incerteza, ou seja, não é possível prever com exatidão o seu resultado (a informação gerada) a partir de seus insumos (pesquisadores, laboratórios, etc)." PÓVOA, Luciano Martins Costa. *op. cit.* p. 122.

[146] NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 152 e 161.

de um bem comum - pode ser consumido por várias pessoas simultaneamente, sem qualquer prejuízo quanto às suas características - falhando o mercado na alocação de recursos para a sua produção.[147]

Identifica-se que "a geração de conhecimento científico depende de um sistema de recompensa que não é baseado no mercado".[148] Daí porque não existir, em princípio, motivação para que os agentes econômicos privados invistam na produção de conhecimentos básicos, ou seja, na pesquisa básica ou acadêmica,[149] focando quando muito na pesquisa aplicada ou tecnológica,[150] inobstante haver extrema interdependência entre ambas.

O simples reconhecimento da falta de incentivo para a geração do conhecimento, contudo, se mostra insuficiente para que o avanço empreendido pela pesquisa possa ser concretizado como benefício socialmente fruível, fazendo-se, portanto, necessária a atuação do Estado.[151] A atuação estatal com motivação corretiva, mediante edição

[147] LESSA, Marcus. *Contratos para inovação.* Rio de Janeiro, 2009. p. 25. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1431469. Acesso em: 15 de novembro de 2009.

[148] PÓVOA, Luciano Martins Costa. *op. cit.* p. 122.

[149] A pesquisa básica pauta-se no estudo teórico ou experimental que objetiva contribuir de forma original ou incremental para a compreensão de fatos e fenômenos observáveis, sem projeção de uso ou aplicação específica imediatos. Seus resultados configuram conhecimento público, não apropriável, avaliado e divulgado pela comunidade científica, o que concede publicidade e reconhecimento aos seus titulares. OECD. *Frascati Manual 2002: Proposed Standard Practice for Surveys on Research and Experimental Development.*Paris: Organization for Economic Co-operation and Development, 2002.

[150] A pesquisa aplicada, embora se paute em investigação original pela qual seja possível produzir novos conhecimentos, é primordialmente dirigida em função de um objetivo prático específico (possíveis usos para as descobertas da pesquisa básica ou definição de novos métodos ou maneiras de alcançar objetivo pré-determinado). Ela operacionaliza o conhecimento produzido pela pesquisa básica e dela resultam conhecimentos que podem ser apropriados. OECD. *Frascati Manual 2002.*

[151] Para garantir segurança, sustentar os direitos, permitir as trocas no mercado e impor o cumprimento dos contratos, o Estado intervém com base nos seguintes fundamentos: (a) a existência de imperfeições do mercado cuja correção tem como finalidade a garantia da livre competição; (b) a insuficiência dos critérios econômicos demandando critérios de eqüidade na distribuição para reduzir as desigualdades; e (c) a necessidade de obtenção rápida de

de normas e regulamentos para reparar um mau funcionamento operacional do mercado,[152] passa a ocorrer mediante subvenção pública para a geração de conhecimento científico e tecnológico,[153] assim como mediante a concessão de monopólios temporários (legalmente concebidos como patentes), como estímulo para que os agentes privados invistam na aplicação prática de tais conhecimentos.[154]

Paralelamente, a atuação estatal com base em motivação consistente na implementação de uma política econômica, passa a viabilizar meios e instrumentos hábeis a absorver a rápida evolução da ciência e da tecnologia.[155] Demanda-se do Estado a criação de uma

---

determinados objetivos de política econômica e de luta contra o ciclo da economia para alcançar mais prontamente metas que só demoradamente seriam alcançadas pelos particulares. ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Economia y Estado: Crisis y Reforma del Sector Público. Madrid: Marcial Pons, 1993. *apud* FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 5ª. Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 276-278.

[152] "São as relativas à produção de bens e serviços de caráter coletivo, as destinadas a conter os efeitos externos da atividade humana, as que tutelam a concorrência, a segurança, a certeza e a adequada transmissão de informações dentro do sistema." NUSDEO, Fábio. *op. cit.* p. 198.

[153] O artigo 218 da Constituição Federal explicita que a pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências e que a pesquisa tecnológica estará voltada para solução dos problemas brasileiros e desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.

[154] A compreensão do fenômeno de proteção da propriedade intelectual exige a análise de fatores complementares entre si: "[i] a visão clássica da propriedade intelectual e as justificativas que a sustentam; [ii] o advento da *Terceira Revolução Industrial* e a solidificação da *Sociedade da Informação* e, finalmente, [iii] a intensificação do processo de transformação do conhecimento em mercadoria apropriável, ou seja, a aproximação entre as idéias de conhecimento e de propriedade." FORGIONI, Paula. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2009, p. 168. Em relação aos monopólios, destaca-se que "devem ser admitidos na menor extensão possível e mesmo quando admitidos, é de ser reconhecida sua função social. A essa luz, a função econômico-jurídica dos institutos de direito industrial muda substancialmente de figura". SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito industrial, direito concorrencial e interesse público.* Revista CEJ 36 (2006), p. 14.

[155] Os meios ou instrumentos contemplam instrumentos de finanças pública, monetários e creditícios, cambiais e de controle direto, além da adaptação institucional. Este "constitui, num certo sentido, um tipo de ação propedêutica às demais, pois será mediante uma adequada legislação e oportuna criação de órgãos e de instituições que surgirá a base legal, destinada a legitimar a utilização dos demais instrumentos pelos responsáveis pela política econômica. Além do mais, as modificações institucionais têm o importante papel de definir os direitos

estrutura institucional compatível com o avanço científico e tecnológico empreendido, porém ajustado às significativas alterações no modo de produzir, notadamente pela tendência generalizada à desverticalização, motivador da criação de redes de colaboração.[156]

O avanço da ciência e da tecnologia se evidencia eminentemente pela estreita correlação entre conhecimento e desenvolvimento.[157] Na contemporaneidade, o conhecimento acumulado é extremamente importante, mas é a capacidade de inovar que impacta na aceitação ou rejeição dos produtos e serviços.[158] Estes se transformam em agregados de idéias, em ativos intangíveis, valorados pela quantidade de inovação neles incorporada.[159]Inovação, nesse contexto,é a introdução no mercado de produtos, processos, métodos ou sistemas anteriormente não existentes ou com alguma característica nova e diferente da até

---

associados ao exercício de qualquer atividade, o que constitui uma forma de lhe balizar o funcionamento."NUSDEO, Fábio. *op. cit.* p. 192-194.

[156] Nesse sentido, os *clusters* (complexos produtivos em torno de uma atividade principal) viabilizam a articulação de empresas, órgãos governamentais, organizações não governamentais, de ensino e pesquisa e outros atores que, em conjunto, "geram uma sinergia que cria um meio propício à criatividade e à inovação". DIAS, Reinaldo. *Sociologia das organizações*. São Paulo: Ed. Atlas, 2008. p. 116

[157] Essa assertiva confirma-se na medida em que: "represar o acesso à informação pode implicar em elevados prejuízos sociais, pois, no atual estágio de evolução da humanidade, a possibilidade de desenvolvimento passa, necessariamente, pelo acesso ao conhecimento." FORGIONI, Paula. *A evolução...* p. 172-173.

[158] Um dos precursores do conceito de inovação foi o economista alemão Friedrich List (1789-1846), para quem a condição atual de um país depende do conjunto de descobertas, aperfeiçoamentos e esforços das gerações anteriores. Sob essa perspectiva, ele classificou o capital intelectual da raça humana como investimento intangível. Para Joseph Alois Schumpeter (1883-1950), economista austríaco qualquer inovação produz uma "destruição criadora", na qual o novo viceja ao lado do velho e mais tarde ocupa seu lugar, deixando para trás mortos e feridos, mas impulsionando o progresso. Os conceitos de inovação vêm evoluindo tanto na compreensão do que é inovar quanto nos personagens que podem fazer parte do processo. Para maior aprofundamento do tema, vide: OECD. *Oslo manual: guidelines for collecting and interpreting innovation data.* Paris: Organization for Economic Co-operation and Development, 2005.

[159] "Aprendemos a inovar porque não podemos esperar que a competência, as habilidades, os conhecimentos, produtos, serviços e a estrutura do presente serão adequados por muito tempo". DRUCKER, Peter. *Administrando para o futuro: os Anos 90 e a Virada do Século.* São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2003.

então existente.[160] Apresenta, em geral, fortes repercussões socioeconômicas, porque agrega valor à qualidade de vida e bem-estar da sociedade, assim como possibilita a conversão do conhecimento em valor econômico, acirrando a competitividade entre os agentes privados.[161]

A insuficiência da atuação estatal corretiva aliada à constatação de que no Brasil a produção científica e tecnológica - massivamente empreendida nas universidades e centros de pesquisas públicos e financiada com recursos públicos - raramente chega ao mercado, reforçaram a necessidade de implementação de política pública compatível com a inovação.[162] Com isso, se pretende aliar o viés social da produção científica e tecnológica realizada nas universidades (fonte primária de produção do conhecimento, que tem contribuído para a geração de inovações), com o interesse econômico decorrente das inovações, mediante configuração de um ambiente institucional propício

[160]LONGO, W.P.*Conceitos Básicos sobre Ciência e Tecnologia.* Rio de Janeiro: FINEP, 1996. v.1.A Apple não inventou os computadores pessoais nem os tocadores de MP3, mas inovou ao criar produtos com apresentação e uso mais aprazíveis do que a concorrência.

[161] A inovação não se confunde com a descoberta (algo que já existia, mas não havia sido notado ou mensurado) nem com a invenção (criação de algo novo, resultado da capacidade humana). Ela ocorre quando se confere uma aplicação prática para uma descoberta ou invenção.

[162] Em estudo do Fórum Econômico Mundial que compara o impacto da tecnologia da informação e das comunicações no processo de desenvolvimento e de competitividade de países, o Brasil posicionou-se atrás de países como Jordânia, Malásia e Arábia Saudita. O descompasso entre os indicadores de ciência e de inovação promoveram uma importante mudança de foco no que se refere a políticas públicas. Autoridades e especialistas chegaram à conclusão de que não adianta apenas dar impulso à pesquisa na academia se as empresas não investirem pesadamente em pesquisa e desenvolvimento. Cerca de 80% dos pesquisadores brasileiros trabalham em instituições de pesquisa, ao contrário dos sistemas de inovação mais amadurecidos, nos quais a maioria dos pesquisadores trabalha diretamente no setor produtivo, gerando desenvolvimento tecnológico prático. WORLD ECONOMIC FORUM. *The Global Information Technology Report 2009-2010.*Disponível em: http://www.weforum.org/documents/GITR10/index.html. Acesso em: 15 de maio de 2010.

à inovação, no qual haja efetiva interação e cooperação do público com o privado.[163]

Nesse ambiente de interação das universidades e institutos de pesquisa com a iniciativa privada, contudo, questiona-se se a produção do conhecimento científico e tecnológico mantém seu caráter universal, colaborativo, autônomo, imparcial e desinteressado.[164] Desta forma, a principal crítica que se estabelece à apropriação privada do conhecimento público é o risco de subserviência da pesquisa pública aos interesses privados do setor empresarial, seja direcionando seus rumos ou limitando sua expansão futura.[165] De outro lado, a principal motivação para a apropriação privada do conhecimento público, especialmente o tecnológico, é que assim não se procedendo há o risco de invenções

[163] "A análise das novas formas de organização da atividade científica no mundo atual, com a redução ou o desaparecimento das barreiras entre ciência pura e ciência aplicada, em conjunção com a análise do papel central do setor público não somente no financiamento, mas sobretudo no uso dos resultados da pesquisa científica, levam à necessidade de reorganizar de maneira bastante profunda o sistema de pesquisa científica no País. O sentido geral desta reorganização deveria ser o de abrir as instituições, cada vez mais, para a sociedade mais ampla, tornando-as mais flexíveis, mais capazes de estabelecer parcerias com diferentes setores da sociedade, e sujeitas a novos procedimentos de avaliação, que tomem em conta não somente a excelência acadêmica dos trabalhos, ou suas aplicações, mas possam combinar ambos os critérios. Esta reorganização deveria afetar também as próprias instituições de fomento à pesquisa científica, que deveriam poder trabalhar de forma mais integrada com os diversos setores da sociedade brasileira que têm necessidade e fazem uso dos resultados da pesquisa cientifica e tecnológica." SCHWARTZMAN, Simon.*A Pesquisa Científica e o Interesse Público. Revista Brasileira de Inovação.* Vol. 1, No. 2 (2002) Disponível em:
http://www.finep.gov.br/revista_brasileira_inovacao/segunda_edicao/pesquisa_cientifica_interesse_publico.pdf. Acesso em: 15 de maio de 2010.

[164] Sobre os valores que conformam o *ethos* da ciência, vide: LOPES DA SILVA, Manuel José. *As ciências do homem e da natureza hoje.*Disponível em: www.bocc.ubi.pt. Acesso em: 15 de maio de 2010. Para aprofundamento da questão, vide: GARCIA, José Luís; MARTINS, Hermínio. O *ethos* da ciência e suas transformações contemporâneas, com especial atenção à biotecnologia. Scientiæ zudia, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 83-104, 2009. Disponível em: http://www.ics.ul.pt. Acesso em: 15 de maio de 2010.

[165] Os resultados de pesquisas acadêmicas geralmente não são produtos finais, acabados, de modo que o uso exclusivo de seus resultados mediante apropriação privada pode ser óbice à realização de pesquisas futuras e a descoberta de usos alternativos. PÓVOA, Luciano Martins Costa. *op. cit.* p. 122.

acadêmicas permanecerem inexploradas ou de serem exploradas sem qualquer retorno à universidade ou à sociedade.[166]

Diante das críticas e motivações, a pergunta a ser respondida não é "se" o conhecimento produzido em universidades deve ou não ser passível de apropriação privada e sim, "como" a universidade deve proceder para transferi-lo aos agentes econômicos privados. E a resposta passa pela análise das formas contratuais hábeis a promover a transferência de tecnologia, com o reconhecimento da titularidade pública da pesquisa que originou a inovação.[167]

3. Lei de Inovação e Transferência de Tecnologia Produzida em Universidades

A Constituição da República estipula, em seus artigos 218 e 219, a obrigação do Estado em promover, incentivar e viabilizar os meios de desenvolvimento tecnológico e científico do país. De igual forma, o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (ADPIC - TRIPS), em seu artigo 7º, explicita a necessidade de promoção da inovação tecnológica e da transferência e difusão da tecnologia, em benefício mútuo de produtores e usuários de

[166] "Possuindo o direito de propriedade sobre a invenção, a universidade pode controlar o seu uso por parte das empresas e impedir que este conhecimento seja apropriado e explorado por uma única empresa. Nestas motivações, a preocupação principal é garantir que as invenções possam ser comercializadas, mas de forma a beneficiar a universidade e a sociedade, ou seja, sem que se constitua um monopólio fora do controle da universidade. O inventor passa a ter, também, um controle sobre a sua invenção, podendo impedir que a mesma seja utilizada de forma indevida por alguma empresa." PÓVOA, Luciano Martins Costa. *op. cit.* p. 122.

[167] Observa-se que o conhecimento básico, diante da sua característica de bem público, deve preferencialmente ser mantido alheio à apropriação privada, a fim de se evitar eventual repercussão socialmente negativa. Deste modo, o foco a transferência entre universidade e setor privado será o conhecimento aplicado ou tecnológico. PÓVOA, Luciano Martins Costa. *op. cit.* p. 122.

conhecimento tecnológico e de uma forma conducente ao bem-estar social e econômico e a um equilíbrio entre direitos e obrigações.[168]

É nesse contexto normativo que a Lei 10.973, de 02 de dezembro de 2004, denominada "Lei de Inovação" - norteada pelo princípio da função social da propriedade intelectual[169] - estabelece medidas de incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, com vista à capacitação tecnológica e ao desenvolvimento industrial do País. Ela possibilita justamente a criação de um ambiente institucional propício à inovação, com interação e cooperação do setor público com o privado, delineando um cenário favorável ao desenvolvimento científico e tecnológico.[170]

Nos termos legais, a inovação consiste na introdução de novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo ou social que resulte em novos produtos, processos ou serviços. Desta forma, para inovar é preciso conceber uma criação, seja uma invenção, modelo de utilidade, desenho industrial, programa de computador, topografia de circuito integrado, cultivares ou qualquer outro desenvolvimento tecnológico que

[168] TRIPS. *Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio*. Artigo 7. Objetivos.A proteção e a aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e difusão de tecnologia, em benefício mútuo de produtores e usuários de conhecimento tecnológico e de uma forma conducente ao bem-estar social e econômico e a um equilíbrio entre direitos e obrigações. Disponível em: http://www.inpi.gov.br/menu-esquerdo/.../oculto/TRIPS.pdf/download. Acesso em: 10 de maio de 2010.

[169] Ensina Orlando GOMES que "a partir do momento em que o ordenamento jurídico reconheceu que o exercício de poderes do proprietário não deveria ser protegido tão somente para satisfação do seu interesse, a função da propriedade tornou-se social". *A função social da propriedade.* In Estudos em homenagem ao prof. Doutor Ferrer-Correa. Coimbra. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1989, p. 426.

[170] É o que se extrai de seu artigo 3º que explicita uma proposta genérica de inter-relação entre as universidades, institutos de pesquisa e setor privado. As modalidades e instrumentos são, contudo, detalhados em outros dispositivos da lei.

acarrete ou possa acarretar o surgimento de novo produto, processo ou aperfeiçoamento incremental.[171]

Quando se trata de inovação tecnológica, imperioso indicar os tipos de inovação para se buscar o instrumento contratual mais adequado a ser utilizado. Serão, pois, objeto de contratos, acordos e convênios as criações tipificadas em lei, são elas:

> **Invenção:** criação que atenda os requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial;[172]
>
> **Modelo de Utilidade:** objeto de uso prático, ou parte deste, suscetível de aplicação industrial, que apresente nova forma ou disposição, envolvendo ato inventivo, que resulte em melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação;[173]
>
> **Desenho Industrial:** forma plástica ornamental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial;[174]
>
> **Software (programa de computador):** conjunto organizado de instruções, em linguagem natural ou codificada, contidas em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados;[175]
>
> **Topografia de circuito integrado:** dispositivo microeletrônico capaz de desempenhar função eletrônica, cujos componentes são formados em pastilhas de material semicondutor;[176]

[171] Lei 10.973/2004 - artigo 2º.
[172] Lei 9.279/1996 – artigo 8º
[173] Lei 9.279/1996 – artigo 9º.
[174] Lei 9.279/1996 – artigo 95.
[175] Lei 9.609/1998 – artigo 1º.
[176] Lei 11.484/2007 - artigo 2º.

> **Cultivares (novas ou essencialmente derivadas):** variedade de qualquer gênero ou espécie vegetal superior.[177]

No entanto, não são somente essas criações que podem ser objetos de contratos, acordos ou convênios que viabilizam as interações pretendidas pela Lei de Inovação. Qualquer outro desenvolvimento tecnológico que acarrete ou possa acarretar o surgimento de novo produto, processo ou aperfeiçoamento incremental, como o segredo industrial (*know how*), instituto que tem por objetivo proteger informações de natureza técnica, no direito francês conhecido como "savoir-faire",[178] além dos serviços de assistência técnica, que não estão tipificados, podem ser desenvolvidos e criados em nichos tecnológicos e ser objeto dês de instrumentos contratuais.

O marco normativo, regulamentado pelo Decreto 5.563, de 11 de outubro de 2005, está organizado em torno de três vertentes, a saber: (i) constituição de ambiente propício às parcerias estratégicas entre as universidades, institutos tecnológicos[179] e empresas; (ii) estímulo à participação de instituições de ciência e tecnologia no processo de inovação; (iii) incentivo à inovação na empresa.

Na **primeira vertente**, a lei contempla mecanismos de apoio e estímulo à constituição de alianças estratégicas e ao desenvolvimento de projetos cooperativos entre universidades, institutos tecnológicos e empresas nacionais.[180] São também criadas facilidades para que as

[177] SILVEIRA, Newton. *Propriedade Intelectual.* São Paulo, Manole, 2000, p.75.

[178] ZAITZ, Daniela; ARRUDA, Gustavo Fávaro. *A função social da propriedade Intelectual: patentes e know how.* Revista da ABPI, nº.96, 2008.

[179] Para a Lei da Inovação, entende-se por Instituição Científica e Tecnológica (ICT) "o órgão ou entidade da administração pública que tenha por missão institucional, dentre outras, executar atividades de pesquisa básica ou aplicada de caráter científico ou tecnológico" (art. 2º, V).

[180] Dentre os mecanismos, destacam-se a estruturação de redes e projetos internacionais de pesquisa tecnológica, as ações de empreendedorismo tecnológico e a criação de incubadoras e parques tecnológicos (art. 3º, parágrafo único).

instituições de ciência e tecnologia (ICT) possam compartilhar com a iniciativa privada, mediante remuneração, seus laboratórios, instalações, infra-estrutura e recursos humanos, para atividades de incubação ou pesquisa.[181]

Na **segunda vertente** - a que se relaciona com o cerne do presente estudo - a lei faculta às ICT celebrar contratos de transferência de tecnologia e de licenciamento de patentes de sua propriedade, prestar serviços de consultoria especializada em atividades desenvolvidas no âmbito do setor produtivo, assim com estimular a participação de seus funcionários em projetos nos quais a inovação seja o principal foco.[182]Possibilita, ainda, parcerias entre ICT e terceiros para desenvolvimento de uma inovação, mediante acordo de cooperação.

Na **terceira vertente**, a lei busca estimular uma maior contribuição do setor produtivo em relação à alocação de recursos financeiros na promoção da inovação. Para tal fim, estabelece a concessão, por parte da União, das ICT e das agências de fomento, de recursos financeiros, humanos, materiais ou de infra-estrutura, para atender às empresas nacionais envolvidas em atividades de pesquisa e desenvolvimento. Mediante contratos ou convênios específicos tais recursos são ajustados

[181] O artigo 4º da lei trata da cessão e compartilhamento de instalações, exigindo que tal seja feito mediante remuneração e por prazo determinado. Já o art. 5º da lei refere a criação de sociedades de propósito específico, prevendo uma forma de cooperação entre o setor público e privado que toma forma de uma pessoa jurídica especifica. Em tais casos, o Estado tem participação minoritária e as empresas, majoritária. A titularidade da propriedade intelectual é compartilhada na proporção do capital social. Nesse caso, há co-propriedade e condomínio entre a União e uma empresa privada. Sabe-se que a co-propriedade de propriedade intelectual gera dificuldades de administração, pois, aquele que detiver mais poder econômico (capital social) decidirá quanto ao valor dos *royalties*, por exemplo, tornando mais simples essa administração se somente um agente for o titular da invenção. FEKETE, Elisabeth. *Considerações sobre o projeto de lei de inovação à luz do direito da propriedade intelectual*, in Anais do XXIV Seminário Nacional da Propriedade Intelectual da ABPI, plenária IV, 2004, p. 58.

[182] Com o propósito de viabilizar a situação acima e gerir de forma geral a política de inovação da ICT, especialmente no que tange proteção do conhecimento, a lei determina que cada ICT, constitua um Núcleo de Inovação Tecnológica (NIT) próprio ou em associação com outras ICT.

entre as partes, considerando ainda as prioridades da política industrial e tecnológica nacional.[183]

Desta forma, o marco legal em vigor representa um amplo conjunto de medidas cujo objetivo maior é ampliar e agilizar a transferência do conhecimento gerado no ambiente acadêmico para a sua apropriação pelo setor produtivo (e reciprocamente, fomentar o setor privado na produção de inovações), estimulando a cultura de inovação e contribuindo para o desenvolvimento industrial do país.[184]

Nesse contexto é que o presente trabalho - partindo do pressuposto de que o conhecimento científico aplicado é passível de apropriação privada - se propõe neste capítulo a: (3.1.) analisar a normatização dos mecanismos de interação do setor público com o privado, relativos à transferência de conhecimento científico e tecnológico produzido nas universidades; (3.2) identificar como tais mecanismos se portam diante das falhas de mercado (especialmente a assimetria informacional), explicitando de que forma os contratos incompletos podem contribuir na atenuação dos riscos e incertezas decorrentes das inovações; e (3.3) prospectar se os contratos de interação universidade-empresa, para transferência de tecnologia produzida nas universidades, são efetivamente colaborativos e procriativos.

3.1 Mecanismos de interação público-privada relacionados à tecnologia produzida nasuniversidades

[183] Os recursos financeiros em específico poderão vir sob a forma de subvenção econômica, financiamento ou participação societária, sendo que no caso da subvenção econômica, os recursos deverão ser destinar apenas ao custeio, sendo exigida ainda contrapartida da empresa beneficiária (artigo 19). O apoio à realização de atividades de pesquisa e desenvolvimento, que envolvam risco tecnológico, para solução de problema técnico específico ou obtenção de produto ou processo inovador também está contemplado (artigo 20).

[184] BRASIL. *Ministério da Ciência e Tecnologia*. Disponível em: http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/8477.html

Na segunda vertente da Lei de Inovação - a de estímulo à participação de instituições de ciência e tecnologia no processo de inovação - tem-se a inovação guiada pela ciência, mediante *push-out*, ou seja, o que é produzido pelas ICT deve ser transferido à sociedade. Já na terceira vertente - a de incentivo à inovação na empresa - tem-se a inovação guiada pelo mercado, mediante *pull-in*, ou seja, projetos de desenvolvimento que a indústria não pode concretizar sozinha são trazidos para as ICT. Em ambos os casos, os contratos, acordos e convênios são os instrumentos jurídicos que estruturam a cooperação entre ICT e iniciativa privada, definindo a titularidade da propriedade intelectual desenvolvida.[185]

Considerando o objetivo da segunda vertente da Lei de Inovação - a que interessa particularmente ao presente trabalho - imperiosa a normatização dos mecanismos de interação do setor público com o privado, que são objeto do presente estudo, por meio de: (a) contratos de transferência de tecnologia e licenciamento (artigo 6º); (b) contratos de prestação de serviços pela ICT (artigo 8º) e; (c) acordos de parceria de P&D com ICT (artigo 9º). Os primeiros tratam das inovações já existentes e cuja titularidade é das ICTs, que podem celebrar acordos com outras entidades (privadas ou publicas) para ceder tecnologia ou licenciar os direitos de uso ou exploração da criação desenvolvida. A prestação de serviços pela ICT se dá quando uma pessoa jurídica pública ou privada contrata serviços das ICTs que tenham por objetivo uma criação, resultando em patente, cultivar, software, etc. Por fim, os acordos de parceria entre ICT e terceiros para desenvolvimento de uma inovação são celebrados mediante acordos de cooperação, normalmente na forma de consórcio. É o que se passa a analisar detalhadamente.

[185] MASSAMBANI, Oswaldo. *Lei de Inovação: Entrosamento (ou falta de) entre Universidade e Empresa.* ABPI - XXVIII Seminário nacional da propriedade intelectual: inovação e desenvolvimento: anais 2008. p. 160.

(a) Contratos de transferência de tecnologia e de licença

A Lei de Inovação prevê em seu artigo 6º a faculdade de celebração de contratos de transferência de tecnologia e de licenciamento para outorga de direito de uso ou de exploração de criação por ela desenvolvida.

Apesar de a lei facultar a celebração de contratos, há a necessidade de sedimentar a interação público-privada quanto à transferência de tecnologia e licenciamento, o que torna a contratualização extremamente importante. Isso porque, é anseio natural nas relações comerciais o oportunismo, por mais ínfimo ou subjetivo que este seja. A celebração de contrato afigura-se essencial para equilibrar a relação entre o setor público e o privado, evitando desentendimentos futuros das partes.

Importante apontar que os contratos de transferência de tecnologia praticados com maior freqüência são os de licenciamento (contrato pelo qual o titular de uma patente ou registro, ou o depositante (licenciador), autoriza a exploração do objeto correspondente pelo outro contratante (licenciado), sem lhe transferir a propriedade intelectual)[186]. Mas eles também podem ser amplos e incorporar, além da patente original, o fornecimento das tecnologias derivadas geradas durante o desenvolvimento da tecnologia original, o *know how* e todas as informações e conhecimentos técnicos aplicáveis à fabricação, uso ou comercialização dos produtos resultantes.[187]

A Lei de Inovação estipula, em seus artigos 6º e 13, algumas orientações principalmente quanto às cláusulas de exclusividade, prazo e retribuição, que deverão constar num contrato de licença ou transferência de tecnologia, quando da parceria do agente público inovador e da

[186] COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa.* São Paulo: Saraiva, 2007. p. 171.
[187] NETO, Amintas (org.) et.al. *Propriedade Intelectual: o caminho para o desenvolvimento.* São Paulo: Microsoft Brasil, 2005.

empresa privada. Válido ponderar que a Lei de Propriedade Industrial nº 9.279/1996 é subsidiária quanto à forma desses contratos.

Tratando-se de exclusividade, há na Lei de Inovação duas situações. A primeira (contratação com exclusividade) ocorrerá quando o contrato conceder exclusividade de exploração, nesse caso deverá ser precedido de publicação de edital.[188] Essa premissa de exclusividade implica à empresa licenciada o dever de comercializar a invenção dentro do prazo estipulado, sob pena de rescisão contratual.[189] A segunda (contratação sem exclusividade) possibilita a celebração direta de contratos de transferência de tecnologia.

Exemplificativamente, os contratos de licença entre a Universidade Estadual de Campinas – UNICAMP e empresas privadas, em geral, contêm a cláusula de exclusividade redigida da seguinte maneira:

> O objeto deste contrato é a formalização do LICENCIAMENTO EXCLUSIVO (especificar as condições: ex. somente para uso interno, licença restrita por "área geográfica", "aplicação ou outra restrição qualquer), da LICENCIANTE para a LICENCIADA da tecnologia xxx, para fins de produção e comercialização de (especificar a área de utilização e/ou se houver pesquisa, desenvolvimentos complementares relacionados à tecnologia), considerando o edital nº.xxx.[190]

No entanto, a própria instituição critica a eficácia de aplicabilidade da cláusula de exclusividade, pois a mesma só pode constar no contrato quando precedido de edital (licitação). Isso dificulta a formalização do contrato, tendo em vista a obrigatoriedade de licitação, além dos custos de publicação. Nesse sentido, a UNICAMP, a qual é a instituição

[188] Lei nº.10.973/2004 – artigo 6º, parágrafo primeiro.
[189] Lei nº.10.973/2004 – artigo 6º, parágrafo terceiro.
[190] UNICAMP. *Lei de Inovação: A realidade, a prática e o futuro*. Disponível em: http://www.pg.unicamp.br/editais/editais.asp. Acesso em: 15 de maio de 2010.

brasileira que mais promove tecnologia, celebrou pouquíssimos contratos com exclusividade.[191]

Retrata-se, também a título exemplificativo, um *case* em andamento no Brasil, de um Fitoterápico à base de isoflavonas de soja para o mercado de reposição hormonal[192]:

> **Investimento em P&D:** A pesquisa foi conduzida na Unicamp, que não tem registro dos dispêndios efetuados em suas atividades de ensino e pesquisa. A Steviafarma comunicou investimento de 100 mil reais em adaptações de sua planta produtiva;
>
> **Retorno:** A Unicamp receberá 6% a 9% de royalties sobre o faturamento da Steviafarma (variação em função do volume de produção), que tem previsão de faturar 12 milhões de reais/ano com a tecnologia, nos primeiros anos de venda;
>
> **Registro concedido pela ANVISA e produção em início**. A Unicamp concedeu à Steviafarma licença exclusiva durante dez anos.

A transferência de tecnologia, na maioria das vezes, só é interessante para a iniciativa privada, com a exclusividade na exploração da patente, seja por área geográfica, de aplicação ou irrestrita.[193] Isso porque se recomenda ao investidor (ente privado) não apostar no que não tenha proteção de PI, pois, obviamente, aportar recursos sem reserva de mercado ameaça o retorno dos investimentos. Lembre-se, contudo, que a exclusividade na exploração comercial é condição necessária, mas não suficiente para garantir o retorno dos investimentos.

---

[191] UNICAMP. *Editais & contratos-padrão*. Disponível em: http://www.inova.unicamp.br/download/artigos/pedro_uel.pdf. Acesso em: 15 de maio de 2010.

[192] NETO, Amintas (org.) et.al. *op. cit.*

193 NETO, Amintas (org.) et.al. *op. cit.*

Se a licença de exploração for concedida sem exclusividade, há o risco de outros concorrentes explorarem a mesma tecnologia, deixando o investidor temeroso quanto á sobrevivência do negócio. O legislador, contudo, prudentemente observa que não é possível transferir ou licenciar tecnologia com exclusividade se a criação for reconhecida como de relevante interesse público.[194] Ainda, a exploração ou cessão da criação que interessar à defesa nacional fica condicionada à prévia autorização do órgão competente.[195] O contraponto, contudo, que se estabelece é que seria desejável, do ponto de vista do bem estar da sociedade, que a universidade procurasse licenciar sem exclusividade, de forma a tornar a invenção disponível para o máximo de interessados possível.[196]

Por fim, o artigo 13 da Lei de Inovação preceitua que enquanto criador ou inventor, o pesquisador terá assegurada parcela dos ganhos pecuniários auferidos por sua ICT, quando da exploração comercial de sua criação. Sobre a divisão dos *royalties*, a lei estabelece que é assegurada ao criador participação mínima de 5% (cinco por cento) e máxima de 1/3 (um terço) nos ganhos econômicos, auferidos pela ICT, resultantes de contratos de transferência de tecnologia e de licenciamento para outorga de direito de uso ou de exploração da criação.

(b) Contratos de prestação de serviços pela ICT

O artigo 8º faculta às ICTS prestarem a instituições públicas ou privadas serviços compatíveis com os objetivos desta Lei, nas atividades voltadas à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente

194 Lei nº.10.973/2004 – artigo 6º, parágrafo quinto.
195 Lei nº.10.973/2004 – artigo 6º, parágrafo quarto.
196 "Apenas após tentar este tipo de licenciamento e não encontrar interessados, a universidade poderia oferecer um contrato de exclusividade." PÓVOA, Luciano Martins Costa. *op. cit.* p. 122.

produtivo. Quanto aos benefícios pecuniários, o pesquisador-criador poderá receber retribuição diretamente da ICT, desde que custeado exclusivamente com recursos arrecadados no âmbito da contratação (artigo 8º, § 2º).

Denis BARBOSA refere-se a esse tipo contratual como encomenda de terceiros, situação que prevalecerá o interesse jurídico de exclusividade da aplicação do conhecimento pelo do tomador do serviço (agente privado).[197] Neste caso, portanto, aplica-se o regime de criações por encomenda, segundo embasamento do direito de propriedade intelectual.[198]

A modalidade contratual do artigo 8º não se confunde com prevista no artigo 6º, vez que não se trata de transferência ou licenciamento de tecnologias já realizadas com recursos e orçamentos das ICTs. Ao contrário, o encomendante paga os serviços confiando na competência e no capital intelectual da ICT para produzir a almejada criação. O que ocorre, nesta situação, é que embora se supere o risco técnico, o emprego de uma relação de subordinação prejudica a colaboração, um dos elementos essenciais do ambiente inovador.[199]

(c) Acordos de parceria de pesquisa e desenvolvimento com ICT

Os artigos 9º e 20 da Lei de Inovação expressam a vontade do legislador em determinar a interação público-privada com o intuito de divisão de riscos buscando um equilíbrio entre a capacidade técnica das ICTs e dos agentes privadas.

197BARBOSA, Denis Borges *et al*. *Direito da Inovação(Comentários à Lei nº 10.973/2004, Lei Federal da Inovação).* Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006, p. 83-84.

198 Salvo derrogação pelas partes, a titularidade da criação pertencerá exclusivamente ao contratante, nos termos do artigo 88 e seguintes da Lei de Propriedade Industrial (Lei 9279, de 14 de maio de 1996)

[199] LESSA, Marcus. *op. cit.* p. 41

O artigo 9º faculta às ICT a celebração de acordos de parceria para realização de atividades conjuntas de pesquisa científica e tecnológica e desenvolvimento de tecnologia, produto ou processo, com instituições públicas e privadas. Trata-se efetivamente de conhecimento produzido nas ICTs em parceria com a iniciativa privada, foco, portanto, deste trabalho.

Embora também busque a divisão de riscos, o artigo 20 prevê situação inversa, ou seja, interação público-privada na qual o conhecimento é produzido externamente às ICTs, facultando-se a estas a contratação de agentes privados voltadas para atividades de pesquisa, visando à realização de atividades de P&D, que envolvam risco técnico, para solução de problema técnico específico ou obtenção de produto ou processo inovador. Essa forma de interação não recebe, contudo, maior aprofundamento neste estudo, por extrapolar o tema que se propõe analisar.[200]

Diante dessas premissas, importa demonstrar as cláusulas impostas pela Lei de Inovação na interação público-privada na modalidade prevista em seu artigo 9º, bem como sua eficácia e modelos utilizados pelas universidades e empresas que dela se utilizam.

A Lei de Inovação prevê a obrigatoriedade de previsão contratual acerca da titularidade da propriedade intelectual e a participação nos resultados da exploração das criações resultantes da parceria.[201] A lei não impõe como se deve dar essa repartição, apenas exigindo que seja proporcional ao capital intelectual trazido pelos partícipes ao empreendimento comum, bem como aos recursos financeiros, humanos

[200] Exemplificativamente, a Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo - FAPESP tem programas de estímulo de pesquisa para pequenas e grandes empresas, dos quais participam a Natura, a Rhodia e a Embraer. MATEOS, Simone Biehler; LEONARDOS Luiz; KUNISAWA, Viviane.*O sistema de propriedade intelectual como fomentador da inovação tecnológica.* Revista da ABPI, nº. 76, 2005. p. 18.

[201] Lei nº.10.973/2004 – artigo 9º, parágrafo segundo.

e materiais alocados pelas partes.[202] Quanto a tal previsão normativa e a dificuldade de mensuração do capital intelectual, Denis BARBOSA faz a seguinte crítica:

> Não torna, porém, o procedimento nem um pouco mais fácil. Por *conhecimento* não se pode somente designar o conhecimento científico ou tecnológico; conhecimentos estritamente industriais, ou de *know how*, ou seja, as informações conducentes à superação do risco técnico são igualmente parte do capital intelectual trazido à contribuição. A própria eleição do campo em que o esforço comum deva ser empregado é *conhecimento* e representará, muitas vezes, um fator determinante do escopo e montante de recursos empregados.[203]

Exemplificativamente, cita-se o caso da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul que, desde 1999, adota a divisão de retribuições da seguinte maneira:

> Em relação aos projetos com empresas, o padrão inicial adotado para as negociações é de 50% para a universidade e 50% para a companhia, incidindo somente nas patentes geradas por projetos conjuntos de pesquisa e desenvolvimento (P&D). Sobre os 50% da Universidade, aplica-se o mesmo percentual definido para os projetos próprios da instituição (sem a participação da empresa). Esse percentual pode variar de acordo com a negociação, baseada no acúmulo de conhecimento que está sendo aportado pela universidade (por meio de seus pesquisadores) e pela companhia.[204]

A lei de Inovação ainda traz em seu corpo outras disposições quanto à elaboração desses contratos, como a cláusula de segredo e o

[202] Lei nº.10.973/2004 – artigo 9º, parágrafo terceiro.

[203] BARBOSA, Denis Borges *et al*. *Direito da Inovação*(Comentários à Lei nº 10.973/2004, Lei Federal da Inovação). Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006, p. 88-89

[204] NETO, Amintas (org.) et.al. *Propriedade Intelectual: o caminho para o desenvolvimento.* São Paulo: Microsoft Brasil, 2005.

direito da ICT ceder seus direitos sobre a criação ao respectivo criador.[205] Nesse sentido, pode-se atribuir aos contratos de parceria um caráter que garante a institucionalização de um processo de aprendizado.[206]

3.2 Mecanismos da lei de inovação, falhas de mercados e contratos incompletos

Na maior parte do século XX, o controle sobre a produção ocorreu predominantemente com base no direito de propriedade. No final dos anos 70, porém, surgiu uma tendência generalizada à desverticalização, o que possibilitou a criação de redes de colaboração (inclusive por meio de contratos associativos),[207] como forma de viabilizar corte de custos e de buscar vantagem competitiva através da inovação. Assim, a economia passa a ser estruturar não apenas com base em mercados e empresas, mas também em redes. Nesse novo cenário, sem o controle próprio dos direitos de propriedade, o contrato passa a ter significativa importância.[208]

No contexto da pesquisa científica e desenvolvimento tecnológico com o propósito de impulsionar a inovação, os contratos assumem especial relevância, vez que alinham os interesses dos agentes através

[205] Lei nº. 10.973/2004 - artigos 11 e 12.

[206] JENNEJOHN, Matthew C. *Collaboration, Innovation, and Contract Design.* Columbia Law and Economics Working Paper Series, no. 319, june 2007. p. 29. Disponível em: http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=1014420. Acesso em: 10 de maio de 2010.

[207] São contratos associativos os de parceria e de *joint venture*. Outras formas de criação de redes de colaboração são as alianças estratégicas, *just-in-time* e os arranjos produtivos. "O elemento diferenciador deste contrato, além da possibilidade de ser firmado por um número mais expressivo de partes do que o bilateral, está no seu caráter de instrumento ao exercício da atividade da empresa e as conseqüências que daí deriva." RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. São Paulo: Campus-Elsevier, 2009. p. 230.

[208] JENNEJOHN, Matthew C. *op. cit.*

da alocação de risco, inclusive mediante interação público-privada pela qual se procede à divisão dos riscos técnicos envolvidos.[209]

Na transferência ou licenciamento de tecnologias já desenvolvidas (contrato previsto no artigo 6º) os riscos envolvidos são mais facilmente identificáveis uma vez que a tecnologia já foi produzida. Tal, contudo, não ocorre nos contratos de prestação de serviços pela ICT (contrato previsto no artigo 8º) e nos acordos de parceria entre iniciativa privada e ICTs (contrato previsto no artigo 9º), nos quais o risco técnico é elemento presente, na exata medida em que o objeto da colaboração ou cooperação é previamente indeterminável, assim como são incertas a capacidade ou intenção das partes.

O contrato, ao estipular as condições de investimento e de repartição de benefícios, procura "maximizar a segurança transacional e evitar o oportunismo".[210] Não obstante - em razão da impossibilidade de prévia determinação do objeto (incerteza) e dos riscos envolvidos - dificilmente se obtém resultado satisfatório com a elaboração de um instrumento contratual que procure prever todas as especificações de possíveis contingências futuras (aproximando-se de um contrato completo). O custo de elaboração de tal contrato seria proibitivo, assim como seriam elevados os custos de monitoramento do acordo e de solução de disputas judiciais por violação do contrato.

Desta forma, embora se busque contratualmente atenuar a incerteza, própria do ambiente colaborativo, não há como fugir do problema da assimetria informacional.[211] Essa falha de mercado, embora

[209] LESSA, Marcus. *op. cit.* p. 27

[210] LESSA, Marcus. *op. cit.* p. 27

[211] A assimetria informacional pode ser *ex ante* (diferenças de conhecimento das características reais do objeto contratado) ou *ex post* (diferenças quanto à observância ou ao domínio dos acontecimentos consecutivos ao contrato). POSTEL, Nicolas. *Contrat, coercition et institution: un régard d'économiste*. in Hiez David (dir.) Approches critiques de la

possa ser atenuada por relatórios periódicos ou monitoramento, impõe custos transacionais significativos para as partes (dentre eles o de controle ou o de prestar informações contínuas sobre a execução do contrato).

Vislumbra-se, pois, a estruturação de um contrato incompleto, no qual as partes estipulam a possibilidade de renegociação, com base na solidariedade, cooperação, ajuda mútua e boa-fé, não se permitindo, contudo a renegociação desenfreada geradora de oportunismo. Deste modo, a rigidez contratual própria da teoria clássica é flexibilizada, logrando ambas as partes um resultado mais vantajoso do que seria obtido pela posição antagônica, usualmente praticada, vez que reduzidos os custos de transação.[212]

O contrato incompleto pode ser conceituado de duas formas: na concepção jurídica, é aquele que falha em descrever as obrigações das partes de acordo com todas as situações possíveis; na concepção econômica, é aquele que deixa de prever a eficácia das obrigações das partes de acordo com todas as situações possíveis.[213] Habitualmente tem-se que as causas da incompletude são a impossibilidade de previsão do futuro, a improbabilidade do acontecimento de certos fatos e a

contractualisation, Librairie générale de droit et de jurisprudence, collection Droit et société, Recherches et travaux, n° 16, Juillet. p. 77.

[212] Sobre custos de transação vide: COASE, Ronald. *O problema do custo social.* Disponível em: http://www.iders.org/textos/Coase_Traducao_Problema_Custo_Social.pdf . Acesso em: 11 de maio de 2010.

[213] Matthew JENNEJOHN explicita que a diferença entre os dois conceitos é que, para um economista, um contrato que não prevê um conjunto eficiente de obrigações de acordo com todas as situações possíveis é incompleto em termos informacionais, mesmo que seja completo em termos obrigacionais. Sob o ponto de vista econômico, o conjunto eficiente de obrigações de um contrato de informação incompleta não é título executivo, o pressuposto é que se o conjunto eficiente de obrigações simplesmente não está no contrato, o juiz não pode aplicá-las. JENNEJOHN, Matthew C. *op. cit.*

imprecisão da expressão do acordo (o que leve a mais de uma interpretação possível do texto contratual).[214]

No contexto da inovação, Marcus LESSA destaca que: "(...) a incerteza permeia a atividade inovadora, e torna os contratos incompletos. Determinar cada conjuntura possível, além de impraticável, enrijece o contrato. Permitir a renegociação desenfreada abre possibilidades de oportunismo".[215]

Diante dessa constatação, é preciso encontrar meios de suprir a incompletude dos contratos para a inovação. Os criadores envolvidos na interação universidade-empresa precisam superar a assimetria informacional existente no início da relação (por exemplo, mediante compartilhamento de instalações, conforme possibilitado na Lei de Inovação, em seu artigo 4º), para colaborar efetivamente na realização da pesquisa, desenvolvimento e inovação.

3.3 Interação universidade-empresa: contratos colaborativos e procriativos?

Concluído o estudo da estrutura técnica imposta pela Lei de Inovação, bem como analisados os riscos, incertezas, assimetria informacional e incompletude dos contratos de interação universidade-empresa para a inovação - estruturados com base em redes de colaboração - cabe agora verificar se esses contratos podem ser vislumbrados como colaborativos e procriativos.

[214] FORGIONI, Paula. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 72.
[215] LESSA, Marcus. *op. cit.* p. 43

Esta nomenclatura foi extirpada da obra de Matthew JENNEJOHN, para quem os contratos colaborativos[216] habitualmente utilizados não são suficientes para abarcar as relações em rede estabelecidas para propiciar a inovação. Nesse sentido, ele propõe o uso da nomenclatura contratos procriativos para designar os contratos que servem como ferramenta de alinhamento de interesses. Alinham não apenas os interesses dos agentes através da alocação de risco técnico, mas também permitem que os agentes descubram quais são os seus interesses na relação de cooperação estabelecida. Desta forma, institucionalizam um processo de aprendizado.[217]

Nesse sentido, a base necessária à atividade inovadora é justamente criada pela colaboração contínua, controlada por contrato pautado em mecanismos de sistematização do processo de aprendizado. Essa sistematização não apenas promove o aprendizado, mas também alinha os interesses das partes (tornando os interesses próprios convergentes), vez que os colaboradores assimilam conjuntamente possíveis resultados de seus esforços comuns.[218]

As três modalidades de contratação analisadas neste trabalho estabeleçam interação e algum tipo de colaboração entre o setor público e o privado, de modo que se definem como formas de colaboração em

[216] Destaca-se que "os contratos de colaboração surgem da necessidade de evitar os inconvenientes que adviriam da celebração de uma extensa série de contratos de intercâmbio desconectados (custos de transação) e da fuga da rigidez típicas dos esquemas societários (ou hierárquicos)". FORGIONI, Paula. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. p. 165

[217] O próprio autor refere que sua teoria pode ser resumida da seguinte forma: a incerteza fundamental e resiliente é inerente à produção colaborativa. Esforçar-se para a inovação produz esta incerteza, e inovar em conjunto por meio de acordos a agrava. Enfrentando tal incerteza, os colaboradores são incapazes de definir claramente seus objetivos ou os meios de atingi-los. Assim, as partes embarcam em um processo de experimentação conjunta, no qual o papel do contrato é institucionalizar esse processo de aprendizado, para fornecer uma arquitetura que impede oportunismos. JENNEJOHN, Matthew C. *op. cit.* p. 29.

[218] JENNEJOHN, Matthew C. *op. cit.* p. 29.

rede. Não obstante, não se vislumbram as características dos contratos procriativos em todos os arranjos legalmente previstos.

Na transferência ou licenciamento de tecnologias já desenvolvidas (contrato previsto no artigo 6º), embora seja a modalidade contratual mais utilizada, não se identifica na caracterização do objeto o risco técnico, vez que a tecnologia já foi produzida. Não obstante, trata-se de meio de interação de extrema relevância, na medida em que viabiliza que o desenvolvimento tecnológico produzido nas universidades seja transposto à realidade social. Conforme dados do MCT, baseados nas informações repassadas pelas ICTs, na prática, houve crescimento nos recursos obtidos com contratos de transferência de tecnologia e licenciamento. Em 2006, o total de recursos, entre contratos com exclusividade, sem exclusividade e outras formas, foi de R$ 810 mil. Em 2007, passou para R$ 4.952.199 e, em 2008, para R$ 13.163.989.[219]

A prestação de serviços pela ICT (contrato previsto no artigo 8º) e os acordos de parceria entre iniciativa privada e ICTs (contrato previsto no artigo 9º), como visto, têm em comum o risco técnico imanente ao desenvolvimento de criações. A primeira modalidade contratual prevê a titularidade de eventuais frutos da interação à iniciativa privada que, contudo, assume de forma exclusiva o risco técnico. Pautado em uma relação subordinada, na qual existem interesses antagônicos, esta modalidade afasta-se nestes pontos dos contratos procriativos. Na segunda modalidade contratual, em que há interação de mais longa duração, vislumbra-se uma relação associativa, uma vez que o regime de parceria pressupõe interesses em comum, contemplando a contribuição mútua, a assunção conjunta do risco técnico e a partilha dos resultados. Nesse sentido, a imposição legal de prévia definição da titularidade da

[219] UNICAMP. *Lei de inovação - 5 anos: especialistas apontam avanços e gargalos.* Disponível em: http://www.unicamp.br/unicamp/unicamp_hoje/ju/maio2009/ju429_pag0607.php# Acesso em: 13 de maio de 2010.

propriedade intelectual e da participação nos resultados da exploração das criações resultantes da parceira afigura-se como meio de atenuação da incompletude decorrente da incerteza. Esta modalidade permite o alinhamento dos interesses dos agentes (públicos e privados), por meio da alocação de risco técnico, mas também por meio da institucionalização do processo de aprendizado que permite a identificação dos interesses de cada parte na relação de cooperação estabelecida.[220]

Assim, são os contratos de acordos de parceria entre iniciativa privada e ICTs os que mais se aproximam dos contratos procriativos, vez que têm o escopo de tornar as partes parceiras fazendo com que trabalhem juntas com o fim de manter essa relação sempre contínua e tornando-a colaborativa e procriativa.

Diante de tudo que se procurou delinear para criação de um ambiente institucional propício à inovação, explicita-se que o cuidado na elaboração das relações contratuais deve ser minucioso, já que a Lei da Inovação abriu as portas para novos pensamentos e realizações em relação ao desenvolvimento tecnológico e científico no Brasil

4. Conclusão

O presente artigo pretendeu identificar se as modalidades contratuais previstas na Lei 10.973/2004 para a transferência de tecnologia produzida em universidades efetivamente estimulam as colaborações universidade-empresa para a inovação.

[220] Nesse sentido, destaca-se que: "O estabelecimento de relacionamentos de longa duração e múltiplos e sucessivos objetos pode auxiliar no endereçamento ao menos de parte da incerteza, seja superando as assimetrias de informação a ponto de as partes entenderem não apenas os limites, mas as expectativas umas das outras, seja estabelecendo processos e complementaridades na inovação, aumentando o custo de troca o que inibiria o oportunismo". LESSA, Marcus. *op. cit.* p. 58

No capítulo 2, debateu-se acerca da natureza do conhecimento científico e tecnológico produzido em universidades, identificando tratar-se de bem comum, em relação ao qual falha o mercado na alocação de recursos para a sua produção. Tal circunstância justificou a opção, no Brasil, pelo modelo de investimento eminentemente estatal em pesquisa, o que se mostrou insuficiente para que o avanço científico e tecnológico empreendido pudesse ser concretizado como benefício socialmente fruível, vez que a produção científica e tecnológica raramente chega ao mercado. Desta forma, fez-se necessária a implementação de estrutura institucional compatível com tal avanço e ajustado às significativas alterações no modo de produzir (desverticalização), por meio de política pública de inovação. Nesse ambiente de interação universidades e empresas, buscou-se o bem-estar da sociedade, possibilitando, contudo, a conversão do conhecimento em valor econômico. Esta possibilidade de apropriação privada do conhecimento público submeteu-se a críticas (risco de subserviência da pesquisa pública aos interesses privados) e motivações (risco de invenções acadêmicas permanecerem inexploradas ou de serem exploradas sem qualquer retorno à universidade ou à sociedade). Contudo, concluiu-se que o questionamento não dever ser “se” o conhecimento produzido em universidades é bem passível de apropriação privada, mas “como” devem ser apropriados, inclusive em vista do interesse social que representam e de sua relevância para a capacitação tecnológica e o desenvolvimento industrial do País.

Para se responder a pergunta nuclear do capítulo anterior, recorreu-se à Análise Econômica do Direito, a qual permitiu identificar, por um lado, as falhas de mercado que geram desincentivos à produção tecnológica (dificuldade de apropriação de bens comuns e assimetria informacional). Em igual medida, tal instrumental possibilitou a adequada análise dos arranjos institucionais capazes de mitigar os efeitos indesejáveis de referidas falhas, por meio de mecanismos de governança

(formas contratuais) hábeis a promover a transferência de tecnologia, com o reconhecimento da titularidade pública da pesquisa que originou a inovação. Nesse sentido, no capítulo 3, foram abordadas as diretrizes da Lei de Inovação em suas três vertentes [(i) constituição de ambiente propício às parcerias estratégicas entre universidades e empresas; (ii) estímulo à participação das universidades no processo de inovação; e (iii) incentivo à inovação na empresa], aprofundando-se o estudo da segunda que tem justamente por escopo viabilizar a transferência de tecnologia produzida em universidades.

Partindo do pressuposto de que o conhecimento produzido em universidades é passível de apropriação privada, concluiu-se que:

(3.1.) Os mecanismos de interação público-privada relativos à transferência de conhecimento científico e tecnológico produzido nas universidades são legalmente estruturados em três modalidades contratuais: (a) contratos de transferência de tecnologia e licenciamento (artigo 6º); (b) contratos de prestação de serviços pelas universidades (artigo 8º) e; (c) acordos de parceria de pesquisa e desenvolvimento com universidades (artigo 9º).

(3.2) As modalidades contratuais legalmente previstas assumem especial relevância na transferência de tecnologia produzida nas universidades. Dada a incerteza que permeia o desenvolvimento de criações, caracterizam-se como contratos incompletos, nos quais se procura: (a) alinhar os interesses dos agentes através da alocação de risco técnico (dividindo-o entre os colaboradores); (b) maximizar a segurança transacional e evitar o oportunismo (estipulando as condições de investimento e de repartição de benefícios, reduzindo-se os custos de transação); (c) superar a assimetria informacional existente no início da relação (estabelecendo meios de prestação de informações ou de

compartilhamento de instalações), para que haja efetiva colaboração na realização da pesquisa, desenvolvimento e inovação.

(3.3) Os contratos de interação universidade-empresa para transferência de tecnologia produzida nas universidades têm vocação à colaboração, mas nem todos são procriativos, os seja, alinham os interesses das partes, pela assimilação conjunta dos resultados de seus esforços comuns. A transferência ou licenciamento de tecnologias (contrato previsto no artigo 6º), embora seja a modalidade contratual mais utilizada e viabilize a transposição do desenvolvimento tecnológico público à realidade social, não é contrato procriativo na medida em que não se identifica em seu objeto o risco técnico (a tecnologia já foi produzida) e não há sistematização do processo de aprendizado. A prestação de serviços pelas universidades (contrato previsto no artigo 8º) prevê a titularidade de eventuais frutos da interação à iniciativa privada que assume de forma exclusiva o risco técnico. Pautado em uma relação subordinada, na qual existem interesses antagônicos, esta modalidade afasta-se nestes pontos dos contratos procriativos. Os acordos de parceria entre iniciativa privada e universidades (contrato previsto no artigo 9º), possibilitam interação de mais longa duração, mediante relação associativa, alinhando os interesses dos agentes (públicos e privados), por meio da alocação de risco técnico e da institucionalização do processo de aprendizado que permite a identificação dos interesses de cada parte na relação de cooperação estabelecida.

Diante de todas as considerações apresentadas neste trabalho, a conclusão final é a de que as modalidades contratuais previstas na Lei 10.973/2004 para a transferência de tecnologia produzida em universidades tendem a estimular as colaborações universidade-empresa para a inovação, que se efetiva em maior ou menor grau em cada um dos mecanismos de interação. Os contratos de acordos de parceria

destacam-se pelo escopo de tornar as partes parceiras fazendo com que trabalhem juntas com o fim de manter essa relação sempre contínua e tornando-a colaborativa e procriativa.

Alinhar interesses comuns ao ponto de inibir comportamentos oportunistas e alcançar a colaboração mútua de forma plena desafia os ditames das regras contratuais e possibilita a identificação na Lei de Inovação de contratos *sui generis*, nos quais a função social imposta pela lei e o desenvolvimento do país devem prevalecer frente aos interesses particulares das partes.

5. Referências

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Economia y Estado: Crisis y Reforma del Sector Público. Madrid: Marcial Pons, 1993. apud FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Direito Econômico. 5a. Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 276-278.

BARBOSA, Denis Borges et al. Direito da Inovação (Comentários à Lei nº 10.973/2004, Lei Federal da Inovação). Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006, p. 83-84.

BRASIL. Lei n^{o} 10.973, de 2 de dezembro de 2004. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 11.484, de 31 de maio de 2007. Dispõe sobre os incentivos às indústrias de equipamentos para TV Digital e de componentes eletrônicos semicondutores e sobre a proteção à propriedade intelectual das topografias de circuitos integrados, instituindo

Programa de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Indústria de Semicondutores – PADIS e o Programa de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Indústria de Equipamentos para a TV Digital – PATVD; altera a Lei n^{o} 8.666, de 21 de junho de 1993; e revoga o art. 26 da Lei n^{o} 11.196, de 21 de novembro de 2005.

BRASIL. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.

BRASIL. Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências.

BRASIL. Ministério da Ciência e Tecnologia. Disponível em: http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/8477.html. Acesso em: 15 de maio de 2010.

CNPQ. Centro de memória. Disponível em: http://centrodememoria.cnpq.br. Acesso em: 13 de maio de 2010.

COASE, Ronald. O problema do custo social. Disponível em: http://www.iders.org/textos/Coase_Traducao_Problema_Custo_Social.pdf . Acesso em: 11 de maio de 2010.

COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 171.

DIAS, Reinaldo. Sociologia das organizações. São Paulo: Ed. Atlas, 2008. p. 116

DRUCKER, Peter. Administrando para o futuro: os Anos 90 e a Virada do Século. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2003.

FEKETE, Elisabeth. Considerações sobre o projeto de lei de inovação à luz do direito da propriedade intelectual, in Anais do XXIV Seminário Nacional da Propriedade Intelectual da ABPI, plenária IV, 2004, p. 58.

FORGIONI, Paula. A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 168.

FORGIONI, Paula. Teoria geral dos contratos empresariais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 72.

GALEMBECK, Fernando; KRIEGER, Eduardo M. Ciência e Tecnologia no Brasil: Uma Nova Política para um Mundo Global Síntese Setorial: Capacitação para as Atividades de Pesquisa e Desenvolvimento Científico e Tecnológico. 1994. Disponível em: http://www.schwartzman.org.br/simon/scipol/pdf/krieger.pdf. Acesso em: 13 de maio de 2010.

GARCIA, José Luís; MARTINS, Hermínio. O ethos da ciência e suas transformações contemporâneas, com especial atenção à biotecnologia. Scientiæ zudia, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 83-104, 2009. Disponível em: http://www.ics.ul.pt. Acesso em: 15 de maio de 2010.

GOMES, Orlando. A função social da propriedade. In Estudos em homenagem ao prof. Doutor Ferrer-Correa. Coimbra. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1989, p. 426.

JENNEJOHN, Matthew C. Collaboration, Innovation, and Contract Design. Columbia Law and Economics Working Paper Series, no. 319, june 2007. p. 29.

Disponível em: http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=1014420. Acesso em: 10 de maio de 2010.

LESSA, Marcus. Contratos para inovação. Rio de Janeiro, 2009. p. 25. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1431469. Acesso em: 15 de novembro de 2009.

LONGO, W.P. Conceitos Básicos sobre Ciência e Tecnologia. Rio de Janeiro: FINEP, 1996. v.1.A Apple não inventou os computadores pessoais nem os tocadores de MP3, mas inovou ao criar produtos com apresentação e uso mais aprazíveis do que a concorrência.

LOPES DA SILVA, Manuel José. As ciências do homem e da natureza hoje. Disponível em: www.bocc.ubi.pt. Acesso em: 15 de maio de 2010.

MASSAMBANI, Oswaldo. Lei de Inovação: Entrosamento (ou falta de) entre Universidade e Empresa. ABPI - XXVIII Seminário nacional da propriedade intelectual: inovação e desenvolvimento: anais 2008. p. 160.

MATEOS, Simone Biehler; LEONARDOS Luiz; KUNISAWA, Viviane. O sistema de propriedade intelectual como fomentador da inovação tecnológica. Revista da ABPI, nº. 76, 2005.

NETO, Amintas (org.) et.al. Propriedade Intelectual: o caminho para o desenvolvimento. São Paulo: Microsoft Brasil, 2005.

NUSDEO, Fábio. Curso de economia: introdução ao direito econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

OECD. Frascati Manual 2002: Proposed Standard Practice for Surveys on Research and Experimental Development. Paris: Organization for Economic Co-operation and Development, 2002.

OECD. Oslo manual: guidelines for collecting and interpreting innovation data. Paris: Organization for Economic Co-operation and Development, 2005.

POSTEL, Nicolas. Contrat, coercition et institution: un régard d'économiste. in Hiez David (dir.)

Approches critiques de la contractualisation, Librairie générale de droit et de jurisprudence, collection Droit et société, Recherches et travaux, n° 16, Juillet. p. 77.

PÓVOA, Luciano Martins Costa. Patentes de universidades e institutos públicos de pesquisa e a transferência de tecnologia para empresas no Brasil. Tese apresentada ao curso de Doutorado em Economia, da Universidade Federal de Minas Gerais.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. GALESKI JUNIOR, Irineu. Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica. São Paulo: Campus-Elsevier, 2009.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito industrial, direito concorrencial e interesse público. Revista CEJ 36 (2006), p. 14.

SCHWARTZMAN, Simon. A Pesquisa Científica e o Interesse Público. Revista Brasileira de Inovação. Vol. 1, No. 2 (2002) Disponível em: http://www.finep.gov.br/revista_brasileira_inovacao/segunda_edicao/pesquisa_cientifica_interesse_publico.pdf. Acesso em: 15 de maio de 2010.

SILVEIRA, Newton. Propriedade Intelectual. São Paulo: Manole, 2000.

TRIPS. Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio. Disponível em: http://www.inpi.gov.br/menu-esquerdo/.../oculto/TRIPS.pdf/download. Acesso em: 10 de maio de 2010.

UNICAMP. Editais & contratos - padrão. Disponível em: http://www.inova.unicamp.br/download/artigos/pedro_uel.pdf. Acesso em: 15 de maio de 2010.

UNICAMP. Lei de inovação - 5 anos: especialistas apontam avanços e gargalos. Disponível em: http://www.unicamp.br/unicamp/unicamp_hoje/ju/maio2009/ju429_pag0607.php# Acesso em: 13 de maio de 2010.

UNICAMP. Lei de Inovação: A realidade, a prática e o futuro. Disponível em: http://www.pg.unicamp.br/editais/editais.asp. Acesso em: 15 de maio de 2010.

WORLD ECONOMIC FORUM. The Global Information Technology Report 2009-2010. Disponível em: http://www.weforum.org/documents/GITR10/index.html. Acesso em: 15 de maio de 2010.

ZAITZ, Daniela; ARRUDA, Gustavo Fávaro. A função social da propriedade Intelectual: patentes e know how. Revista da ABPI, nº.96, 2008.

PARTE 2 – Direito Societário e Concorrencial

Análise Econômica do Direito e o Poder de Controle Externo nas Sociedades Anônimas[221]

Luiz Daniel Rodrigues Haj Mussi[222]

Ricardo Siqueira de Carvalho[223]

Sumário: 1. Relação do direito empresarial com a economia: dinamicidade. 2. O instrumento da análise econômica do direito: métodos de aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. 3. O poder de controle nas sociedades e nos grupos societários. 4. As teorias econômicas da empresa e a identificação da alocação do poder de controle. 5. Breve distinção entre os mecanismos internos e externos de controle societário. 6. O controle externo e o art. 116 da Lei das S/A – aplicabilidade (análise positiva). 7. Análise econômica do efeito da desregulamentação do poder de controle externo: o estímulo à separação entre risco e responsabilidade (correspondência entre poder e risco). 8. Pode o direito societário apresentar soluções para esse problema? A análise normativa. 9. Referências.

1. Relação do Direito Empresarial com a Economia- Dinamicidade

Embora a contribuição do estudo da Economia para o Direito tenha deitado raízes sobre ramos jurídicos distintos, é no campo do Direito

[221]Trabalho apresentado para o Núcleo de Direito Empresarial Comparado (NEMCO) da Universidade Federal do Paraná (UFPR), coordenado pela Professora Doutora Marcia Carla Pereira Ribeiro.

[222] Professor de Direito Empresarial da UFPR/DAGA. Mestre e Doutorando em Direito Comercial pela USP. Advogado

[223] Bacharel em Direito pela UFPR. Advogado

Empresarial que essas duas matérias se entrelaçam com maior intensidade. Isto porque as normas jurídicas que compõem o âmbito empresarial são destinadas à regulação do comportamento de agentes econômicos, mais especificamente, do empresário. E a própria qualificação jurídica do empresário, estampada no art. 966 do Cód. Civil, revela a íntima relação entre as duas ciências.

Partindo-se da análise de ASQUINI[224], que se sustenta na identificação da noção a partir dos elementos extraídos do dispositivo legal italiano, temos que se considera empresário[225]: a) *'quem exerce'*: é o sujeito de direito que exerce em nome próprio (pessoa física ou jurídica); b) *'uma atividade econômica organizada'*: atividade empresarial que consiste na organização dos fatores de produção (trabalho alheio e capital, próprio e alheio), aos quais o empresário impõe organização, assumindo os riscos técnicos e econômicos; c) *'com o fim de produção para a troca, ou troca, de bens ou serviços'*: ou seja, para a produção ou a circulação de bens ou serviços. A noção de empresário se identifica com a noção econômica de empresa para significar os diversos setores da economia (industrial, comercial e serviços); d) *'profissionalmente'*: não ocasional, mas continuamente. Repete-se a prática da atividade com o fim do lucro (remuneração da atividade contínua).

Como se vê nessa breve síntese, os elementos da atividade empresarial remetem e se vinculam a noções econômicas.

Não por outra razão, predica Alfredo de Assis Gonçalves Neto que *"*o conteúdo desse ramo do direito privado é permanentemente afetado por injunções ligadas ao modo de como evoluem ou se aperfeiçoam as

[224] Alberto ASQUINI. Perfis da empresa. Tradução de Fábio Konder Comparato. **Revista de direito mercantil, industrial e econômico, n.° 104**, 1996, pp. 109-126. Ao tratar do perfil subjetivo (empresa como empresário) o autor depura os elementos do conceito de acordo com a disposição do Código Civil italiano.

[225] No Brasil o código parte de uma concepção genérica de empresário, sendo descabida a distinção --peculiar em doutrina italiana-- entre empresários civis e comerciais.

relações de natureza econômica"[226]. E isto porque "No afã de exercer sua profissão do modo mais ágil possível, os empresários estão diuturnamente criando novas técnicas, novas formas de contratar que, primeiramente, surgem na prática dos negócios para, somente mais tarde, provocarem a atenção do legislador que as consagrada, então, em lei".[227]

Mais especificamente, quanto ao Direito Societário, é certo que ele também guarda proximidade com a Economia. Trata o Direito Societário de uma estrutura específica – a organização de pessoas interessadas em exercer conjuntamente uma atividade econômica, partilhando entre si os frutos e os maus resultados da comunhão de esforços (art. 981 do CC). Mais uma vez, as normas jurídicas desse ramo são voltadas, em última análise, à regulação do fenômeno empresarial, essencialmente ligado à atividade econômica. Daí a pertinência da observação de Eduardo Secchi Munhoz. Para o autor, direito e economia se interpenetram, "influenciando-se reciprocamente, mas guardando a respectiva autonomia, de tal modo que podem adotar conceitos distintos, segundo as finalidades de cada disciplina"[228]. O ponto de partida desse raciocínio está, justamente, na constatação de que o direito societário "tem por objeto a organização e a disciplina da empresa", o que evidencia "a importância do estudo das estruturas e dos processos econômicos que a caracterizam, cuja compreensão é imprescindível para uma disciplina da matéria, dotada de efetividade".[229]

---

[226]GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de Empresa**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2008. p. 34.

[227] GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de Empresa**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2008. p. 34.

[228] MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa Contemporânea e Direito Societário**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p. 183.

[229] MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa Contemporânea e Direito Societário**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p. 183.

Sob um enfoque jurídico, pode-se afirmar que a atividade econômica do empresário constitui a matéria viva objeto das normas do Direito. Estas, organizadas de forma sistemática e coerente, tem por fim dar uma resposta adequada aos problemas que se levantam à medida que o exercício da atividade econômica ganha em complexidade.

No entanto, da mesma forma que as relações de natureza econômica assumem contornos jurídicos quando vistas através da lente do Direito, o próprio ordenamento jurídico pode ser visto sob uma ótica diferente, a partir da perspectiva econômica.

No jogo da Economia, as normas jurídicas são criadoras de direitos e deveres que têm um custo aos agentes. Conforme a distribuição do ordenamento desses “ônus” e “bônus”, os agentes buscam a máxima eficiência em seus arranjos. E, em não havendo essa busca, cabe ao Direito defender e promover os interesses dos demais integrantes da comunidade que sentem, reflexamente, as consequências do arranjo econômico.

Em decorrência da sinergia entre Direito e Economia, nota-se o recrudescimento dentro da doutrina nacional da denominada “análise econômica do Direito”, que se propõe a agregar mais uma perspectiva importante, à luz da noção de eficiência, para a explicação de fenômenos jurídicos, a prevenção de conflitos e a composição de interesses.

O presente trabalho tem por escopo abordar o tema do poder de controle externo no sistema jurídico brasileiro e o papel do Direito Societário para a regulação desse fenômeno. Nesse caminho, a análise econômica será um instrumento de todo útil, ainda que não possa sobrepor-se ao raciocínio jurídico e aos valores intrínsecos ao Direito.

2. O Instrumento da Análise Econômica do Direito- Métodos de Aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Alexandre Faraco e Fernando Muniz Santos, em artigo publicado na Revista de Direito Público da Economia[230], esclarecem as funções da análise econômica do Direito no ordenamento jurídico brasileiro. Entendem que a pura importação de tal metodologia não é adequada, nem compatível, com nosso sistema jurídico (especialmente a linha da análise econômica desenvolvida pela Escola de Chicago).

Para os autores, há três formas de aplicação da análise econômica do direito compatíveis com o sistema nacional: i) o esclarecimento de atos e fatos de natureza econômica que integram a hipótese de incidência de uma norma jurídica; ii) a análise de uma norma jurídica, ou da interpretação e aplicação dessa mesma norma, sob a ótica econômica, "permitindo assim a organização de dados a respeito da efetividade dessa norma";[231] iii) verificação das possibilidades hermenêuticas de uma norma e da validade de outras normas que forem positivadas com fundamento nela a partir dos objetivos, diretrizes e resultados por ela almejados.

Seguindo esses parâmetros, o presente trabalho buscará, primeiramente, valer-se das teorias econômicas da empresa para delinear um panorama geral sobre o poder de controle e, também, para demonstrar as diversas possibilidades de alocação do controle dentro da estrutura empresarial.

[230] FARACO, Alexandre Ditzel; SANTOS, Fernando Muniz. Análise Econômica do Direito e Possibilidades Aplicativas no Brasil. *In*: Revista de Direito Público da Economia. N. 09. jan/mar. 2005. p. 27-61.

[231] FARACO, Alexandre Ditzel; SANTOS, Fernando Muniz. Análise Econômica do Direito e Possibilidades Aplicativas no Brasil. *In*: Revista de Direito Público da Economia. N. 09. jan/mar. 2005. p.45.

Em seguida, após traçar as características principais do controle externo e distingui-lo das outras formas de controle, passa-se a tratar da regulação do controle externo pelo Direito positivo brasileiro à luz da segunda forma de aplicação da análise econômica (positiva): questiona-se se a interpretação da doutrina e jurisprudência majoritárias – especialmente a regra do artigo 116 da Lei das Sociedades Anônimas – é eficiente e satisfatória para a regulação do fenômeno.

Por derradeiro, em contrapartida à análise positiva, optou-se pela sistematização de uma análise normativa da matéria de controle externo, com o objetivo de indicar possíveis caminhos a serem trilhados pelo Direito Societário atual para lidar com a crescente importância do controle externo, que carece de regulamentação.

3. O Poder de Controle nas Sociedades

A noção de poder de controle está disciplinada no art. 116 da Lei do Anonimato. O dispositivo legal estabelece os critérios para a análise do que se deve entender por acionista controlador. Da leitura do dispositivo pode extrair-se que é o controlador quem: (i) exerce de modo permanente o poder político efetivo nas deliberações assembleares; (ii) tem o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia e (iii) usa seu poder para efetivamente orientar o funcionamento da empresa. Na lição de Fábio Konder Comparato trata-se de um poder originário "porque não deriva de outro, nem se funda em nenhum outro, interna ou externamente"; uno ou exclusivo "porque não admite concorrentes, pela sua própria natureza; e geral "porque se exerce em todos os campos e

setores, sem encontrar, nem admitir domínios reservados, por parte dos órgãos societários".[232]

Ainda de acordo com o autor, "núcleo da definição de controle, na sociedade anônima, reside no poder de determinar as deliberações da assembleia geral"[233]. Calcando todo o seu raciocínio na distinção que estabelece três níveis para a estruturação do poder na sociedade anônima: o da participação acionária, o da direção e o do controle, Comparato verifica que o controle pode estabelecer-se mediante participações totalitárias, majoritárias ou minoritárias no capital social, "e pode mesmo não corresponder a participação acionária nenhuma, como no caso do controle externo".[234] Para definir o controle societário o autor vale-se das lições de Champaud, dizendo ser necessário que exista um patrimônio cujo titular se encontre na impossibilidade de gerir os bens de que é proprietário. Ou seja, como nas pessoas jurídicas há uma comunhão de bens oriundos das mais diversas pessoas físicas e jurídicas que a compõe, dissocia-se a propriedade da administração dos bens. Como segunda condição - pois a primeira não é suficiente para a existência e legitimação do controle, mas apenas cria uma situação que facilita seu estabelecimento - tem-se a necessidade de delegação dos poderes de administração patrimonial, pois não é possível que todos administrem ao mesmo tempo. Cria-se "uma concentração de poder na pessoa de alguns sobre os bens sociais, que não é ainda o controle, mas que lhe vai permitir revelar-se e estabelecer-se".[235]Esses dois elementos (comunhão de patrimônios e concentração de poderes), justificam a concretização de um terceiro aspecto de surgimento do controle, o qual se caracteriza pela alteração do mandato de administração dos bens

[232] COMPARATO, Fábio Konder. O Poder de Controle Nas Sociedades Anônimas. São Paulo: 4 Ed.
[233] Fabio Konder COMPARATO. **Op. cit**., p. 89.
[234] Fabio Konder COMPARATO. **Op. cit**., p. 89.
[235] Fabio Konder COMPARATO. **Op. cit.**, p. 90.

coletivos. Uma vez recebida a outorga de gerir a comunhão do patrimônio – empresa - o mandatário se sujeita aos comandos do mandante. No caso da sociedade anônima essa capacidade de alteração do mandato de administração dos bens coletivos manifesta-se pela vontade social em assembleia ou por intermédio do conselho de administração.

Após algumas considerações em relação à natureza do poder que se manifesta nos quadros societários, Comparato conclui que "o controle exprime uma particular situação, em razão da qual um sujeito é capaz de marcar com a própria vontade a atividade econômica de uma determinada sociedade".[236]

Partindo da mesma idéia, Calixto Salomão Filho[237]afirma que, muito embora o núcleo da definição resida no poder de determinar o sentido das deliberações assembleares, também deve ser considerado o poder de determinar o sentido das atividades sociais que não se manifestam somente mediante voto. Ou seja: o poder de controle societário não se resume às deliberações tomadas em assembleia, mas também se estabelece nas decisões proferidas nos órgãos societários. O artigo 116 consagra a idéia de que o poder de controle não se manifesta somente mediante voto, mas também pelo poder de efetivamente conduzir o rumo da companhia.

Pode-se dizer – e isso é de extrema relevância para a análise proposta -- que ao estabelecer o regime de poder em torno da figura do controlador, a lei o caracterizou sob dois aspectos: (i) não se restringe às decisões assembleares e; (ii) o seu exercício não está condicionado a participações majoritárias ou totalitárias.

[236]COMPARATO, Fabio Konder. **Op. cit**., p. 93.
[237] SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário.** São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 160-168.

Muito embora a noção unívoca apresentada por Comparato, não deixa o Autor de reconhecer que o poder de controle assume uma multiplicidade de *fattispecie*. Daí a conclusão de Secchi Munhoz de que, dada a variedade de manifestações, são imprescindíveis disciplinas jurídicas específicas para os problemas que se apresentam.[238]

O controlador dispõe deste poder para marcar com a sua vontade a atividade empresarial, conduzindo os rumos da sociedade. A legislação societária aponta dois critérios para a identificação do controlador: titularidade de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos na assembleia-geral e o poder de eleger os administradores; e o uso efetivo desse poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento da companhia (art. 116 da Lei 6.404/1976).

Como se vê, o controle, em regra, é exercido por aquele que dispõe da participação no capital necessária para impor sua vontade aos demais. No entanto, as teorias econômicas da empresa, notadamente a dos *connected contracts,* deixam transparecer que, hoje, a empresa envolve uma série de outros sujeitos vitais à atividade (fornecedores, consumidores, trabalhadores), de modo que o controle pode não estar necessariamente centrado na figura do acionista. Isto porque o poder de controle é instável e dinâmico, como a própria economia. Na observação precisa de Secchi Munhoz: "o poder de controle é dinâmico, mutável, admitindo diferentes graus de concentração e de estabilidade, e sendo objeto de constantes disputas no seio da sociedade".[239]

4. As Teorias Econômicas da Empresa e a Identificação da Alocação do Poder de Controle

[238] MUNHOZ, *op. cit.*, p. 222.
[239] MUNHOZ, *idem,* p. 223.

No que tange ao poder do controle, tarefa essencial é a identificação do sujeito que conduz, orienta a atividade empresarial. Por se tratar de um fenômeno de natureza econômica, os juristas se valem dos estudos conduzidos por economistas para explicar com maior riqueza de detalhes a alocação e o deslocamento do centro de poder decisório na empresa. Aqui, serão explicitadas teorias econômicas da empresa e suas contribuições à análise do controle.

A teoria desenvolvida por Ronald Coase[240] faz a distinção entre a firma[241] – estrutura regida pela autoridade e direção – e o mercado – espaço onde se estabelecem as transações entre os agentes econômicos, obedecendo ao regime de preços. À medida que aumentam os custos de transação para se operar no mercado, opta-se pela internalização da atividade na empresa, submetendo-a à lógica da autoridade.

Nessa perspectiva, a teoria baseada nesses dois planos (empresa e mercado) seria interessante para mostrar as vantagens, logo assimiladas pelos empresários, da dominação de outra empresa no mercado (supostamente sob a lógica do regime de preços), assumindo para si o poder decisório sobre uma série de detalhes do negócio (em outras palavras, submetendo-a a um regime de autoridade e controle e beneficiando-se da redução dos custos de transação). Eis o fundamento econômico do controle externo.

[240] Os dois principais estudos de Ronald Coase podem ser encontrados em **The Firm, the Market, and the Law**. The university of Chicago Press: Chicago and London, 1999.

[241] Uma firma, para a teoria econômica, é uma entidade que compra fatores de produção, ou insumos, e transforma-os em bens ou serviços, ou produtos, para revenda. São entidades artificiais, criadas e controladas por indivíduos e para servir aos seus interesses (dos proprietários ou controladores). Não é nosso objetivo estudar os aspectos organizacionais da firma (quais as formas de estruturação da governança, de incentivos internos etc.), o que interessa frisar é que "o modo como uma firma está internamente organizada depende de seus objetivos". E que, em muitos desses casos, arranjos contratuais de longa duração podem ser a maneira alternativa mais eficiente de coordenação.

Como vimos, a noção de atividade empresarial remete à idéia de organização dos fatores de produção (capital --próprio e alheio-- e trabalho). Em perspectiva ampla se pode afirmar que o empresário dispõe de pelo menos três formas de coordenação dos fatores de produção: o mercado, o mecanismo de hierarquia (firma) e o contrato. Imagine-se, por exemplo, a hipótese de um empresário que necessita de determinado insumo para sua linha de produção: a primeira opção é buscá-lo no mercado, obtendo o melhor preço para aquela operação específica; a segunda alternativa traduz-se na possibilidade de internalizar a produção daquele insumo, integrando-o à sua atividade; e, por último, o agente econômico poderá concluir contrato de duração para prover a necessidade por determinado período e preço, ajustando as condições para a execução da avença.

Ronald COASE, em seu clássico estudo, "The Nature of The Firm"[242], procura explicar a escolha do agente econômico com base na teoria dos custos de transação. O artigo parte de uma investigação empírica, que analisa o porquê das decisões empresariais no sentido de buscar ou não a integração vertical. O contexto em que nasce o estudo é revelador do raciocínio utilizado pelo autor: às vezes não é recomendável economicamente integrar verticalmente, porque um mecanismo de coordenação dos fatores alternativo, no caso o mercado, representa uma solução mais eficiente. Por outro lado, a opção pelo mecanismo de hierarquia, com integração vertical de determinadas atividades ao objeto social do incorporador, só será adotada pelo agente econômico quando a opção representar um menor custo de transação relativamente ao mercado.

[242] COASE, Ronald Harry. The nature of the firm. **The Firm, the Market, and the Law.** The university of Chicago Press: Chicago and London, 1999. p. 33-55. O artigo foi originalmente publicado em 1937 (*Economica*, n.s. 4).

A ideia fundamental é, portanto, explicar a origem e a gênese das *firmas*, contrapondo-as ao mecanismo de preço do mercado. A coordenação do sistema econômico poderia realizar-se tanto internamente, na firma, quanto externamente, no mercado. As duas opções coexistem e são adotadas a depender dos custos embutidos na transação. Interessante observar que a análise desencadeada por COASE, conquanto considere a existência de mecanismos contratuais intermediários de coordenação, centra-se apenas nas duas formas já referidas (mercado e hierarquia).

WILLIAMSON[243.] parte das noções desenvolvidas por COASE para demonstrar que os custos de transação são centrais no estudo das relações sociais, uma vez que permitem identificar qual estrutura de governo é mais recomendável do ponto de vista econômico. Após retomar a distinção entre as concepções clássicas, neoclássicas e relacionais de contrato, o autor desenvolve a noção de relações contratuais idiossincráticas.

Para definir os atributos da relação (caracterizá-las como simples ou complexas) o autor pauta o seu raciocínio em três elementos que devem ser identificados na operação econômica, quais sejam: (i) a incerteza, (ii) a frequência com a qual a operação se verifica e (iii) a medida dos investimentos especificamente vinculados àquela operação econômica (transaction-specific investments). Os agentes econômicos, nessa concepção, poderão dimensionar suas transações com base em diversos critérios, tais como (a) especificidade dos ativos produzidos; (b)

[243] De acordo com WILLIAMSON "L'oggetto complessivo del saggio si riduce essenzialmente a questo: identificare, per ogni astratta struttura transativa, la struttura di governo più economica, ove per struttura di governo intendo lo schema istituzionale all'interno del quale si decide l'integrità della transazione. Due delle alternative principalo sono date dal mercato e dalla gerarchia". *In* WILLIAMSON, Oliver E. I costi transattivi e la disciplina del contratto. **Analisi Economica del diritto privato** (Transaction-cost economics: the governance of contratctual relations. *In* Journal of Law & Economics.Volume XXII (2). The University of Chicago Law School, October 1979, p. 233-261. Trad. it. di G. Forlino). Giuffrè Editore: Milano, 1998, p. 150.

frequência e duração da obrigação; (c) complexidade das transações; (d) dificuldade de mensuração das performances; ou (e) conexão com transações similares. Partindo de alguns desses elementos, John ROBERTS e Bengt HOLMSTRON[244] afirmam que altos graus de incerteza e altos níveis de ativos específicos, particularmente quando ocorrem em conjunto, resultam em ambiente de contratação mais complexo e maiores necessidades de negociações após o início do relacionamento. Diante da complexidade, a relação de hierarquia, na qual uma das partes tem controle formal sobre as duas variáveis, presume-se mais eficiente na resolução de disputas do que a solução pautada no mecanismo de mercado.

Nessas circunstâncias, é possível perceber que quando a especificidade dos ativos é baixa e praticamente não existe incerteza, o mecanismo mais eficiente é o mercado. Ao contrário, quando a incerteza e a especificidade dos ativos são altas, o mecanismo mais eficiente tende a ser o de hierarquia (opção pela integração vertical). Nas hipóteses intermediárias, nas quais há relativa incerteza e a especificidade dos ativos passa a ganhar relevância, o mecanismo mais eficiente tende a ser o contrato.[245][246]

---

[244] "The basic logic is that higher levels of uncertainty and higher degrees of asset specificity, particularly when they occur in combination, result in a more complex contracting environment and a greater need for adjustments to be made after the relationship has begun and commitments have been made. A hierarchical relationship, in which one party has formal control over both sides of the transaction, is presumed to have an easier time resolving potential disputes than does a market relationship". ROBERTS, John e; HOLMSTRON Bengt. The boundaries of the firm revisited. **The journal of economic perspectives,** vol. 12, no 4 (Autumn, 1998), p. 76. Tradução e adaptação livre.

[245] WILLIAMSON, Oliver E. I costi transattivi e la disciplina del contratto. **Analisi Economica del diritto privato** (Transaction-cost economics: the governance of contratctual relations. *In* Journal of Law & Economics.Volume XXII (2). The University of Chicago Law School, October 1979, p. 233-261. Trad. it. di G. Forlino). Giuffrè Editore: Milano, 1998, p. 149-171.

[246] KLEIN, CRAWFORD and ALCHIAN. Vertical integration, appropriable rents, and the competitive contracting process. **The Journal of Law & Economics.** Volume XXI (2). The University of Chicago Law School, October 1978, p. 297-326.

Essa consideração, pautada em um modelo de análise econômica, é de extrema importância para a caracterização do poder de controle externo, porque explica a origem dos contratos que permitem o exercício da dominação.

Conquanto a teoria de Coase seja de extrema utilidade para análises como esta, ela não dá o devido destaque à relação da empresa com os demais integrantes da atividade econômica, tais como trabalhadores, fornecedores, consumidores etc. Por conta disso, é preciso recorrer a outras teorias, complementares a ela, para se apreender o fenômeno do controle empresarial.

A segunda teoria, que revela uma perspectiva diferente sobre a empresa, é a do *nexus of contracts*, desenvolvida por Michael Jensen e William Meckling[247]. Propõem estes Autores que a empresa nada mais é do que um feixe de contratos, envolvendo fornecedores, trabalhadores, credores etc. Esta visão amplia os horizontes dos sujeitos que participam da empresa; porém, sofreu criticas por resultar na indiferença entre a empresa e o mercado, tratando-os ambos como meras relações contratuais, quando, na realidade, funcionam de modos diferentes (a começar pela lógica da autoridade e direção, existente na empresa e, em regra, ausente no mercado).

A terceira teoria não é antagônica à de Coase, mas formula uma nova visão sobre a empresa, abrindo perspectivas não exploradas pela primeira teoria. Denomina-se teoria dos "*connected contracts*",[248] que, em síntese, tem por elemento central a idéia dos conflitos, competição e

[247] Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure. Journal of Financial Economics, 3 (1976), pp. 305 e ss.

[248] Gulati, G. Mitu, Klein, William A. and Zolt, Eric M., **Connected Contracts**. UCLA Law Review, Vol. 47, P. 887, 2000. Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=217590 or doi:10.2139/ssrn.217590

cooperação entre todos os que adquirem direitos ou deveres no exercício da atividade empresarial.[249]

Esta última teoria é a mais adequada para explicitar o controle dentro do fenômeno empresarial. Vários agentes possuem poderes para indicar os rumos da atividade (ou seja, poder de decisão e controle), em maior ou menor escala, de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Esta constante negociação entre os agentes acerca do controle da empresa é o núcleo da teoria[250].

Como sintetiza Secchi Munhoz o modelo oferece uma perspectiva alternativa de análise *"*que centraliza sua preocupação nas relações estabelecidas entre os sócios, administradores, empregados, credores, fornecedores e consumidores, sem considerar a existência da pessoa jurídica, organizada hierarquicamente e com fronteiras bem definidas".*[251]*Com este destaque às relações existentes entre as pessoas direta ou indiretamente envolvidas na atividade empresarial, é possível alçar o controle a "elemento central da teoria, dele dependendo a solução dos problemas jurídicos que tal modelo se propõe a solucionar".[252]

Essa visão mais ampla, sem os limites impostos pela pessoa jurídica, está em consonância com o chamado *stakeholder model*, segundo o qual o interesse da empresa deve extravasar o interesse dos titulares do capital, uma vez que todos esses atores estão envolvidos e merecem ter seus interesses tutelados. Distingue-se este modelo do

[249] MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa Contemporânea e Direito Societário**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p. 195.

[250] Vale destacar que a noção de controle utilizada pelos simpatizantes do modelo dos *connected contracts* não corresponde exatamente ao poder de controle apresentado no ponto 3 do trabalho. Em verdade, *control* tem um significado mais próximo à idéia de capacidade para influenciar decisões empresariais (cf. MUNHOZ, *idem*, p. 196).

[251] MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa Contemporânea e Direito Societário**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p. 236-238.

[252] MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa Contemporânea e Direito Societário**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p. 236-238.

shareholder-oriented model, que dá prevalência aos interesses dos sócios, os quais procurariam obter o máximo de riqueza no desenvolvimento da empresa e, assim, em última análise, beneficiarem a si próprios e a todos os outros agentes envolvidos (fornecedores, trabalhadores etc.).

A síntese conclusiva quanto às teorias mais modernas e seu reflexo sobre a empresa podem ser extraídas da lição de Calixto Salomão:

> O interesse da empresa não pode ser mais identificado, como no contratualismo, ao interesse dos sócios nem tampouco, como na fase institucionalista mais extremada, à autopreservação. Deve isso sim ser relacionado à criação de uma organização capaz de estruturar da forma mais eficiente – e aqui a eficiência é a distributiva, não a alocativa – as relações jurídicas que envolvem a sociedade.[253]

É preciso assumir, portanto, que em torno da empresa gravitam agentes e interesses os mais variados, sendo plenamente possível que o controle da atividade empresarial possa estar alocado na esfera extrasocietária, do que o controle externo é exemplo.

5. Breve Distinção entre os Mecanismos Internos e Externos de Controle Societário

Apresentadas algumas noções fundamentais nos tópicos anteriores, volta-se, nesse momento, ao controle societário externo.

SegundoRicardo de Ferreira Macedo[254], o controle externo é uma modalidade de controle extra-societário, conceito este que se contrapõe ao intra-societário. Enquanto este se exercita pelo direito de voto ou, ainda, por uma qualidade singular de um sócio, aquele, por sua vez, origina-se de outros instrumentos que não o voto, ainda que o controle seja exercido dentro dos limites orgânicos da empresa. Dois seriam os exemplos da modalidade extra-societária: o controle gerencial e o externo.

Na classificação de Comparato, o controle externo diferencia-se do interno. O controle interno existe se o poder *"*estiver em mãos de titulares de direitos próprios de acionista, ou de administradores, pessoas físicas

[253] SALOMÃO FILHO, Calixto. **Novo Direito Societário**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 42.
[254] MACEDO, Ricardo Ferreira de. **Controle Não-Societário**. São Paulo: Renovar, 2004.

ou jurídicas, isoladamente ou em conjunto, de modo direto ou indireto".[255] Por exclusão, o controlador externo não integraria nenhum órgão social, exercendo o seu poder *ab extra.*[256] Nesse quadro, nota-se que a definição do controle externo segue um critério negativista (o controle externo é aquele que não é interno).

Por conta disso, Orcesi da Costa buscou delinear os traços fundamentais do controle externo, chegando à conclusão de que *"*é o direito de pretender o cumprimento de uma dívida, ou mesmo a expectativa ou desejo de transformação de direito de crédito em controle interno, decorrente de um poder contratual de ação (não no sentido processual, como salienta o mestre)*".*[257]

Em seguida, Orcesi da Costa identifica a existência de três formas distintas de controle externo: o tecnológico, o comercial e o financeiro. O primeiro decorre da dominação por motivos de técnica, a exemplo do que pode ocorrer nos contratos de transferência de tecnologia e no licenciamento de patentes. O segundo se dá por causa de uma relação comercial de produtos ou serviços, sendo os casos de franquia e concessão comercial os mais frequentes. E, por fim, o financeiro é oriundo de empréstimos tomados pela sociedade (normalmente de instituições financeiras), ocorrendo, por vezes, a caução fiduciária do bloco acionário de controle.

Há, ademais, classificações do poder de controle segundo o critério da "dissociação entre a propriedade do capital e o comando empresarial".[258] Nessa ótica, quanto mais distante está o sujeito da propriedade do capital, mais fácil é a desvirtuação dos fins sociais em

[255] COMPARATO, *op. cit*., p. 88.
[256] *Idem*, p. 89.
[257] COSTA, Carlos Celso Orcesi da. Controle Externo nas Companhias. *In*: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico, Financeiro. São Paulo, n. 44, p. 70-75, out/dez 1981. p. 71.
[258] MUNHOZ, *op. cit*., p. 225; e COMPARATO, *op. cit*., p. 79.

benefício do interesse particular do controlador, o que exige uma regulação mais ou menos rígida quanto à proteção dos sócios minoritários. A classificação, em ordem crescente de refração decisória, obedece à seguinte escala: controles majoritário, minoritário, gerencial e externo.

Como não poderia deixar de ser, o controle externo, dentro da última classificação proposta, é a forma de controle que mais se distancia da propriedade do capital – e, portanto, maior a probabilidade, hipoteticamente, de desvirtuamento dos interesses. Detectado *in asbtracto* tal problema inerente à figura do controle externo, volta-se a atenção às normas jurídicas, particularmente as societárias, para se verificar quais são os mecanismos existentes para a regulação do fenômeno.

6. O Controle Externo e o Art. 116 da Lei das S/A- Aplicabilidade (Análse Positiva)

Da leitura do artigo 116 da Lei das S/A, extrai-se que o legislador tomou por premissa que, sob a ótica da eficiência, o controle deverá estar nas mãos dos próprios sócios, os quais, ao atuarem na defesa de seus interesses particulares, geram benefícios aos demais participantes da empresa.

Na pena de Ricardo Macedo, “parece adequada a opção político-legislativa de procurar outorgar aos sócios, residual claimants da empresa, a prerrogativa de controle sobre ela através do mecanismo do voto, uma vez que a lógica econômica-comportamental aponta para a maximização dos resultados da atividade, gerando, através do resguardo de seus próprios interesses, benefícios a toda a comunidade de

stakeholders da empresa"[259].Nessa mesma linha de raciocínio, "o controle deve estar alocado na esfera dos próprios sócios". [260]

A regra é a outorga da prerrogativa de controle aos sócios – bem caracterizado está, portanto, o controle interno. Em contrapartida, o que dispõe a legislação societária sobre o controle externo? Em verdade, pelo fato de se tratar de um tipo de controle exercido por terceiro alheio à propriedade do capital social, as normas societárias não contemplam expressamente a figura. Ao assim fazer, dificulta-se a definição dos direitos, deveres e responsabilidades do terceiro que assume essa posição.

Comparato, em caso notório apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial nº. 15.247, julgado em 10.12.1991)[261], defendeu com veemência a aplicação por analogia do artigo 116 da Lei das Sociedades Anônimas ao controlador externo, com o fim de imputar a este último um rol de deveres decorrentes da posição especial que ocupa na empresa. O Tribunal, no entanto, não compartilhou da tese de Comparato, concluindo que a hipótese legal trata exclusivamente do controlador que possui a propriedade acionária do capital.

Ricardo Macedo também é partidário da aplicação do artigo 116 da Lei do Anonimato ao controlador externo, por entender que a norma legal ali referida é, antes de tudo, um conceito operacional que serve de parâmetro para o reconhecimento da materialidade do poder de controle e consequente balizamento de seu exercício.[262]

---

[259] MACEDO, Ricardo Ferreira de. **Controle Não-Societário**. São Paulo: Renovar, 2004. p. 23

[260] MACEDO, Ricardo Ferreira de. **Controle Não-Societário**. São Paulo: Renovar, 2004. p. 23.

[261] "CIVIL. CONTRATO DE TRANSMISSÃO DE PROGRAMAS DE TV. NATUREZA JURIDICA. O CONTRATO ENTRE EMPRESAS DE TELEVISÃO, CONCESSIONARIAS DE SERVIÇO PUBLICO, NÃO SE INCLUI NO GENERO SOCIEDADE E, CONTENDO CLAUSULA RESOLUTIVA, SE EXTINGUE SEGUNDO NELA ENUNCIADO" (REsp 15247/RJ, Rel. Ministro DIAS TRINDADE, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/12/1991, DJ 17/02/1992 p. 1377).

[262] MACEDO, Ricardo Ferreira de. **Controle Não-Societário**. São Paulo: Renovar, 2004. p. 23.

Apesar do posicionamento do Autores acima, é predominante na doutrina nacional o entendimento de que o controle externo é figura pendente de regulamentação jurídica adequada e pormenorizada, conclusão sintetizada nas seguintes palavras de Orcesi Costa: a *"*noção de controle externo, todavia, não foi definida ou delimitada, nem pela doutrina estrangeira, nem pela nacional, talvez pela completa ausência de elementos jurídicos, de normas cogentes, em matéria de direito privado de sociedades comerciais".[263]

E, de modo mais enfático, Secchi Munhoz faz apreciação crítica do art. 116 da Lei das SA para concluir que há restrição na definição legal: a "principal crítica a ser apresentada refere-se exatamente ao núcleo da definição legal, ao restringir o fenômeno do controle ao mecanismo societário, ligando-o à preponderância nas deliberações sociais e ao poder de eleger a maioria dos administradores, ou seja, ao exercício do direito de voto".[264]

Como observa o autor, o legislador preocupou-se em estabelecer uma *formúla* baseada em critério objetivo, em busca de maior segurança jurídica. Porém

> a orientação adotada pela lei brasileira (...) foi extremamente reducionista, deixando à margem da disciplina legal os fenômenos do controle gerencial e do controle externo" e, adiante, conclui, "por todas essas razões, parece urgente o reconhecimento do controle gerencial e do controle externo na lei societária brasileira, o que pressupõe a modificação dos conceitos de acionista controlador (art. 116) e de sociedade controladora (art. 243, §2º), ora vigentes.[265]

[263] COSTA*, op. cit.*, p. 70.
[264] MUNHOZ*, op. cit.*, p. 245 e 249.
[265] MUNHOZ*, op. cit.*, p. 245 e 249.

Outros campos jurídicos se interessaram por essa matéria, mormente o Direito Concorrencial, para o qual é essencial a descoberta do efetivo exercício do poder econômico na economia de mercado, de modo a estar pronto a conformá-lo aos princípios da concorrência e da defesa do consumidor.[266]

7. Análise Econômica do Efeito da Desregulamentação do Poder de Controle Externo- o Estímulo à Separação entre Risco e Responsabilidade (Correspondência entre Poder e Risco)

Numa análise positiva das normas jurídicas sobre o tema, qual a avaliação econômica possível sobre a desregulamentação do poder de controle externo? Aparentemente, sob a perspectiva econômica, há uma nítida separação do binômio risco-responsabilidade – sendo que o direito societário atual deveria se preocupar em reaproximá-los. Assim, os possíveis riscos assumidos por uma sociedade podem acabar por não ter qualquer repercussão sobre a esfera jurídica de responsabilidade por parte do controlador externo que, de fato, conduz o rumo da atividade empresarial.

Ao não contemplar a figura do controlador externo, o ordenamento jurídico não imputa a ele os respectivos deveres decorrentes do poder que detém, principalmente face aos demais envolvidos, vinculados à empresa. Tendo em vista a pujança sobre os demais agentes, não lhe é difícil impor sua vontade aos demais, sem sofrer restrições ao uso de suas prerrogativas, já que controla sem deveres, nem responsabilidade sobre suas ações.

Ao se evitar a regulação do controle externo pelos dispositivos da lei societária – como poderia ter sido feito, à semelhança da experiência italiana, por exemplo –, estimula-se uma forma de controle sem os riscos

[266] Esta análise não objeto desse ensaio.

que a mesma implica, a custos inferiores àqueles que existiriam na situação inversa. Vale, nesse diapasão, reproduzir a observação de Ricardo Ferreira de Macedo:

> a recalcitrância em se reconhecer o fenômeno do controle em relações não societárias dá lugar a que essa forma de controle (que faticamente existe, seja ela reconhecida ou não) possa ser exercitada não apenas a custos inferiores que a forma societária, mas também sem o balizamento e responsabilidade desejáveis.[267]

8. Pode o Direito Societário Apresentar Soluções para Esse Problema? A Análise Normativa

Quanto à indagação destacada no tópico, vale a reflexão: o que se espera do Direito Societário? Pode ele contribuir para o aperfeiçoamento do mecanismo de controle externo?

Com efeito, o Direito Societário tem, sim, uma função a desempenhar no que tange ao controle externo. Ricardo Macedo aduz o seguinte:

> mesmo a visão mais pobre sobre as finalidades do direito societário torna evidente a necessidade de permeabilidade desse ramo do direito à realidade do controle não societário. E essa necessidade mostrar-se-á ainda mais premente sempre que se reconheça a real extensão da função do direito societário em relação ao controle empresarial, pois, em sua esfera, situa-se o epicentro da disciplina jurídica da empresa e da responsabilidade inerente a seu exercício, i.e., as regras de um complexo jogo entre claimants não controladores e claimants que, por motivos estruturais ou circunstanciais, logram impor sua vontade na condução da empresa. E, sendo a empresa órgão autônomo que integra o organismo das economias descentralizadas, dentre os

[267] MACEDO, *op. cit*., p. 154.

> interesses aos quais deve ater-se o controlador, situa-se o próprio interesse público [268]

Para que o Direito Societário possa regular o fenômeno do controle externo, é preciso, em primeiro lugar, identificá-lo. Cabe ao ramo societário a função de, sobretudo, reorganizar a determinação cognitiva do conceito de controle para, deste modo, reconhecer o deslocamento desta prerrogativa, sob pena de tornar-se inócuo à regulação dos diversos interesses que circundam a atividade empresarial. Nesse sentido, pontua Ricardo Macedo:

> o não reconhecimento de situações de deslocamento de controle importa grave risco de inutilização da função de balizamento que assiste ao direito societário, que, como dito e repisado, não pode, senão por uma hermenêutica absolutamente despida de consciência, ser direcionada a outro que não o titular do controle efetivo sobre uma empresa, quer esse controle se exercite pela via instrumental societária, quer se exercite por qualquer outra via[269]

De fato, com vistas a superar o problema da identificação da materialidade do poder de controle, o Direito Societário deve almejar o aperfeiçoamento deste conceito. É possível, contudo, dar um passo adiante e, reconhecendo o deslocamento da materialidade e o fenômeno do controle externo, não obstante a ausência de regulamentação normativa, valer-se o operador do direito da criatividade inerente à prática empresarial.

A internalização de interesses dos terceiros que gravitam em torno da empresa[270], por exemplo, é uma realidade da qual podem se

[268] *Idem*, p. 193-194.
[269] MACEDO, Ricardo Ferreira de. **Controle Não-Societário**. São Paulo: Renovar, 2004. p. 161.
[270] Ricardo Macedo demonstra que, em função dos altos custos de transação com terceiro no mercado, às vezes uma empresa pode ser levada a internalizar tais custos, o que, por

encarregar as normas societárias, com o propósito de regular o exercício do poder de decisão destes terceiros, bem como os deveres e responsabilidades inerentes à posição jurídica que assumem.

9. Referências

ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Tradução de Fábio Konder Comparato. Revista de direito mercantil, industrial e econômico, n.° 104, 1996, pp. 109-126.

COASE, Ronald Harry. The Firm, the Market, and the Law. The university of Chicago Press: Chicago and London, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. O Poder de Controle Nas Sociedades Anônimas. São Paulo: 4ª Ed.

COSTA, Carlos Celso Orcesi da. Controle Externo nas Companhias. In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico, Financeiro. São Paulo, n. 44, p. 70-75, out/dez 1981.

FARACO, Alexandre Ditzel; SANTOS, Fernando Muniz. Análise Econômica do Direito e Possibilidades Aplicativas no Brasil. In: Revista de Direito Público da Economia. N. 09. jan/mar. 2005. p. 27-61.

GULATI, G. Mitu; KLEIN, William A.; and ZOLT, Eric M. Connected Contracts. UCLA Law Review, Vol. 47, p. 887, 2000.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Direito de Empresa. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

conseguinte, pode implicar a interferência de terceiros no âmbito orgânico-decisório de sua atividade. Diz ele: "certas relações entre empresa e *stakeholders* podem apresentar à primeira custos de transação tão elevados que justifiquem a outorga de tratamento organicamente internalizado a esses custos, internalização que permite a tais *stakeholders* uma penetração nos mecanismos decisórios da empresa, ágora de seus 'proprietários'. E tal penetração, longe do efeito de benevolência ou imposição político-ideológica, pode mostrar-se resultado de fria racionalidade econômica, o que fragiliza um dos argumentos lógicos que sustentam o *shareholder oriented-model*, segundo o qual 'the interests of participants in the firm other than shareholders can generally be given substantial protection by contract and regulation', argumento que se torna falso quando os custos de transação em contrato com determinados stakeholders tornam-se elevados a ponto de impor sua internalização à estrutura orgânico-decisória da empresa. Vê-se, desde logo, que a acomodação de prerrogativas decisórias em uma empresa tende a seguir a mesma lógica da força de veiculação dos interesses de cada um dos agentes ou grupos de agentes que em torno dela gravitam, percepção essa que será recorrentemente lembrada ao longo de nosso texto" (*idem*, p. 18-19).

JENSE, Michael C.; MECKLING, William H. Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure. Journal of Financial Economics, 3 (1976), pp. 305 e ss.

KLEIN, CRAWFORD and ALCHIAN. Vertical integration, appropriable rents, and the competitive contracting process. The Journal of Law & Economics. Volume XXI (2). The University of Chicago Law School, October 1978, p. 297-326.

MACEDO, Ricardo Ferreira de. Controle Não-Societário. São Paulo: Renovar, 2004.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Empresa Contemporânea e Direito Societário. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Novo Direito Societário. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

WILLIAMSON, Oliver E. I costi transattivi e la disciplina del contratto. Analisi Economica del diritto privato (Transaction-cost economics: the governance of contratctual relations. In Journal of Law & Economics. Volume XXII (2). The University of Chicago Law School, October 1979, p. 233-261. Trad. it. di G. Forlino). Giuffrè Editore: Milano, 1998.

A *Golden Share* e o Poder de Controle do Estado nas Sociedades Anônimas Privadas[271]

Egon Bockmann Moreira[272]

Mariana Almeida Kato[273]

Sumário*:* 1Introdução – *2* As Relações de Poder Econômico e o Poder de Controle nas Sociedades Anônimas – 2.1 O Poder no Direito – 2.2 As Relações de Poder nas Sociedades Anônimas – 2.3 O Poder de Controle nas Sociedades Anônimas 3. – O Poder de Controle Exercido pelo Estado nas Empresas Privadas através da *Golden Share* – 3.1 *Golden Share*: Conceito, Poderes, Fundamentos e Limites – 3.2 Ações Preferenciais de Classe Especial: A *Golden Share* do Direito Brasileiro – 4. Conclusão. 5. Rferências.

[271] Trabalho apresentado para o Núcleo de Direito Empresarial Comparado (NEMCO) da Universidade Federal do Paraná (UFPR), coordenado pela Professora Doutora Marcia Carla Pereira Ribeiro.

[272] Mestre e Doutor em Direito pela UFPR. Pós-Graduado em Regulação Pública pela Faculdade de Direito de Coimbra. Professor do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR. Professor Visitante da Faculdade de Direito de Lisboa. Professor Visitante nas Universidades de Nankai e JiLin, na China. Advogado.

[273]Advogada. Membro do Núcleo de Pesquisa em Direito Econômico da Faculdade de Direito da UFPR – NUPEDE.

1. Introdução

As duas últimas décadas do século passado foram marcadas, principalmente na Europa continental, mas também no Brasil, por transformações na atuação empresarial do Estado. Iniciou-se a retirada física, ainda que não absoluta (conforme se verá adiante), do Estado das atividades econômicas, em especial por meio de processos conhecidos como "desestatização" e "privatização".[274] Desde então, boa parte dos Estados capitalistas ocidentais passaram a desconstruir, reformular e reconstruir o papel por si desempenhado na economia.

As explicações mais singelas para tais mutações eram a de que a transferência de tais atividades para particulares traria, além de maior eficiência econômica (efeito endógeno à atividade), a redução dos problemas financeiros enfrentados pela Administração Pública (efeito endógeno ao Estado). Todavia, tal análise é limitada, pois o conjunto das privatizações significa muito mais do que o rearranjo circunstancial de custos e o estímulo à eficiência: o que está em jogo é a redefinição dos papéis reservados ao Estado e aos agentes privados nas relações econômicas. Se antes o Estado era o protagonista da quase unanimidade das principais atividades econômicas, hoje, em algumas delas, ele se vê reduzido ao papel de mero coadjuvante (ou, quando muito, de diretor ou de crítico externo).

Porém, nem sempre é fácil deixar de ser o protagonista. Assim, para viabilizar essa retirada do poder estatal relativamente a determinadas atividades econômicas, paralelamente surgiram outros mecanismos de

[274] No Brasil, as privatizações ocorreram com base primária na Lei nº 8.031, de 12/04/1990, responsável por instituir o Programa Nacional de Desestatização, depois substituída pela Lei nº 9.491, de 09/09/1997. Dentre seus objetivos principais, nos termos do artigo 1º, incisos I e VI, destaque-se: *(i)* reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público e *(ii)* permitir que a administração pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais.

controle. Tais mecanismos podem ser compreendidos em graus ou níveis: está-se a se falar de poder de controle societário, regulação (desde a mais *soft* até a mais intrusiva), supervisão e fiscalização. Os motivos são a proteção do interesse público e a garantia da consecução dos objetivos da própria privatização. Ainda que veladamente, as soluções jurídicas para os problemas econômicos não implicaram a transformação integral do papel desempenhado pelo Estado em tais atividades (*tudo ou nada*), mas mera atenuação da intensidade pública em determinadas decisões empresarias – atribuindo maior peso ou importância aos agentes econômicos privados sem lhes reconhecer, contudo, plena autonomia e liberdade empresarial.

Dentre esses mecanismos, destaque-se o papel desempenhado externamente pelas agências reguladoras independentes (em setores privatizados ou não), bem como o exercido internamente às companhias privatizadas através da ação de classe especial (ou *golden share*). Se no primeiro caso a competência pública regulatória pretende-se *imparcial* e *técnica,* no segundo o que existe são específicos *poderes intra-societários* conferidos ao Estado (os quais, se podem ter algo de técnico, são sobretudo político-empresariais).

A questão que hoje se coloca é até que ponto pode-se admitir tamanha interferência do Estado nas entranhas da atividade econômica privada, especialmente utilizando-se de mecanismos intra-societários que acabam por inverter a própria lógica societária (sobretudo nas companhias abertas). Isto é, questiona-se quão eficiente pode ser esta "reserva pública" do poder de controle das companhias. O presente artigo, portanto, cuida de analisar a forma com que o Estado vem atuando nas empresas privatizadas através da chamada *goldenshare*.

O trabalho é divido em duas partes, ambas a tentar explicar fenômenos jurídicos com o auxílio das respectivas compreensões

econômicas.[275] A primeira cuida dos mecanismos societários das sociedades anônimas, tendo como norteadoras as idéias de poder e controle. Ao seu tempo, a segunda analisa a *golden share* como subversão ao regime típico dessas empresas, destacando seus fundamentos e limites a sua aplicação no Brasil.

2. As Relações de Poder Econômico e o Poder de Controle nas Sociedades Anônimas

2.1 O Poder no Direito

A análise do poder enquanto fenômeno social sempre acompanhou as constantes transformações da sociedade, de modo que sua concepção sofreu (e ainda sofre) diversas compreensões conforme o desenrolar da História e o campo da ciência em que se inseriu (e insere) seu estudo. O grande mérito há de ser reconhecido aos cientistas políticos, a quem coube a tarefa de tentar compreender o poder, sobretudo à luz das relações que se davam entre o Estado e seus governantes.

A experiência histórica nesse ponto fez com que a ideia geral de poder hoje consolidada seja a de "dominação hierárquica". Mas aqui se compartilha da opinião de Fabio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho, para quem o poder identifica-se mais fortemente com a chamada

[275] Afinal, desde 1932, quando Adolf Berle e Gardiner Means publicaram a primeira edição do seu *The modern corporation and the private property* (existe a seguinte edição brasileira: *A moderna sociedade anônima e a propriedade privada*; tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Abril Cultural, 1984), a compreensão do poder de controle nas sociedades anônimas *exige* a integração das perspectivas jurídica e econômica: nas modernas corporações, aqueles que possuem a "propriedade" das companhias são separados daqueles que possuem o "poder de controle" delas (a diferença entre propriedade e controle). Esta conclusão só foi possível levantando-se o manto jurídico e analisando-se a efetiva realidade econômica que rege o poder de controle nas sociedades anônimas. Tal texto gerou significativa repercussão inclusive ao nível normativo – basta a leitura do texto do art. 116 da Lei de S.A. para confirmar a influência.

"influência determinante"[276] – o que, contudo, não significa afirmar que não há qualquer influência da hierarquia na concentração ou detenção desse poder. O que ocorre é a reiteração do papel complementar da "dominação hierárquica" – e não de sua eliminação. A hierarquia atua apenas na medida em que a "influência" não é suficiente para concentração dos poderes visados pelo agente, potencializando seus efeitos.

No presente trabalho, inclusive observar-se-á momentos em que a "influência determinante" sobressai à própria hierarquia e, em outros, que a hierarquia acaba por potencializá-la. Para tanto, faz-se necessário, após essas reflexões iniciais, a análise do que seria esse poder quando inserido no Direito e, mais precisamente, nas sociedades anônimas. Já se adianta que, de forma alguma as linhas adiante pretenderão desenhar um conceito preciso do poder no Direito.[277] O que se objetiva é, a partir das ponderações e considerações de alguns autores sobre o tema, tornar possível a identificação de suas manifestações. Mais ainda: o que se pretende destacar é o papel desempenhado pelo poder econômico e os instrumentos jurídicos dos quais ele se vale.

É fundamental ter-se em mente a premissa de que no Direito o poder é "uma categoria pertencente à esfera da dinâmica jurídica, em contraste com o estático 'interesse juridicamente protegido'."[278]Assim, entende-se o poder econômico como um dos instrumentos de dinamização das relações jurídicas, capaz de colocar o próprio Direito

[276] Os autores afirmam que "o potencial de liderança de alguém, em dado grupo social, pode superar, de muito, sua posição hierárquica nesse mesmo grupo; e inversamente." (COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005, p. XV).

[277] Para um estudo mais aprofundado sobre o tema ver: Mario Stoppino (verbete "poder", em Bobbio, Matteuci e Pasquino, *Dicionário de Política*, 2ª ed. Brasília: UNB, 1986, p. 933-943); Miguel Reale (O Poder na Democracia. In *Pluralismo e Liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1963, p. 207 ss.); Norberto Bobbio (*Estado, Governo, Sociedade: Por uma Teoria Geral da Política*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 76-85).

[278]COMPARATO; SALOMÃO FILHO, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, op. cit., p. 134.

em marcha.Neste sentido, “trata-se da faculdade de produzir efeitos jurídicos pela manifestação de vontade do seu titular.”[279]

Para Miguel Reale, esse fenômeno se dá através “do ato de escolher para outrem.”[280] Contudo, tal definição, para Fabio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho, seria insuficiente para defini-lo, pois a escolha “para outrem” não impede que o outro agente escolha – pelo contrário, concede-lhe a faculdade de escolher o decidido pelo detentor do suposto poder, ou por fazer sua própria escolha. Não se trataria de efetivo poder, mas de simples manifestação de vontade, capaz ou não de produzir efeitos na esfera jurídica desse outrem.

Assim, é adotado um sentido mais amplo e o poder deixa de ser tão somente a capacidade de decidir “para outrem”, para ser o ato de escolher “por outrem”, o que elimina a completa possibilidade desse outro agente adotar outra escolha, que não a que lhe foi imposta.[281] Sua existência, portanto, reside “no fato de que existe um outro e de que este é levado por mim a comportar-se de acordo com os meus desejos.”[282] Em outras palavras, é “a possibilidade e capacidade de cogitar, decidir e agir, determinando o comportamento próprio e o alheio”,[283] inclusive independentemente de qualquer imposição - o que é inerente à própria concepção do poder. A nota distintiva desse conceito está na sua direta relação com a liberdade do indivíduo: o poder do primeiro acarretará a não liberdade do terceiro, e, da mesma maneira, a ausência de poder do

[279]COMPARATO; SALOMÃO FILHO, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, op. cit., p. 134.
[280] REALE, Miguel. O Poder na Democracia. In *Pluralismo e Liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1963, p. 215.
[281]COMPARATO; SALOMÃO FILHO, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, op. cit., p. 136.
[282] STOPPINO, Mario. Verbete “poder”, em Bobbio, Matteuci e Pasquino, *Dicionário de política*, 2ª ed. Brasília: UNB, 1986, p. 934.
[283] MOREIRA, Egon Bockmann. “Agências Reguladoras Independentes, Poder Econômico e Sanções Administrativas”. In S. GUERRA (org.), *Temas de Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004, p. 168.

primeiro implicará a liberdade do terceiro.[284] Afinal, para que a liberdade exista é imprescindível a sua individualidade e autonomia: livres não são aquelas "concedidas" ou "permitidas".

É essa definição, composta por esses três elementos principais e correlatos – ato de escolha "por outrem", conseqüente redução da liberdade de escolha deste outrem e a conseqüente submissão deste ao titular do poder, que utilizaremos para compreensão da manifestação desse fenômeno nas sociedades anônimas.[285]

Por fim, destaque-se o alerta de Fabio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho: "se por um lado a dinâmica de todo poder tende ao seu fortalecimento ilimitado, por outro, ela não dispensa, nunca, uma certa ordenação social, que, em si mesma, representa a negação do arbítrio e, por conseguinte, a limitação do poder."[286]

2.2 As Relações de Poder nas Sociedades Anônimas

Pode-se afirmar que as sociedades anônimas possuem três características bastante peculiares que interferem direta e substancialmente em sua estrutura interna e funcionamento.

A primeira delas consiste no fracionamento do capital em títulos chamados ações, com a responsabilidade dos acionistas limitada ao preço de sua emissão - o que acaba por atrair investidores "pela limitação da responsabilidade e pela possibilidade de negociação de

[284] BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade: Por uma Teoria Geral da Política*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 78.

[285] Sobre o tema, Fabio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho ainda afirmam que a tarefa do jurista nessa matéria era "em primeiro lugar, de reconhecer, explicitamente, a necessidade do poder, como elemento fundamental da economia societária, deixando-se, por conseguinte, de considerá-lo como simples fato extrajurídico." E "ademais, de disciplinar-lhe o exercício, assinando ao seu titular os deveres e responsabilidades de que, tradicionalmente, se considera desvinculado por completo." (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, op. cit., p. XVII).

[286] COMPARATO; SALOMÃO FILHO, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, op. cit., p. XVII.

títulos."[287] A segunda, decorrência imediata da primeira, consiste na multiplicidade de interesses e vontades contrapostos que permeiam sua organização, notadamente em virtude do grande número de acionistas que podem compô-la.[288] E, por fim, a terceira, também consequência das anteriores, consiste no seu desdobramento em diversos órgãos, com competências distintas que visam, sobretudo, harmonizar esses inúmeros interesses divergentes que permeiam a composição acionária da empresa.[289] A organização de uma sociedade anônima significa, portanto, a unificação e contratualização de determinados interesses econômicos (e respectivos poderes). Significa a tentativa de atenuar os custos de transação para que determinados objetivos econômicos possam ser atingidos: é economicamente mais eficiente concentrar esforços e direcionar racionalmente os investimentos comuns.

É primordial a consciência desses três aspectos quando se fala nas relações de poder existentes nessas sociedades (sobretudo poder econômico), pois elas são fruto de inúmeros interesses colocados em jogo pelos seus agentes. Cada fração do capital corresponde a um direito de intervenção na empresa, a um direito de voto – ainda que muitas vezes acabe por não produzir quaisquer efeitos, ou tenha perdido sua importância com a evolução do instituto.[290] Ao menos em tese e em

[287] REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 2º vol.. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 7.
[288] REQUIÃO, *Curso de Direito Comercial*. op. cit., p 172.
[289] COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 6ª ed. vol. II. São Paulo: Saraiva, 2003, p.191.
[290] Ao tratar do tema Rubens Requião afirma: "Teve o direito ao voto do acionista, nas assembléias gerais, outrora, uma importância fundamental. Era a época em que o investimento se fazia em sociedade anônima de pouca dimensão, na qual o sócio zelava diretamente pela sorte de seu capital nela colocado. Tão logo, porém, com a evolução do instituto, em que se destacou da propriedade a sua gestão, passaram os acionistas a nela influir através das deliberações de assembléia. A dispersão das ações, e o fenômeno da especulação no mercado foram, aos poucos, afastando o interesse dos acionistas, preocupados apenas com os dividendos ou lucros decorrentes da especulação bolsista. Foi assim o direito ao voto perdendo sua importância, fenômeno vinculado ao enfraquecimento dos poderes das assembléias gerais." (REQUIÃO, *Curso de Direito Comercial*. op. cit., p. 162).

princípio, cada acionista possuirá o direito de intervir nos negócios da empresa de maneira proporcional à sua participação acionária. Quanto mais ações detiver, mais quantitativos serão seus direitos e maior a chance de fazer suas vontades prevalecerem e produzirem os efeitos desejados – ou seja, mais efetivo será seu poder. A base do funcionamento dessas sociedades centra-se e apoia-se no direito de voto (que representa a fração de capital detida pelo acionista).

Neste primeiro momento, partir-se-á da consideração de que as relações de poder que surgem no âmbito dessas sociedades devem-se, sobretudo, ao fato de que cada um dos seus acionistas pode exteriorizar suas vontades e, a partir delas, produzir determinados efeitos jurídicos. Essa exteriorização da vontade dos acionistas dá-se fundamentalmente através dos três órgãos sociais principais que compõem essas sociedades: a Assembleia Geral, a Diretoria e o Conselho Fiscal. Assim, para Fabio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho, tais órgãos consistem em verdadeiros "poderes-função", a refletir a divisão de poderes no interior da companhia.[291] Esses poderes-função estariam assim distribuídos: poder-função deliberante à Assembleia Geral (competência para deliberar sobre todos os negócios da companhia); poder-função administrativo ou executório à Diretoria (a quem compete o desempenho e execução das funções administrativas e a representação da empresa no plano externo) e poder-função sindicante ou fiscalizador ao Conselho Fiscal (com a atribuição de fiscalizar as contas da empresa, assessorando a Assembléia Geral).

Dessa primeira análise, é possível afirmar a similitude entre a divisão de poderes das sociedades anônimas e aquela estudada pelo

[291]COMPARATO; SALOMÃO FILHO, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, op. cit., p. 30. O mesmo entendimento é adotado por Rubens Requião, para quem esses órgãos sociais nada mais são do que a divisão em centros de poderes da administração dessas sociedades. (REQUIAO, *Curso de Direito Comercial*. op. cit., p. 172).

Direito Constitucional: três órgãos com funções distintas e não concorrentes que atuam com autonomia e funcionam como um sistema de freios e contrapesos.[292] Todavia, o que se verifica é a dependência dos demais órgãos à Assembleia Geral, o que a torna o órgão máximo da sociedade (o que é confirmado pelo art. 21 da Lei de Sociedades Anônimas e pela maneira de composição, instalação e funcionamento dos demais órgãos societários).

O que se dá é a concentração do poder societário nas mãos da Assembleia Geral, que detém o poder de deliberação a respeito da sociedade e o de investir todos os demais "poderes-função", conforme melhor lhe convier. A existência e funcionamento da sociedade e de seus órgãos dependem diretamente das decisões assembleares, ou seja, a dinâmica de poder da sociedade funda-se no poder de voto dos acionistas desde a Assembléia Geral.

Dessa maneira, fato é que o poder de decisão concentra-se primordialmente nas mãos de um único órgão. O que confirma que as relações de poder societário não se dão entre os órgãos nos quais a sociedade se decompõe, mas entre os próprios acionistas, que podem possuir os interesses mais difusos e diversos possíveis. Contudo, isso conduz a outra conclusão fundamental para o desenvolvimento do presente trabalho: a existência de multiplicidade de acionistas fez (e faz) com que seja necessário rever a premissa – de há muito utilizada – de que todos acionistas detêm poderes e participações igualitárias, de forma

[292]COMPARATO; SALOMÃO FILHO, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, op. cit., p. 31. Nesse sentido, Alfredo de Assis Gonçalves Neto afirma que "a companhia, inspirada, talvez, na divisão tripartite dos poderes do Estado, passou a possuir três órgãos essenciais para seu regular funcionamento, na linha da formação dos novos Estados Modernos, com estrutura democrática: a Assembléia Geral, a Diretoria e o Conselho Fiscal." (GONÇALVES NETO**,** Alfredo de Assis. Lições de Direito Societário: Sociedade Anônima. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005. p. 148).

democrática e que só pelo comum acordo de todos é possível o desenvolvimento da sociedade.[293]

Nesse sentido, Rubens Requião afirma o seguinte:

> A verdade é que de uns tempos para cá a estrutura democrática da sociedade anônima se vem desvanecendo. Uma verdade incontestável, colhida em mais de um século de funcionamento das sociedades anônimas, revelou que a decisão democrática é ilusória. Os acionistas constituem, geralmente, uma grande massa amorfa e dispersa em vastas regiões geográficas. Quanto maior a sociedade anônima, quanto mais poderosa financeiramente, mais dispersos estão os acionistas, de molde a nunca se reunirem nas assembléias gerais em proporções ponderáveis. (...) O desinteresse dos acionistas, sobretudo dos pequenos acionistas dispersos, o seu comodismo, os ausentes das deliberações sociais, constituem uma constante. Daí, então, passar a sociedade anônima hoje em dia por uma revisão desses princípios como se fez na recente reforma das sociedades por ações em nosso país."[294]

Essas relações de poder, de fato, se dão entre os próprios acionistas – mas não por meio de debate igualitário e democrático, ou não somente pelo simples fato de "A" deter mais ações que "B" e, por conseguinte, maior número de votos. Pela própria essência e natureza do poder, que tende a concentrar-se - e não a se diluir -, essas relações são mais complexas e se difundem em outros sujeitos, que não somente os simples acionistas.

Daí o porquê de Fabio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho afirmarem que o poder nas sociedades anônimas pode se dividir em três

[293] A adoção de tal premissa no direito brasileiro deu-se principalmente em virtude da generalizada "ignorância do fenômeno do poder no direito acionário. [...] Daí decorria a disciplina da assembléia geral e do exercício do voto como um verdadeiro direito eleitoral, quando a realidade quotidiana não cessava de desmentir essa concepção 'parlamentar'." (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, op. cit., p. XVII).
[294] REQUIÃO, *Curso de Direito Comercial*. op. cit., p. 171-172.

níveis: *participação no capital* (o poder centrado nas mãos do acionista), *direção* (o poder centrado na figura dos administradores e/ou diretores) e *controle*.[295] Tradicionalmente e seguindo a lógica acima exposta, seria natural que o poder estivesse centrado na assembleia geral, o que nem sempre se confirma. Por isso a importância da noção do *poder de controle*, que se manifesta tanto nas assembleias gerais quanto fora dela.

2.3 O Poder de Controle nas Sociedades Anônimas

Podemos reduzir a ideia de controle a duas concepções básicas: a primeira oriunda da terminologia francesa - *contrôle*, que confere a ideia de fiscalização, e a segunda oriunda da terminologia inglesa – *to control*, que lhe confere um forte significado de dominação. No português, a influência preponderante teria sido a da língua inglesa[296], de modo que o *poder de controle* seria entendido como "a prerrogativa possuída pelo titular de um poder superior de impor suas decisões sobre o titular de um poder inferior."[297]

Neste sentido, não seria ele um mero poder, mas *o poder de fato* manifestado pela própria hierarquização dos poderes dentro da sociedade. A expressão *poder de controle*, neste trabalho, não se referirá, portanto, à mera autoridade ou capacidade para fazer algo, decidindo em nome de outrem; e, muito menos à singela capacidade de fiscalização sobre algo, mas sim a um *efetivo poder* que permite e que torna aquele que o detém capaz de *dominar* outrem (a companhia e seu destino), dada sua força. O que significa dizer que há determinadas estruturas econômicas de exercício de poder societário as quais frustram

[295]COMPARATO; SALOMÃO FILHO, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima,* op. cit., p. 41.
[296]COMPARATO; SALOMÃO FILHO, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima,* op. cit., p. 29.
[297]COMPARATO; SALOMÃO FILHO, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima,* op. cit., p. X.

a perspectiva inicial de atenuação dos custos em vista a união de esforços para a consecução de um escopo unitário.

No presente contexto, o poder de controle também não concentrará, necessariamente, "todo poder exercido no interior da sociedade, pois deve naturalmente dividi-lo com terceiros",[298] que também compõem a estrutura da companhia. O que o *poder de controle* implica é a preponderância e não a concentração do poder, o que é relevado pela associação entre as idéias de peso e dimensão: "o poder do controlador não é o único dentro da empresa; é – isto, sim – o mais amplo, que tem maior consistência, maior densidade."[299]

Este poder de controle pode ser dividido em *externo* e *interno*. O primeiro é aquele efetuado por um agente situado fora da própria sociedade, um terceiro, como nos casos de regulação normativa intrusiva, de controle sobre as concessões de serviço público por parte do concedente, de endividamento social ou de relação obrigacional em que o credor condiciona o exercício da atividade do comprador em virtude da entrega de determinado. O segundo caso, de poder interno, é o efetuado ao interior da própria sociedade – que é o que será abordado no presente trabalho.

Nas sociedades anônimas, o núcleo do que se entende por *controle interno* reside "no poder de determinar o sentido das deliberações sociais e da atividade social", independentemente de sua origem.[300] Ele consiste no "elemento dinâmico que põe em marcha o mecanismo societário e empresarial."[301] Em linhas gerais, portanto, pode-se afirmar que o *poder*

[298] SUNDFELD, Carlos Ari. Reforma do Estado e empresas estatais: a participação privada nas empresas estatais. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). In *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 277-278.
[299] SUNDFELD, Reforma do Estado e empresas estatais: a participação privada nas empresas estatais. op. cit., p. 277-278.
[300] SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 123.
[301] COMPARATO; SALOMÃO FILHO, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, op. cit., p. IX.

de controle centra-se na Assembleia Geral, pois é o órgão máximo e deliberativo, detentor do poder-função de maior preponderância. Em outras palavras, pode-se afirmar o seguinte:

> A definição do poder de dominação ou de controle, na sociedade anônima – já o dissemos - é sempre feita em função da assembléia geral, pois é ela o órgão primário ou imediato da corporação, que investe todos os demais e constitui a última instancia decisória. [302]

Dessa conclusão, presume-se que o controle interno está diretamente associado à propriedade de ações com direito a voto. Quanto mais ações o acionista detiver, maiores serão os seus investimentos naquela companhia e mais votos concentrará - logo, maiores serão suas chances de impor suas decisões e, portanto, maior será seu controle da sociedade. No entanto, na seara já trazida no item anterior, tal assertiva mostra-se simplista e não reflete o que acontece na prática.

Apesar desse *poder de controle* associar-se à Assembléia Geral, não se pode relacioná-lo também necessariamente às prerrogativas dos acionistas. Isso porque, além de haver a possibilidade de grande dispersão dessas ações – o que impede que exista o acionista majoritário impondo suas decisões aos minoritários, ainda podem existir acionistas minoritários e acionistas detentores de *prerrogativas especiais* e *poderes extraordinários*. O controle, obviamente, pode advir da participação no capital, da propriedade de ações que o exprimam faticamente, mas não necessariamente se confunde com ela. A propriedade refere-se apenas à detenção das ações da empresa, não se vinculando obrigatoriamente ao controle.

[302]COMPARATO; SALOMÃO FILHO, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, op. cit., p. 51.

Já em 1932, ao construírem essa diferenciação, Berle e Means identificaram cinco tipos de controle: por meio da propriedade quase total; majoritário; por meio de mecanismo legal; minoritário e administrativo.[303] Categorias as quais Fabio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho reduzem a quatro tipos: totalitário; majoritário; minoritário e gerencial.[304] O *totalitário*, adaptando o conceito trazido por Berle e Means, seria aquele em que "nenhum acionista é excluído do poder de dominação na sociedade."[305] Ou seja, é aquele em que há unanimidade nas deliberações, visto que todos exercem o controle. Já o *majoritário* corresponde àquele em que prevalece a decisão da maioria dos acionistas, tendo-se em conta principalmente a impossibilidade de obter a unanimidade, doravante nos casos em que há grande dispersão do capital. O *minoritário* é aquele baseado na detenção de número de ações inferiores à metade do capital. E, por fim, o *gerencial* trata do controle baseado nas prerrogativas dos diretores e/ou administradores.

Em síntese, quando se trata de *poder de controle* nas sociedades anônimas remete-se ao poder exercido pela Assembléia Geral, visto que ela detém o poder máximo deliberatório. Todavia, esse poder não se concentra necessariamente naquele que detém o maior número de ações, pois não só esse poder pode estar concentrado em um agente externo, como também nas mãos de diretores e/ou administradores (que não precisam ser acionistas).

Por isso, é no mínimo equivocada a presunção de que o controle verifica-se na detenção de ações, pois não é a propriedade destas que o caracteriza, mas sim a detenção de direitos e prerrogativas ao menos similares às de acionista. O "controle interno haverá toda vez que esse

[303] BERLE, Adolf Augustus; MEANS, Gardiner C. *A moderna sociedade anônima e a propriedade privada*; tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Abril Cultural, 1984, *passim*.
[304] COMPARATO; SALOMÃO FILHO, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, op. cit., p. 79.
[305] COMPARATO; SALOMÃO FILHO, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, op. cit., p. 59.

poder estiver em mãos de titulares de direitos próprios de acionistas", podendo ser "administradores, pessoas físicas ou jurídicas, isoladamente ou em conjunto, de modo direto ou indireto".[306] Ou seja, para que se verifique o *poder de controle*, pouco importa qual a origem desse poder – participação acionária, administração ou prerrogativas especiais.

Ocorre que "quando se fala em controle no sentido de dominação na sociedade anônima, alude-se a um poder que transcende as prerrogativas legais da própria assembleia. Daí por que uma certa doutrina o aproxima, com razão, da noção de soberania"[307] e por isso sua compreensão é a peça-chave da organização interna das sociedades anônimas.

É nessa perspectiva que se passará ao estudo do *poder de controle* exercido através da *golden share*, que não se reduz imediatamente a qualquer das formas identificadas por Berle e Means, devido à peculiaridade de suas prerrogativas.

3. O Poder de Controle Exercido pelo Estado nas Empresas Privatizadas Através da *Golden Share*

3.1 *Golden Share*: Conceito, Poderes, Fundamentos e Limites

Existe outra espécie de ação, não redutível à classificação acima proposta acerca do controle, chamada de *golden share* pela especialidade dos poderes que confere a quem a detém. Essa espécie de ação subdivide-se, por sua vez, em outras duas subespécies.

Conforme afirma Nuno Cunha Rodrigues, a primeira seria a que está "ao dispor de qualquer ente – público ou privado -, e que lhes permite interferir, de forma atípica, na vida da sociedade num molde

[306]COMPARATO; SALOMÃO FILHO, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, op. cit., p. 88.
[307]COMPARATO; SALOMÃO FILHO, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, op. cit., p. 32.

superior ao da participação social detida". A segunda, a que corresponderia às "participações sociais detidas por entes públicos que, em resultado de uma intervenção legiferante prévia, derrogante do regime geral das sociedades comerciais, conferem poderes especiais intra-societários que não estão ao alcance de um ente privado."[308]

Assim, há duas noções de *golden share*: a primeira, abrangente, detida por qualquer ente, e a segunda, estrita, a ser detida unicamente pelo Estado, notadamente em um contexto de privatização, que é a que o presente estudo se propõe a tratar.

Apesar da confusão terminológica acerca da *golden share,* que torna dificultosa sua conceituação pura em vista as inúmeras adaptações que tais ações sofreram[309], será utilizado o conceito de ação que permite "a (potencial) intervenção do Estado enquanto accionista – *maxime* no âmbito da realização de assembleias gerais – em assuntos *devidamente tipificados* nos estatutos das sociedades, quando está em causa o *interesse nacional*." [310]

A *golden share* surgiu inicialmente na Inglaterra[311] - eis a razão da expressão *golden share* ter se consagrado nos mais diversos locais,

[308] RODRIGUES, Nuno Cunha. "*Golden-Shares" As empresas participadas e os privilégios do Estado enquanto Accionista Minoritário*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004, p. 257-258.
[309] RODRIGUES, "*Golden-Shares" As Empresas Participadas e os Privilégios do Estado enquanto Accionista Minoritário,* op. cit., p. 258-261.
[310] RODRIGUES, "*Golden-Shares" As Empresas Participadas e os Privilégios do Estado enquanto Accionista Minoritário,* op. cit., p. 351.
[311] A *golden share* surgiu inicialmente na Inglaterra, em 1980, durante o governo de Margareth Thatcher, em um processo caracterizado pela redução da intervenção estatal nas atividades privadas através de processos de desestatização e privatização. O intuito de tais ações era assegurar ao governo um conjunto de privilégios que não correspondia à participação acionária detida pelo Estado nas companhias privatizadas para garantir a defesa dosinteresses públicos nacionais e evitar demissões em massa ou mesmo para impedir que houvesse o redirecionamento da atuação de tais companhias. Havia duas *golden shares* na Inglaterra: a primeira baseada em texto legislativo prévio e a segunda na autonomia privada derivada dos pactos sociais (o que lhe conferia uma base estritamente contratual e voluntária). Seus poderes seriam "o uso da palavra em assembléias gerais, a possibilidade de nomeação de um ou dois administradores sem poder deliberativo ou o direito de veto relativamente à emissão

tendo aos poucos alcançado os mais diversos países como a França[312], Portugal[313] e o Brasil (esta a ser examinadas em minúcias no item seguinte), associada aos processos de desestatização e privatização, em que foi freqüente a "associação entre a alienação da maioria das participações representativas do capital de empresas antes pertencentes ao sector publico e a simultânea instituição de direitos especiais em benefício do Estado."[314]

Note-se, porém, que tal ação não se associa necessariamente a todas as empresas que passaram por tais processos, mas somente àquelas que cuidam de setores estratégicos da economia, devendo ser

---

de novos valores mobiliários ou à dissolução da sociedade". Ao longo dos anos o governo britânico abdicou de algumas dessas ações, mas ainda as mantém em outras companhias, todavia, com uma prudente utilização. (RODRIGUES, "*Golden-Shares" As Empresas Participadas e os Privilégios do Estado enquanto Accionista Minoritário,* op. cit., p. 263-272).

[312] Na França, em 1983 surgiu a *action spécifique*, possibilitando ao Estado deter determinados poderes e o controle de determinadas decisões em face das companhias privatizadas que pudessem afetar os interesses nacionais. Foi criada com base na Lei 96-913 e dependia exclusivamente de decisão do Ministro da Economia para ser instituída. Além disso, deveria haver previsão estatutária e tinham seus efeitos cessados depois de 5 anos de sua criação. Posteriormente, a Lei 93-923 alterou essa mesma lei, aperfeiçoando-a e dando contornos mais precisos à *action spécifique*. Passou a poder existir em qualquer empresa constante na lista anexa à lei, desde que os interesses nacionais justificassem. As prerrogativas de tais ações passaram a ser as seguintes: acordo prévio do Ministro da Economia para alienação das participações sociais nas empresas privatizadas, poder de nomear representantes do Estado para os órgãos de administração ou fiscalização, direito de veto nos casos que em esteja em causa o interesse nacional. Ademais, deixou de existir o limite temporal de cinco anos. (RODRIGUES, "*Golden-Shares" As Empresas Participadas e os Privilégios do Estado enquanto Accionista Minoritário,* op. cit., p. 272-284).

[313] Em Portugal, a chamada ação privilegiada foi trazida pela Lei nº 11/90 que trouxe dois modelos distintos de direitos especiais: "O primeiro consistia na instituição de ações privilegiadas destinadas a permanecer na titularidade do Estado e cujo beneficio consistiria na atribuição de um direito de veto sobre certas decisões" e "o segundo caracterizava-se pela possibilidade de o Estado nomear um administrador a que estaria sujeita a aprovação de determinadas deliberações sociais". Caberia ao Estatuto definir qual dessas alternativas seria utilizada, com a ressalva de que em ambos os casos, a justificativa para sua existência seria também a proteção e resguarda do interesse nacional. Todavia, na prática a via escolhida acabou sendo sempre a da criação da *golden share* – que corresponde ao primeiro modelo de direito especial. (ALBUQUERQUE, Pedro de; PEREIRA, Maria de Lurdes. *As "Golden Shares" do Estado Português em empresas privadas: limites à sua admissibilidade e exercício*. Coimbra: Coimbra Ed., 2006, p. 41-43).

[314] ALBUQUERQUE; PEREIRA, *As "Golden Shares" do Estado Português em empresas privadas: limites à sua admissibilidade e exercício,* op. cit., p. 39.

manejadas em situações-limite, quando interesses sociais maiores estiverem em jogo nas deliberações e contratações da empresa.

Essa espécie de ação revela *três facetas* do Estado: *Estado-Acionista* – através de sua atuação em paridade com o restante dos acionistas; *Estado-Administrador* – na proteção do interesse público e *Estado-Legislador* – pelo estabelecimento de regime jurídico específico na busca desse interesse.[315]

A *primeira faceta* é verificada pela própria atuação do Estado, que se aproveita de mecanismos intra-societários para interferir em determinados assuntos da companhia. Ao deter uma ação de intenso valor simbólico, o Estado insere-se na sociedade como simples acionista. Todavia, pela especialidade da ação que detém - capaz de lhe conferir determinadas prerrogativas extraordinárias que permitem intromissões no processo societário de formação da vontade coletiva através do veto ou da nomeação de administradores, o que se verifica é a existência de excepcional *poder de controle*, superior às competências de quaisquer dos demais acionistas (muito embora restrito a determinadas matérias).

A *segunda faceta* é constatada na justificativa utilizada pelo Estado para a criação e manutenção dessa ação: a garantia de que haja um equilíbrio na atuação econômica privada com o interesse público primário posto à guarda do Estado.

Ora, as privatizações não ocorreram por mero desinteresse do Estado em determinadas empresas, mas substancialmente porque houve demanda – fiscal, econômica e política – para atuação diversa, com a inversão do papel até então a ele reservado. Este fenômeno se deu de diversos modos, tanto naquelas *privatizações formais* (concessão, permissão e autorização de serviços públicos, as quais implicam a

[315] RODRIGUES, *"Golden-Shares" As Empresas Participadas e os Privilégios do Estado enquanto Accionista Minoritário,* op. cit., p. 19.

transferência do mero exercício da atividade econômica às pessoas privadas) quanto naquelas *privatizações substanciais* (a transferência real do título de proprietário, transladando-se-o do hemisfério público para o hemisfério privado dos bens e fatores de produção).[316] Por isso, quando se trata do assunto, é preciso a consciência de que tais processos envolveram também empresas e setores econômicos com papel fundamental no Estado e que, até então, eram considerados insuscetíveis de ser transferidos para o domínio privado. Tal fato fez com que em algumas dessas empresas o Estado assegurasse certos direitos especiais. Contudo, apesar de a justificativa envolver diversos aspectos econômicos plausíveis, estes não são suficientes para fundamentá-las, pois é o aspecto político-administrativo (interesse público), que permite sua existência.[317]

Em ambas as hipóteses de privatização (formal e material), o que se tem é o Estado-Administrador investido na função de *Estado-de-Garantia*: não mais desenvolve as atividades econômicas, mas sim *garante* que elas sejam desenvolvidas pelos agentes econômicos privados. Se for verdadeiro que o Estado abdicou de algumas das atividades prestacionais que o caracterizaram durante quase meio século – bem como algumas daquelas atividades tidas como essenciais à soberania, isso, contudo, não pode ter como consequência a volta a um passado marcado pela passividade estatal. Como anota Pedro Gonçalves, a despublicização não implica "a 'batida em retirada' do Estado, nem, ao jeito de um renovado 'laissez-faireism', a entrega da economia às 'leis de mercado' ou a 'leis jurídicas' de mera definição, enquadramento e protecção da economia e da concorrência." O atual *Estado de Garantia* "foi chamado a assumir uma nova *posição de*

[316] MOREIRA, *Direito das concessões de serviço público*, op. cit., p. 20.
[317] RODRIGUES, *"Golden-Shares" As Empresas Participadas e os Privilégios do Estado enquanto Accionista Minoritário,* op. cit., p. 327-328.

garante da realização de dois objectivos ou interesses fundamentais: por um lado, o *correcto funcionamento dos sectores e serviços privatizados* (...), e, por outro, a *realização dos direitos dos cidadãos*, designadamente dos direitos a beneficiar, em condições acessíveis, de *serviços de interesse geral*."[318] O tema merece algum aprofundamento – em especial no que respeita ao papel desempenhado pela *golden share* nas privatizações substanciais. Isto porque, a toda evidência, a compreensão do *Estado garantidor* exsurge com clareza num ambiente de privatização material, no qual o Estado-Administração retira-se e por isso garante a disponibilização e a qualidade de bens e serviços outrora seus, mas agora de titularidade privada. Bens e serviços os quais, muito embora tenha mudado de titularidade, persistem caracterizados por intensos matizes de interesse público primário (desenvolvimento nacional estratégico, soberania, etc.).

Daí ser fundamental a compreensão dessa segunda faceta do Estado que a *golden share* revela, pois ela se justifica nesse contexto, não sendo razoável estipulá-la em empresas que não interessem tão diretamente ao Estado, sob pena de ferir princípios basilares da atuação econômica dos entes privados. Inclusive, o *interesse público*, além de ser a justificativa, também é o limite para a utilização dessa ação: ele configura o seu fundamento, seu fim e sua limitação, ramificado nas mais diferentes intenções (evitar o controle exercido por sociedades indesejadas, garantir a segurança pública, assegurar a continuidade, acessibilidade e qualidade no abastecimento dos bens essenciais,

[318] "Direito Administrativo da regulação", in *Regulação, electricidade e telecomunicações*. Coimbra: Coimbra Ed., 2008, pp. 9-11. Ampliar em MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público*. São Paulo: Malheiros Ed., 2010 (sobretudo nos parágrafos 1, 2, 3 e 33); J. J. GOMES CANOTILHO, "O Estado garantidor: claros-escuros de um conceito", in AVELÃS NUNES, António José MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson (orgs.), *O Direito e o futuro, o futuro do Direito*. Coimbra: Almedina, 2008, pp. 571-576.

estabelecer políticas estratégicas de desenvolvimento nacional, promover e defender a concorrência, entre outros).

Desta maneira tais ações de classe especial existem para ser detidas apenas em casos igualmente especiais, qualificados pelo respectivo e fundamentado *interesse público*, sob pena de prestar-se apenas a restringir a atuação dos agentes privados, retirando-lhes exatamente as qualidades que fizeram com que tais empresas passassem ao seu domínio.[319] Ou seja, caso não se a tenha como extraordinária, dar-se-á razão àqueles que afirmam que a própria *golden share* nada mais é do que uma restrição injustificada à atuação econômica dos particulares.

Finalmente, a *terceira faceta*, deve-se ao fato de que a existência da *golden share* baseia-se em prerrogativas legais: a sua previsão estatutária depende de base legal para ser válida. Através de sua competência legislativa, o Estado derroga o regime legal aplicável às sociedades subordinando-o a uma perspectiva diferenciada e institui a ação especial exclusiva do ente desestatizante, que lhe confere *poder de controle* intra-societário especial e excepcional.

Tal constatação faz com que Nuno Cunha Rodrigues diferencie duas formas extremas de controle societário: o primeiro, reservado aos acionistas e o segundo, criado legislativamente pelo Estado "como forma de compensar o natural desequilíbrio dos sócios em jogo – o interesse público e os interesses privados -, o que decorre da circunstância de a participação social pública ser minoritária." [320] Assim, se torna possível a

[319] No entanto, o próprio interesse público como justificativa pode ser questionado. Isso porque eles não são pré-determinados nem possuem um conceito certo que permita identificá-lo sempre, de modo que eles são "muitas vezes contraditórios e flutuantes, variando conforme as circunstâncias político-econômicas, pelo que a sua definição tem muito mais a ver com a vontade política, com o *indirizzo* do Governo do que com a pré-determinação legal." (RODRIGUES, "*Golden-Shares" As Empresas Participadas e os Privilégios do Estado enquanto Accionista Minoritário,* op. cit., p. 40-42). Ou seja, mesmo que se defenda a existência da *golden share* em virtude de um interesse público que sobressai aos interesses internos da própria empresa, é preciso cautela, pois sua definição pode vir a sofrer variações.

[320] RODRIGUES, "*Golden-Shares" As Empresas Participadas e os Privilégios do Estado enquanto Accionista Minoritário,* op. cit., p. 14.

existência de um "*direito comercial público ou publicizado ou um direito administrativo das sociedades comerciais*",[321] pois o interesse público é o fundamento de legitimação para a existência e manutenção desse controle que excepciona a aplicação das regras gerais das sociedades anônimas.

Neste ponto, ainda ressalte-se a diferença feita entre o poder intra-societário exercido através da *golden share*, daqueles inerentes ao poder concedente e a competência regulamentar (o poder regulatório). Apesar da diferença da forma de atuação do Estado, o que se passa é uma variação de graus de intervenção – os níveis de controle do Estado sobre determinadas atividades econômicas a ser exercidas pelos agentes privados (a *golden share* como intervenção societária endógena em casos de privatização material; o *poder concedente* como intervenção exógena e não-societária em casos de privatização formal, a respeitar a autonomia de gestão do concessionário; a *competência regulamentar* como intervenção exógena e não-societária em todos os casos, a dispor normas administrativas gerais e abstratas). Assim, a excepcionalidade das ações de classe especial estaria também demonstrada pela sua aplicação subsidiária. Somente nos casos em que a regulação se mostrar ineficaz, pode-se reservar ao Estado a *golden share*.[322]

A utilização da *golden share* não só está fundada no interesse coletivo, mas também limitada a ele e somente nos casos em que os outros meios de intervenção estatal se mostrarem ineficientes, pois, caso contrário, tratar-se-ia de uma injustificada e desproporcional restrição à liberdade econômica dos particulares, o que certamente não pode ser

[321] RODRIGUES, "*Golden-Shares" As Empresas Participadas e os Privilégios do Estado enquanto Accionista Minoritário,* op. cit., p. 21.
[322] ALBUQUERQUE; PEREIRA, *As "Golden Shares" do Estado Português em empresas privadas: limites à sua admissibilidade e exercício,* op. cit., p. 69-73.

aceita quando se pretende conceder autonomia em busca de eficiência e desenvolvimento econômico.

A rigor, a racionalidade das ações de classe especial assemelha-se àquela dos contratos de seguros: são estabelecidas na esperança de que jamais se precise fazer uso efetivo delas. Prestam-se a assegurar dados tão importantes (como a vida, a casa ou a saúde das pessoas), os quais nem sequer se cogita que serão postos em perigo por qualquer uma das partes. Salvo alguns desvios (tanto do empresário detentor do poder de controle da companhia como do administrador público detentor da competência para o exercício da *golden share*), trata-se de cláusula que se destina a diminuir prováveis custos, potencialmente existentes em contratos dessa ordem, ao francamente inviabilizar determinadas condutas de ambas as partes.

As ações de classe especial podem ser vislumbradas como "cláusula de *hardship*",a fim de proteger os interesses do Estado da superveniência de determinadas situações que podem interferir negativamente em determinados assuntos de interesse público.[323] Seria uma salvaguarda instituída a fim de evitar a instalação de custos extraordinários supervenientes e assim preservar o desenvolvimento das atividades econômicas da empresa privatizadas, protegendo também os interesses do Estado contra eventuais circunstâncias que podem sobrevir e representar um efetivo risco ao bem estar da sociedade.

O que se quer dizer com isto? Que nas desestatizações materiais, como em qualquer negócio jurídico, haverá um ponto em que as partes detectam que os custos de transacionar podem ultrapassar o nível de eficiência da própria negociação. Não é possível a previsão exaustiva de todas as hipóteses que porventura possam vir a gerar controvérsias no

[323] Sobre o tema ver ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 164; RODRIGUES, Vasco. Análise Econômica do Direito: Uma introdução. Coimbra: Almedina, 2007. p. 132.

futuro: muito embora aquela atividade econômica permaneça como de interesse público ao longo de muitos e muitos anos, não é economicamente eficiente lançar as partes a todas as incertezas e conflitos do futuro (sobretudo em vista o interesse público). Isto faz com que seja mais adequado o estabelecimento de determinadas cláusulas a reger certas matérias em casos especiais – transferindo-se para cada uma das partes o ônus de tornar economicamente eficiente a aplicação de tais preceitos. A rigor e conforme acima já foi consignado, trata-se de cláusula cuja própria existência desperta comportamentos racionais os quais inibem a sua aplicação (sob pena de serem instalados custos não administráveis).

Contudo e assim como as *falhas de mercado* são possíveis e naturais, as *falhas de intervenção* também o são, notadamente em virtude da *desvantagem informativa*. São por esses motivos que se afirma que a intervenção deverá ser baseada em aspectos não econômicos e é por isso que se rejeita qualquer justificativa alheia ao interesse público para a existência da *golden share*. Essa intervenção deve voltar-se "mais para a protecção daquilo que se entende que é, ou deveria idealmente ser, a vontade substantiva das partes, do que à correção de externalidades ou à correcção de vícios formais".[324] É também por isso que se reitera a problemática do seu uso e que se justificam as inúmeras "acusações sobre uma verdadeira forma de *intervenção administrativa* que a detenção dessas acções representa, susceptível de colidir com direitos fundamentais constitucionalmente tutelados (*maxime* o direito-liberdade de iniciativa económica privada)".[325] Por isto que sua utilização não pode se dar às cegas.

[324] ARAÚJO, *Teoria Económica do Contrato*, op. cit., p. 436.
[325] RODRIGUES, *"Golden-Shares" As Empresas Participadas e os Privilégios do Estado enquanto Accionista Minoritário,* op. cit., p. 304.

3.2 Ações Preferenciais de Classe Especial: A *Golden Share* do Direito Brasileiro

Em vista o fenômeno das privatizações materiais, igualmente no Brasil existe essa modalidade específica de ação, aqui denominada *ação preferencial de classe especial*. O surgimento desta categoria de ação se deu com a Lei das Desestatizações (Lei 8.031/1990),[326] regulamentada pelo Decreto 99.463/1990,[327] que possibilitou à União Federal exercer o direito de veto na companhia privatizada para proteger assuntos de interesse geral. Com a promulgação da Lei 9.491/1997,[328] regulamentada pelo Decreto 2.591/1998, as especialidades e poderes de tais ações foram ampliados, e passaram a ser quaisquer prerrogativas que constassem no estatuto da empresa. Todavia, foi somente com a promulgação da Lei 10.303/2001[329] que a previsão legal da *golden share* passou a ser parte também da Lei Societária. Foram mantidas as mesmas prerrogativas da Lei 9.457/1997, todavia, ampliou-se o instituto aos demais entes federados.

[326] "Art. 8° Sempre que houver razões que o justifiquem, a União deterá, direta ou indiretamente, ações de classe especial do capital social de empresas privatizadas, que lhe confiram poder de veto em determinadas matérias, as quais deverão ser caracterizadas nos estatutos sociais das empresas, de acordo com o estabelecido no art. 6°, inciso XIII e §§ 1° e 2° desta lei."

[327] "Art. 40. Havendo razões que o justifique, a União deterá ações de classe especial do capital social de sociedade privatizada, que conferirão poder de veto de determinadas matérias previstas no respectivo estatuto. § 1º As ações de classe especial somente poderão ser subscritas ou adquiridas pela União. § 2º Caberá à Comissão Diretora, com base em parecer fundamentado, sugerir a criação de ações de classe especial, especificar sua quantidade e as matérias passíveis de veto e estabelecer, quando for o caso, a forma de sua aquisição."

[328] "Art. 8º Sempre que houver razões que justifiquem, a União deterá, direta ou indiretamente, ação de classe especial do capital social da empresa ou instituição financeira objeto da desestatização, que lhe confira poderes especiais em determinadas matérias, as quais deverão ser caracterizadas nos seus estatutos sociais."

[329] "Art. 17, § 7º. Nas companhias objeto de desestatização poderá ser criada ação preferencial de classe especial, de propriedade exclusiva do ente desestatizante, à qual o estatuto social poderá conferir os poderes que especificar, inclusive o poder de veto às deliberações da assembléia-geral nas matérias que especificar."

Dessa forma, no Brasil a *golden share* possui as seguintes características: *(i)* exclusividade da União, Estados ou Municípios quando da privatização da uma companhia, *(ii)* concessão ao ente privatizante o direito de veto em determinadas matérias e quaisquer outros direitos previstos no estatuto; *(iii)* condicionamento a justificativas de interesse público. [330]

Tais artigos são os únicos dispositivos legais a tratar da categoria "*golden share"* no Brasil e que possibilitam ao ente privatizante exercer determinados direitos na proteção de interesses nacionais. A determinação de quais direitos são esses e de quando, como e com quais limites eles serão exercidos fica a cargo do estatuto da empresa privatizada.

Conforme afirma Modesto Carvalhosa:

> Deverá o estatuto, portanto, conferir ao ente desestatizante, detentor da *golden share*, não apenas os *poderes de veto*, mas *quaisquer outros poderes* que se justifiquem pelas razões de interesse público previsto no Edital de Privatização, como referido. E poderá prever o estatuto o direito de veto não apenas no âmbito das deliberações da Assembléia Geral, mas sobretudo no Conselho de Administração, inclusive o direito de eleger o ente público um membro no Conselho de Administração. [331]

Não é justificável a manutenção pelo ente desestatizante de ação preferencial de classe especial em empresa que não trate de substancial

[330] Embora no §7, do artigo 17 não esteja explicitada a necessidade de justificação da criação da *golden share*, como fora efetuado pelas leis anteriores, faz-se primordial e fundamental que haja justificativa para a concessão de tais direitos ao ente privatizante, pois *"não se pode conceber a ingerência do Estado na propriedade e negócios privados, a não ser em virtude de um interesse público." (*CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*: Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações das Leis nº 9.457, de 5 de maio de 1997 e 10.303, de 31 de outubro de 2001. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 231).

[331] CARVALHOSA, *Comentários à lei de sociedades anônimas,* op. cit., p. 230.

interesse público. Tampouco é válido que o ente público venha a deter excessivos direitos especiais. Se tais fatos ocorrerem, poder-se-ia afirmar que não haveria a privatização de tais empresas, pois os poderes manter-se-iam centrados na figura do Estado. Afinal, como anota Modesto Carvalhosa,

> Com o estabelecimento de ação de classe especial, pela Lei n. 10.303, de 2001, a qual confere o *direito de veto* a favor do ente público desestatizante, subverte-se o princípio fundamental do direito societário, que é o da *deliberação por maioria* do capital social, refletido em diversos dispositivos da nossa lei societária.[332]

No Brasil, os exemplos mais notáveis de empresas privatizadas nas quais a União detém tais ações de classe especial são a "Vale S.A. – VALE" e a "Empresa Brasileira de Aeronáutica S.A. – EMBRAER".

No artigo 5º do Estatuto Social da VALE é garantido ao Estado doze ações preferenciais de classe especial que conferem o direito ao veto em casos de alteração da denominação social, mudança da sede social, mudança no objeto social, liquidação da sociedade, alienação ou encerramento das atividades de qualquer das etapas dos sistemas integrados de minério de ferro da sociedade, qualquer modificação dos direitos atribuídos às espécies e classes de ações da sociedade e quaisquer modificações atribuídas as ações de classe especial.[333] Assim,

[332] CARVALHOSA, *Comentários à lei de sociedades anônimas,* op. cit., p. 228.

[333] "Art. 5º - O capital social é de R$50.000.000.000,00 (cinqüenta bilhões de reais) correspondendo a 5.365.304.100 (cinco bilhões, trezentos e sessenta e cinco milhões, trezentas e quatro mil e cem) ações escriturais, sendo R$30.349.859.218,60 (trinta bilhões, trezentos e quarenta e nove milhões, oitocentos e cinqüenta e nove mil, duzentos e dezoito reais e sessenta centavos), divididos em 3.256.724.482 (três bilhões, duzentos e cinqüenta e seis milhões, setecentas e vinte e quatro mil, quatrocentas e oitenta e duas) ações ordinárias e R$19.650.140.781,40 (dezenove bilhões, seiscentos e cinqüenta milhões, cento e quarenta mil, setecentos e oitenta e um reais e quarenta centavos), divididos em 2.108.579.618 (dois bilhões, cento e oito milhões, quinhentas e setenta e nove mil e seiscentas e dezoito) ações preferenciais classe "A", incluindo 12 (doze) de classe especial, todas sem valor nominal. § 2º - As ações preferenciais da classe especial pertencerão exclusivamente à União Federal. Além

na VALE não há a prerrogativa de nomear membros da administração, mas somente o direito de vetar determinadas decisões. O que se dá é a atribuição de determinadas competências a específico órgão público (*numerus clausus*), as quais devem ser exercitadas nos estritos limites que constituem a sua razão de existir.

Já na EMBRAER a União Federal detém uma única ação de classe especial que lhe permite vetar mudança de denominação da sociedade e objeto social, alteração ou aplicação da logomarca da empresa, criação e/ou alteração de programas militares, capacitação de terceiros em tecnologia para programas militares, transferência de controle acionário, quaisquer modificações aos direitos da ação de classe especial e interrupção no fornecimento de peças de manutenção e reposição de aeronaves militares. Além disso, diferentemente da VALE, há ainda a possibilidade de indicar um membro ao Conselho de Administração da companhia.[334] Neste caso, portanto, a atribuição de competência pública

---

dos demais direitos que lhe são expressa e especificamente atribuídos no presente Estatuto Social, as ações preferenciais da classe especial terão os mesmos direitos das ações preferenciais classe "A" [...] Art. 7º - A ação de classe especial terá direito de veto sobre as seguintes matérias: I - alteração da denominação social; II - mudança da sede social; III - mudança no objeto social no que se refere à exploração mineral; IV - liquidação da sociedade; V - alienação ou encerramento das atividades de qualquer uma ou do conjunto das seguintes etapas dos sistemas integrados de minério de ferro da sociedade: (a) depósitos minerais, jazidas, minas; (b) ferrovias; (c) portos e terminais marítimos; VI - qualquer modificação dos direitos atribuídos às espécies e classes das ações de emissão da sociedade previstos neste Estatuto Social; VII - qualquer modificação deste Artigo 7º ou de quaisquer dos demais direitos atribuídos neste Estatuto Social à ação de classe especial." Disponível em: <www.vale.com >. Acesso em 21/06/2010.

[334] "Art.6º O capital social da Companhia, subscrito e totalmente integralizado é de R$ 4.789.617.052,42 (quatro bilhões, setecentos e oitenta e nove milhões, seiscentos e dezessete mil, cinqüenta e dois reais e quarenta e dois centavos), dividido em 740.465.044 (setecentos e quarenta milhões, quatrocentos e sessenta e cinco mil e quarenta e quatro) ações ordinárias, sendo uma ação ordinária de classe especial (art. 9º), todas sem valor nominal [...] §2ºA classe especial da ação da União compreenderá sempre uma única ação, que preservará todas as suas prerrogativas enquanto for detida pela União (conforme art. 8º da Lei n º 9.491/97) [...]Art. 9ºA ação ordinária de classe especial confere à União poder de veto nas seguintes matérias:

I. Mudança de denominação da Companhia ou de seu objeto social;II. Alteração e/ou aplicação da logomarca da Companhia;III. Criação e/ou alteração de programas militares, que envolvam

é semelhante, mas não idêntica, pois contempla razoável esfera de discricionariedade administrativa atribuída ao membro do Conselho de Administração da companhia.

É vedado, em ambas as empresas, que haja qualquer modificação no Estatuto que venha a alterar os direitos conferidos ao Estado através dessas ações, o que demonstra o caráter perene de tais prerrogativas. Ao menos aparentemente, portanto, o Estado brasileiro preocupou-se em proteger e assegurar interesses nacionais considerados relevantes nestas empresas, que foram privatizadas na década de 1990. Na VALE e na EMBRAER os interesses nacionais a serem resguardados pelo Estado são vistos na *(i)* importância econômica e da dimensão dos recursos naturais que estão em jogo, *(ii)* nas estratégias de desenvolvimento nacional das políticas públicas superiores e *(iii)* na necessidade de garantir a segurança nacional.

Apesar de manter tais ações, até hoje, a União não as utilizou para sustar ou vetar qualquer deliberação dessas empresas[335] – o que não

---

ou não a República Federativa do Brasil;IV. Capacitação de terceiros em tecnologia para programas militares;V. Interrupção de fornecimento de peças de manutenção e reposição de aeronaves militares;VI. Transferência do controle acionário da Companhia; VII. Quaisquer alterações: (i) às disposições deste artigo, do art. 4, do caput do art. 10, dos arts. 11, 14 e 15, do inciso III do art. 18, dos parágrafos 1º. e 2º. do art. 27, do inciso X do art. 33, do inciso XII do art. 39 ou do Capítulo VII; ou ainda (ii) de direitos atribuídos por este Estatuto à ação de classe especial. § 1º Estará sujeita a prévia aprovação da União, na qualidade de detentora da ação ordinária de classe especial, a realização da oferta pública de aquisição de ações referida no art. 54 do presente Estatuto.Art. 27 O Conselho de Administração será composto de 11 membros e respectivos suplentes, todos acionistas, eleitos pela Assembléia Geral, com mandato unificado de 2 anos permitida a reeleição. § 1º A União, na qualidade de titular da ação de classe especial, terá direito de eleger um membro do Conselho de Administração e respectivo suplente." Disponível em: <www.embraer.com.br>. Acesso em 24/05/2010.

[335] Tal afirmação, todavia, não se aplica aos países europeus, que vêm enfrentando o posicionamento quase sempre contrário do Tribunal de Justiça Europeu à detenção dessas ações, uma vez que "as acções privilegiadas (*golden-shares*) são incompatíveis com a liberdade de estabelecimento e a liberdade de circulação de capitais, enquanto princípios fundamentais previstos no TCE." (RODRIGUES, "*Golden-Shares" As Empresas Participadas e os Privilégios do Estado enquanto Accionista Minoritário,* op. cit., p. 320). Ver acórdãos dos processos C-58/99, Comissão/Itália, de 23.05.200, C-483/99 Comissão/França, de 04.06.2002 e C-171/08,

implica afirmar a ausência de qualquer interferência do Estado na sua atuação. Possivelmente, o *poder político* do Estado até hoje tem sido suficiente para evitar decisões contrárias a seu interesse ou, quando insuficientes, a ação preferencial de classe especial não seria cabível.[336]

4. Considerações Finais

Mostra-se defensável a possibilidade do Estado deter determinadas ações especiais em empresas privatizadas, dado os relevantes interesses sociais que podem estar em jogo e serem deixados à mercê em vista dos objetivos dos particulares. O que não se pode advogar é a ampliação desmedida de tais cláusulas: elas se prestam a conferir a ambas as partes (Estado e investidores privados) uma situação de conforto institucional, além de implicar também redução dos custos (presentes e futuros).

Compartilha-se, nos casos devidamente justificados, do posicionamento de Nuno Cunha Rodrigues, para quem essa intervenção, visando o interesse público, "não se configura como direito ou liberdade das entidades públicas, mas assume a natureza de poder-funcional, competência ou dever-função."[337] Se utilizadas sem cautela, de fato podem representar injustificadas subversão dos regimes jurídicos dessas empresas e restrição à livre circulação de capitais (o que traria consigo o respectivo *desvio de função* no exercício da competência pública). Se, por outro lado, manejadas com o devido cuidado e proporcionalidade,

---

Comissão/Portugal, de 08.07.2010. Disponível em: <www.http://curia.europa.eu/>. Acesso em 11.09.2010.

[336] Na Vale, por exemplo, em 2007/2008 houve uma interferência indireta do governo na tentativa de aquisição da mineradora suíça Xstrata que acabou não se concretizando. (REBOUÇAS, Lucia. Compra da Xstrata pela Vale será teste para poder de veto. Gazeta Mercantil. São Paulo, 07.02.2008, p. A5)

[337] RODRIGUES, "*Golden-Shares" As Empresas Participadas e os Privilégios do Estado enquanto Accionista Minoritário,* op. cit., p. 38.

nos casos em que quaisquer outras soluções mostrarem-se ineficazes, prestam um considerável auxílio a persecução do fim máximo do Estado, que é garantir o bem estar da sociedade.

Ou seja, desde que se tenha o interesse público como fundamento, fim e limite, o mecanismo pode ser válido. Ser ou não um óbice à atividade empresarial dependerá não apenas de sua existência, mas substancialmente da forma como as prerrogativas de tais ações serão utilizadas pelo Estado.

5. Referências

ALBUQUERQUE, Pedro de; PEREIRA, Maria de Lurdes. As “Golden Shares” do Estado Português em empresas privadas: limites à sua admissibilidade e exercício. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.

ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007.

BERLE, Adolf Augustus; MEANS, Gardiner C. A moderna sociedade anônima e a propriedade privada; tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

BOBBIO, Norberto. Estado, Governo, Sociedade: Por uma Teoria Geral da Política. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

CANOTILHO, J. J. Gomes. “O Estado garantidor: claros-escuros de um conceito”, in AVELÃS NUNES, António José; MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson (orgs.), O Direito e o futuro, o futuro do Direito. Coimbra: Almedina, 2008.

CARVALHOSA, Modesto. Comentários à lei de sociedades anônimas: Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações das Leis nº 9.457, de 5 de maio de 1997 e 10.303, de 31 de outubro de 2001. São Paulo: Saraiva, 2002.

COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. 6ª ed. vol. II. São Paulo: Saraiva, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. O Poder de Controle na Sociedade Anônima. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005.

GONÇALVES, Pedro. “Direito Administrativo da regulação”, in Regulação, electricidade e telecomunicações. Coimbra: Coimbra Ed., 2008.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Lições de Direito Societário: Sociedade Anônima. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005.

MOREIRA, Egon Bockmann. “Agências Reguladoras Independentes, Poder Econômico e Sanções Administrativas”. In S. GUERRA (org.), Temas de Direito Regulatório. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

MOREIRA, Egon Bockmann. Direito das concessões de serviço público. São Paulo: Malheiros Ed., 2010.

REALE, Miguel. O Poder na Democracia. In Pluralismo e Liberdade. São Paulo: Saraiva, 1963.

REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. 2º vol.. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

RODRIGUES, Nuno Cunha. “Golden-Shares” As empresas participadas e os privilégios do Estado enquanto Accionista Minoritário. Coimbra: Coimbra Ed., 2004.

RODRIGUES, Vasco. Análise Econômica do Direito: Uma introdução. Coimbra: Almedina, 2007.

SALOMÃO FILHO, Calixto. O novo direito societário. São Paulo: Malheiros, 2006.

STOPPINO, Mario. Verbete “poder”, em Bobbio, Matteuci e Pasquino, Dicionário de política, 2ª ed. Brasília: UNB, 1986.

SUNDFELD, Carlos Ari. Reforma do Estado e empresas estatais: a participação privada nas empresas estatais. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). In Direito administrativo econômico. São Paulo: Malheiros, 2002.

A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) sob a Perspectiva da Análise Econômica do Direito

Oksandro Gonçalves[338]

Sumário: 1. Introdução. 2. A Lei n. 12.441/2011: alguns aspectos controvertidos. 2.1. Empresa ou empresário? 2.2. Sócio ou empresário? 2.3. A EIRELI como uma pessoa jurídica. 2.4. Capital social mínimo. 2.5. Falência e recuperação. 3. A responsabilidade limitada da empresa individual sob a perspectiva da análise econômica do direito. 4. Alguns dados estatísticos da Junta Comercial do Estado do Paraná. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. Introdução

O presente estudo visa abordar a EIRELI sob a ótica da análise econômica do direito (AED), estudando as suas repercussões sobre o cotidiano empresarial; além de buscar demonstrar como essa nova figura pode contribuir sob a ótica da eficiência econômica e da maximização do bem-estar da comunidade para o seu desenvolvimento. Daí porque é preciso estudar os possíveis efeitos da criação da EIRELI e seus impactos sobre a realidade econômico-jurídica, bem como se a norma é eficiente ou não para a promoção do desenvolvimento sustentável.

[338] Doutor em Direito Comercial pela PUCSP. Professor na Graduação e no Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Socioambiental da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogado. oksandro@cgaadv.com.br.

Na primeira parte são abordados aspectos controvertidos da EIRELI: o uso da denominação empresa e não a de empresário; se o titular é sócio ou empresário na acepção legal; a sua inclusão como uma nova pessoa jurídica; a exigência de capital mínimo; a sujeição ao sistema falimentar e de recuperação judicial em vigor e a possibilidade ou não de o registro ocorrer não na Junta Comercial, mas no registro civil de pessoas jurídicas.

Em sua segunda parte, o texto traz a abordagem sob a ótica da AED, analisando a responsabilidade limitada e a sua eficiência ou não; os custos de transação envolvidos e as externalidades que podem ser geradas a partir da utilização da EIRELI.

Na última parte, o trabalho traz um breve levantamento estatístico a partir de números divulgados pela Junta Comercial do Paraná, uma vez que o Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC) não possui dados consolidados atualizados.

2. A Lei n. 12.441/2011: alguns aspectos controvertidos

A EIRELI foi muito comemorada como uma iniciativa fundamental para a solução de vários problemas relacionados ao Direito Societário, notoriamente para acabar com a figura do “sócio de palha” e conferir maior formalidade na atividade empresarial brasileira.

Todavia, existem vários aspectos controvertidos que estão sendo debatidos pela doutrina e que ainda não encontram solução ou uniformidade até em razão do pouco tempo de vigência da norma.

Como premissa inicial, abordaremos alguns desses pontos controvertidos.

2.1. Empresa ou empresário?

O legislador utilizou a denominação empresa individual de responsabilidade limitada, e inseriu-a no Livro II, título I-A, que trata da figura do empresário, enquanto o título II trata da sociedade.

Sendo assim, há de imediato uma confusão entre o objeto – a empresa – e o sujeito – o empresário. Enquanto empresa representa o exercício profissional de atividade econômica organizada, o empresário é o sujeito dessa atividade, aquele que exerce a empresa profissionalmente.

Outra abordagem possível é compreender a EIRELI como um terceiro tipo dentro do Direito de Empresa, ao lado do empresário individual e das sociedades empresárias.

Entretanto, a hipótese mais provável é a de um equívoco do legislador ao utilizar a nomenclatura empresa quando deveria ter utilizado empresário. O objetivo central da norma foi criar uma figura que permitisse o exercício da atividade empresarial individualmente e com responsabilidade limitada, evitando-se a criação artificial das sociedades com participações de 99%/1% com sócios conhecidos pela denominação de sócios de “palha”. Assim, na prática e de fato são muitas as sociedades *unipessoais* que funcionam dessa forma, embora juridicamente sejam tratadas como sociedades plurais.

Assim, a inclusão da EIRELI no título que trata do empresário permite afirmar que existem dois tipos de empresários individuais que se distinguem basicamente em três aspectos: (a) personalidade jurídica; (b) autonomia patrimonial; e (c) limitação de responsabilidade. A EIRELI nasce com personalidade jurídica, da qual decorre a autonomia patrimonial perfeita, porque acompanhada da limitação de responsabilidade do titular da empresa individual. Diferentemente, o

empresário individual que não se constitui na forma de EIRELI não possui personalidade jurídica que lhe garanta autonomia, e tampouco limitação de responsabilidade para o empresário.

A proposta de utilização da expressão “sociedade unipessoal”, que estava no primeiro texto do projeto de lei, representava uma contradição em todos os seus termos na medida em que o termo sociedade indica uma coletividade e isso não se conforma com o pressuposto de um único sócio de “si mesmo”. Não obstante tal crítica, não é desconhecida a possibilidade da subsidiária integral, prevista na Lei das Sociedades por Ações, nem tampouco da possibilidade temporária da sociedade permanecer unipessoal. Todavia, ambas as hipóteses são distintas da proposta formulada com a criação da EIRELI.

Portanto, a expressão mais adequada a ser utilizada pelo legislador era empresário individual de responsabilidade limitada, e não empresa, uma forma de diferenciar da figura tradicional do empresário individual que possui responsabilidade ilimitada, e da própria atividade, razão pela qual o uso da expressão empresa não é a de melhor técnica para esta nova figura jurídica.

2.2. Sócio ou empresário?

A partir das considerações feitas no tópico anterior, deparamo-nos com a discussão em torno da natureza jurídica do titular da EIRELI: será ele um sócio ou um empresário?

A diferença é importante e precisa ser enfrentada. Se ele é um empresário incidem todas as limitações ao exercício da atividade empresarial previstas, por exemplo, no art. 1.011 do Código Civil e na legislação especial. Acaso se entenda que ele é um sócio, então essas limitações podem deixar de existir. Um exemplo prático: a Lei n.

8.112/1990, no seu art. 117, inciso X, estabelece que o servidor público está proibido de participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário. Se o titular da EIRELI for considerado um sócio titular de quotas do capital social, então, em tese, não incide a restrição imposta no referido dispositivo legal. Por outro lado, se for considerado empresário então o servidor público poderá sofrer restrições para constituir uma EIRELI porque as exceções são apenas para o caso de ser quotista, acionista ou comanditário.

Souza[339] fornece alguns elementos para compreender a posição do titular, se sócio, empresário ou um terceiro gênero, ao explicar que no projeto de lei n. 4605/2009 a EIRELI estava inserida no art. 985-A, do CC, ou seja, como uma espécie de sociedade unipessoal, todavia, modificações posteriores alteraram essa premissa inicial e a inclusão da matéria deu-se no art. 980-A, do CC, que trata do empresário, abandonando a ideia de sociedade unipessoal e criando simplesmente uma nova espécie de pessoa jurídica.

O legislador fornece algumas pistas a respeito ao posicionar a figura da EIRELI no título próprio do empresário e não das sociedades. Também advoga em favor dessa posição o fato de o Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC) ter restringido, embora com muita controvérsia[340], às pessoas naturais a possibilidade de constituição

[339] SOUZA, Nadialice Francischini de. *Natureza jurídica da EIRELI*. Revista de Direito Empresarial, Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 9, n. 1, janeiro/abril, 2012,p. 160/161.

[340] Nos autos de MS n. 0054566-71.2012.8.19.0001, do TJRJ, foi deferida a constituição de EIRELI por pessoa jurídica, destacando-se o seguinte trecho da decisão liminar: *"Decorrendo, pois, do princípio constitucional da legalidade a máxima de que ´ninguém é obrigado a fazer, ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei´, não cabia ao DNRC normatizar a matéria inserindo proibição não prevista na lei, que lhe é hierarquicamente superior, a qual se propôs a regulamentar. A opção do legislador, em não proibir a constituição da EIRELI por pessoa jurídica, fica ainda mais clara quando se verifica que o texto original do Projeto de Lei nº 4.605/09, que culminou na Lei nº 12.441/11, dispunha expressamente que a EIRELI somente poderia ser constituída por uma pessoa natural, ou seja, espécie do gênero, pessoa, que*

de EIRELI, vedando que as pessoas jurídicas também as constituíssem (Instrução Normativa n. 117/2011, item 1.2.4).

No manual de atos de registro da EIRELI utiliza-se a nomenclatura titular da empresa, sem qualquer menção a empresário ou a sócio, o que também pode corroborar a afirmação anterior de que ela se constitui um novo gênero, diferente das figuras do empresário e das sociedades empresárias. Por enquanto, todavia, sugere-se que seja admitido como um sócio porque assim não haverá impedimento para que aqueles que estão impedidos de exercer a atividade empresarial possam fazer uso da EIRELI, ressalvado que, neste caso, não poderá ser o administrador porque, para este cargo, o impedimento deve permanecer.

2.3. A EIRELI como uma pessoa jurídica

Uma das alterações mais relevantes doutrinariamente é a inclusão das empresas individuais de responsabilidade limitada como pessoas jurídicas de direito privado, no art. 44, inciso VI, do Código Civil.

O empresário individual, antes da Lei n. 12.441/2011, jamais foi uma pessoa jurídica, condição esta que, no âmbito do Direito de Empresa, era destinada apenas às sociedades personificadas que adquirem a personalidade jurídica através de um procedimento formal de registro e arquivamento de atos perante a Junta Comercial de cada Estado da Federação. Essa personificação é uma atribuição legal da personalidade jurídica (artigos 45 e 985, do Código Civil).

Assim, a pessoa jurídica é a estrutura formal estabelecida pelo Direito enquanto a personalidade jurídica é o atributo que se dá àquela.

---

também abrange a espécie pessoa jurídica. Tendo havido supressão do termo ´natural´ do texto final da lei, pode-se concluir que o legislador pretendeu com tal ato, permitir/não proibir a constituição da EIRELI por qualquer pessoa, seja ela da espécie natural, seja ela da espécie jurídica".

Assim, da personificação decorre o reconhecimento da pessoa jurídica como sujeito de direitos e obrigações, e disso derivam como principais consequências tornar-se titular de relações obrigacionais; processuais; e patrimoniais. Quanto à responsabilidade patrimonial, esta pode ser limitada, ilimitada ou mista. A regra geral é a de que a pessoa jurídica responde pelas obrigações que contraiu. Isso significa que a pessoa jurídica é a titular do patrimônio amealhado, não existindo comunhão ou condomínio com os sócios, os quais são titulares da participação societária representada por quotas ou ações. Não há nessa estrutura confusão entre o patrimônio da sociedade e o patrimônio dos sócios que é composto das participações societárias.

Na perspectiva da EIRELI existem dificuldades para aplicar a noção de sócio porque o titular se confunde com o próprio agente da atividade empresarial, o empresário. Por outro lado, adotar a noção de sócio torna a empresa uma sociedade unipessoal, onde o sócio único é o titular integral das participações societárias. O problema é que existe uma confusão entre os patrimônios que pode contribuir negativamente para o principal objetivo do legislador que é incentivar a atividade empresarial mediante a limitação da responsabilidade.

Outro fator importante a destacar nesta discussão é o de que o patrimônio da pessoa jurídica responde de forma ilimitada pelas obrigações contraídas, ou seja, em caso de inadimplemento da EIRELI ela responderá com seu patrimônio ilimitadamente pelas obrigações contraídas, ainda que superem o valor do capital social, pois o que se protege é o patrimônio pessoal do titular da EIRELI. De fato, esse patrimônio dedicado à atividade empresária não se confunde com o patrimônio do titular da EIRELI. Entretanto, o próprio legislador lançou dúvida sobre essa premissa ao vetar o parágrafo 4º, do art. 980-A, que assim estabelecia: *somente o patrimônio social da empresa responderá*

pelas dívidas da empresa individual de responsabilidade limitada, não se confundindo em qualquer situação com o patrimônio da pessoa natural que a constitui.

A justificativa utilizada pelo legislador para promover o veto foi a de que a expressão “em qualquer situação” poderia gerar divergência para aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. O veto remete, na sequência, para as mesmas regras que tratam da separação de patrimônios nas sociedades limitadas. O texto sem dúvida deixava clara a intenção de promover a separação patrimonial, todavia, a criação de uma pessoa jurídica pressupõe a autonomia de patrimônios, ao que pode se somar a limitação da responsabilidade, tornando-a uma autonomia patrimonial perfeita.

A pessoa jurídica se diferencia da pessoa física, e por isso possui uma estrutura artificial através de um ato constitutivo que lhe permite estabelecer quem a representa, ainda que haja identidade entre o administrador e o titular da EIRELI. Sendo assim, a razão do veto não se justifica porque a desconsideração não terá seus critérios alterados pela nova figura jurídica. Basicamente, a legislação em vigor utiliza os critérios do abuso de direito, violação a contrato ou estatuto ou a confusão patrimonial. Se o titular da EIRELI utiliza indevidamente a figura, abusando do direito que lhe foi conferido para limitar a responsabilidade, terá a personalidade jurídica afastada. O Estado que atribui também pode afastar a personificação. Da mesma forma se houver violação ao disposto no ato constitutivo previamente registrado na Junta Comercial. O elemento mais difícil no caso da EIRELI é o da confusão patrimonial, em que pese tanto a personificação quanto o capital mínimo forneçam critérios para a separação dos patrimônios pessoal e aquele dedicado à empresa.

Os problemas acima abordados podem ser respondidos a partir da noção de sujeito de direitos. Mota Pinto[341] afirma que são sujeitos de direitos aqueles *"entes susceptíveis de serem titulares de direitos e obrigações, de serem titulares de relações jurídicas."*Entende o autor que a atribuição de personalidade à pessoa jurídica, equivale a atribuir uma aptidão especial para que ela venha ser titular de relações jurídicas. Em relação especificamente à pessoa jurídica, afirma que é um processo técnico de organização de um conjunto de relações jurídicas que estão ligadas a um empreendimento coletivo. Dessa forma, a criação da pessoa jurídica e o seu reconhecimento como sujeito de direito permite que ela seja titular de fato de relações jurídicas.

Embora reconhecida como sujeito de direitos e obrigações a sua origem está relacionada a uma contraposição com a figura da pessoa humana, centro de todas as relações jurídicas. Cordeiro diz *"pessoa colectiva (sic) é todo sujeito de Direito, que não corresponda a uma pessoa humana"*, ao dizer que sua utilização deveu-se ao fato de que isso significava que a pessoa jurídica era fruto do engenho humano em oposição à natureza que, no caso, corresponderia à chamada *"pessoa física"* em nosso ordenamento. Há uma oposição entre a noção do que é natural – o homem – e o que é fruto da sua inventividade, ou o que não é natural – ou seja, a pessoa jurídica.[342]

Atual é a lição de Comparato que vê na personalização uma técnica jurídica para atingir certos objetivos práticos e, no presente caso, o objetivo foi incrementar a atividade empresarial através da limitação de responsabilidade para o empresário individual sob o nome de EIRELI:

[341] PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Coimbra Ed., 1996, p. 191/199, 267/269.
[342] CORDEIRO, António Menezes. *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*. Lisboa: Lex, 1997, p. 265.

> O que não se pode perder de vista é o fato de ser a personalização uma técnica jurídica utilizada para se atingirem determinados objetivos práticos – autonomia patrimonial, limitação ou supressão de responsabilidades individuais – não recobrindo toda a esfera da subjetividade, em direito. Nem todo sujeito de direito é uma pessoa. Assim, a lei reconhece direitos a certos agregados patrimoniais, como o espólio ou a massa falida, sem personalizá-los. E o direito comercial tem, nesse particular, importantes exemplos históricos, com a parceria marítima, as sociedades ditas irregulares ou a sociedade em conta de participação.[343]

Para Kelsen a teoria tradicional identifica o conceito de sujeito jurídico com o de pessoa, tanto que se tem *"feito tentativas para demonstrar que também a pessoa jurídica é uma pessoa <real>"*, ao mesmo tempo em que reconhecia que a própria pessoa física ou natural também era uma pessoa jurídica, no sentido de *"uma construção artificial da ciência jurídica"*. Ao dizer que a pessoa natural é uma pessoa jurídica, Kelsen está se referindo àquilo que se denomina personalidade jurídica. A norma jurídica atribui às pessoas naturais um conjunto de direitos e deveres. A visão, portanto, é de um complexo de direitos e deveres, para em seguida concluir que a *"pessoa é tão somente a personificação desta unidade".*[344]

Isso conduz à ilação de que a ordem jurídica reconhece a unidade, que é representada pela figura legal da pessoa jurídica, à qual se atribui uma personalidade para atuar dentro de certos limites. Ao reconhecer essa unidade, a ordem jurídica está dizendo que o conjunto de direitos e deveres pertence à representação daquela unidade, no caso, a pessoa jurídica, e não aos indivíduos. Isso porque, a pessoa jurídica é o sujeito

[343] COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima.* São Paulo: RT, 1977, p. 268.
[344] KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2. ed. Trad. Coimbra: Arménio Amado, 1962. v. 2, p. 327/328.

dos direitos e obrigações. Logo, na EIRELI tem-se uma situação em que a obrigação derivada, seja o direito ou o dever, assiste à pessoa jurídica e não ao titular dela, pois corresponde a uma unidade dotada de atributos especiais que lhe permite atuar no mercado segundo um conjunto de regras que fixam previamente um tipo de responsabilidade restritiva, de tal forma que a EIRELI responde amplamente pelas obrigações que contraiu em nome próprio, enquanto o seu titular está protegido e responde apenas com o valor que contribuiu para formar o capital social mínimo.

Portanto, no caso da EIRELI, tomada como uma nova pessoa jurídica, as obrigações assumidas são dessa figura e não do titular que a concebeu.

Em razão da natureza empresarial é que se atribui a personalidade jurídica, uma particularidade do nosso ordenamento porque, com sustenta Coelho aquelas sociedades que não possuem personalidade jurídica não podem se intitular empresárias.[345] Talvez neste ponto esteja o traço distintivo que justifica a inclusão da EIRELI no rol das pessoas jurídicas. Ao estipular que ela é uma pessoa jurídica, atribui-lhe a condição de empresária e reconhece uma autonomia patrimonial para obrigar-se ilimitadamente, pois a limitação é do titular para não ocorrer confusão entre o patrimônio destinado à atividade empresarial e aquele patrimônio particular do titular da EIRELI.

Melo destaca que o patrimônio possui duas dimensões, uma objetiva e outra subjetiva, ligando a última à figura do sujeito de direito,

[345] "Definidas as sociedades empresárias como pessoas jurídicas, seria incorreto considerar a conta de participação uma espécie destas. Embora a maioria da doutrina conclua em sentido oposto (Lopes, 1990), a conta de participação, a rigor, não passa de um contrato de investimento comum, que o legislador, impropriamente, denominou sociedade." (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 479.).

mas defendendo a tese do patrimônio de afetação para explicar a limitação de responsabilidade do *empresário* individual:

> O aspecto subjetivo do patrimônio é o que o define como um conjunto de bens pertencentes a um sujeito de direito. A cada sujeito de direito deve corresponder um patrimônio. O aspecto objetivo apresenta o patrimônio como um conjunto de bens que pode ser destinado a um fim econômico determinado. Daí a ideia de patrimônio geral e especial, que é o patrimônio afetado. [346]

Calixto Salomão, ao tratar da sociedade unipessoal, afirma que são dois os aspectos importantes que sobressaem da personalidade jurídica: a capacidade negocial e a limitação de responsabilidade:

> Se o patrimônio é necessariamente uno, ele não seria um conjunto de bens, mas sim a própria aptidão para ter direitos e contrair obrigações. Nesse momento, tornar-se-ia um conceito inútil. A doutrina moderna, seguindo e desenvolvendo a teoria de Brinz, tende a considerar o vínculo do patrimônio objetivo e não subjetivo. Define-se patrimônio como o "conjunto de bens coesos pela afetação a fim econômico determinado", admitindo, portanto, patrimônios gerais e patrimônios especiais.
>
> [...]
>
> Daí a contraposição ser sempre feita entre *fattispeci* que envolvam ambos os aspectos (capacidade negocial e limitação de responsabilidade). E são eles a empresa individual e a sociedade unipessoal, respectivamente um patrimônio separado qualificado por regras sobre capacidade negocial e uma pessoa jurídica dotada de responsabilidade limitada.[347]

[346] MELO, Cinira Gomes Lima. *A limitação da responsabilidade do empresário individual*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Nova série. São Paulo: Malheiros, ano 44, n. 137, p.49-60, jan./mar. 2005, p. 51.

[347] SALOMÃO FILHO, Calixto. *A sociedade unipessoal.* São Paulo: Malheiros, 1995, p. 35.

Utilizando a lição acima, conclui-se que em nosso ordenamento jurídico a personalidade jurídica, quando atribuída, serve para atingir certos *"objetivos práticos"* que no caso são a autonomia patrimonial e a limitação da responsabilidade do titular da EIRELI, atribuindo-lhe patrimônio separado, capacidade negocial autônoma e responsabilidade limitada, motivo pelo qual resta justificada a inclusão dela no rol de pessoas jurídicas de direito privado (art. 44, CC).

2.4. Capital social mínimo

Na experiência internacional a empresa individual representa um incentivo econômico para *"os pequenos e médios empresários, maiores usuários da forma empresarial unipessoal. Nesse sentido, a referência expressa da Exposição de Motivos da Décima Segunda Diretiva Comunitária. A admissão da sociedade unipessoal com responsabilidade limitada faz parte do programa comunitário de incentivo à pequena e média empresa".*[348]

Para a constituição de EIRELI exige-se um capital social mínimo de cem vezes o valor do maior salário mínimo vigente no Brasil, o que equivale atualmente a R$ 67.800,00 (sessenta e sete mil e oitocentos reais)[349], e que é considerado elevado para os padrões nacionais.

Essa exigência de capital social mínimo é uma novidade no Direito Societário brasileiro. Em regra não se exige para a constituição de nenhuma sociedade empresária, assim como para o registro do empresário individual até por conta da sua responsabilidade ilimitada.

Assim, se o objetivo é incentivar as pequenas e médias empresas e estimular a formalização de negócios empresariais, sob a ótica da AED o

[348] SALOMÃO FILHO, Calixto. *A sociedade unipessoal.* São Paulo: Malheiros, 1995, p. 29.
[349] Valor do salário mínimo vigente em 2013, época da elaboração do trabalho.

sistema é excludente da grande maioria dos empresários brasileiros, porque impõe de imediato um custo de transação elevado ao exigir esse valor para a formação do capital social. A norma criou um entrave à sua constituição ao romper com a tradição nacional que não exige valor mínimo.

Neste ponto a norma não é eficiente para estimular o desenvolvimento econômico mediante a criação de EIRELI e, consequentemente, a maior geração de empregos e benefícios à comunidade em geral. Incentiva-se assim a informalidade que consome tributos e impede que os empresários de fato regularizem suas situações econômico-fiscais.

Aliado a isso, persiste a ineficiência da norma quanto à efetividade da formação do capital social, eis que o sistema permite a auto-declaração da integralização sem que exista uma efetiva fiscalização. Como o sistema remete subsidiariamente às regras das sociedades limitadas (art. 980-A, §6º, do CC), aplica-se o disposto no art. 1.055, §1º, do CC, que estabelece o prazo de cinco anos, a contar do registro, para responsabilizar o titular da EIRELI pela exata estimação dos bens conferidos para a formação do capital social.

Por outro lado, a norma parte da premissa de que o benefício concedido ao empresário que optar por esta forma legal é extremamente relevante, na medida em que permite a limitação da responsabilidade. Assim, o legislador fixou um valor elevado para valorizar e conferir maior respeitabilidade a figura da responsabilidade limitada que tem sido relativizada constantemente pelos Tribunais.[350]

Todavia, ainda que tenha sido essa a intenção é muito difícil valorar se o seu objetivo foi efetivamente alcançado, sendo mais palpável avaliar

[350] São várias hipóteses de relativização, neste sentido verificar: Gonçalves, Oksandro. *A relativização da responsabilidade limitada dos sócios.* Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

os efeitos negativos da imposição desse custo de transação elevado que é a fixação do capital social mínimo, que afasta muitos interessados em constituir uma EIRELI, do que os possíveis benefícios com a fixação do valor mínimo para controle do capital social integralizado para o exercício da atividade.

2.5. Falência e recuperação

A Lei n. 11.101/2005 estabelece que a recuperação e a falência são institutos destinados às sociedades empresárias e dos empresários. Como a Lei n. 12.441/2011 regulou a EIRELI surge dúvida acerca da submissão dessa nova figura àquele conjunto normativo em razão do uso da expressão “empresa” e não empresário.

A inserção da EIRELI no capítulo que trata do Direito de Empresa é um elemento importante para rumar em direção à defesa da aplicação dos institutos da recuperação e da falência, mas não é determinante porque existem tipos societários que estão naquele capítulo e aos quais não se confere, por exemplo, o direito de pedir a recuperação judicial, como é o caso das sociedades simples.

O objetivo central da recuperação é preservar a empresa viável e neste contexto parece-nos clara a possibilidade da concessão da recuperação judicial para a EIRELI. Embora haja discussão acerca do uso da expressão empresa ao invés de empresário, não há sombra de dúvida de que o elemento norteador é a preservação da empresa enquanto atividade econômica importante para o desenvolvimento da comunidade em que se encontra inserida.

Neste contexto, a recuperação judicial ou extrajudicial são mecanismos importantes de reorganização empresarial e visam garantir e otimizar o conjunto de bens e direitos que compõem o estabelecimento

empresarial. Dessa forma, a EIRELI pode utilizar desses mecanismos caso passe por uma crise econômico-financeira que justifique a convocação dos seus credores para um processo de renegociação ampla mediante plano de recuperação adequadamente apresentado.

Advoga em prol dessa orientação a Instrução Normativa n. 117/2011, do DNRC, que regulamenta no item 11 a recuperação judicial e a falência da EIRELI.

3. A responsabilidade limitada da empresa individual sob a perspectiva da análise econômica do direito

A abordagem do tema a partir da AED tem caráter instrumental e visa estudar como a lei que institui EIRELI em nosso ordenamento jurídico, pode contribuir para o desenvolvimento econômico.

Dessa forma, a AED visa compreender os efeitos e a eficácia dessa norma jurídica, constituindo uma nova maneira de abordagem do fenômeno jurídico em contraposição à dogmática tradicional, muitas vezes dissociada da realidade social. Nesse diapasão a AED aborda *"os problemas relativos à eficiência do Direito, o custo dos instrumentos jurídicos na persecução de seus fins e as consequências econômicas das intervenções jurídicas"*,[351] as quais são *"uma das mais importantes ferramentas sociais para direcionar comportamentos"*, e por isso, *"o desafio está no equilibrar" as funções positiva e negativa para evitar ambiguidades que "favoreçam a adoção de estratégias indesejadas não previstas pelos incentivos legais*".[352] Sob dois ângulos distintos propõe-se a sua aplicação no presente texto, o primeiro refere-se ao estudo das

[351] RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 67/68.

[352] SZTAJN, Raquel. *Incerteza legal e custos de transação: casuísta jurisprudencial*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Nova série, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 49, n. 155/156, p. 40/49, agosto/dezembro 2010, p.41.

repercussões da EIRELI sobre o cotidiano empresarial; e o segundo visa demonstrar como essa nova figura pode contribuir sob a ótica da eficiência econômica e da maximização do bem-estar da comunidade. Daí porque é preciso estudar os possíveis efeitos da criação da EIRELI e seus impactos sobre a realidade econômico-jurídica, bem como se a norma é eficiente ou não.

Sob a ótica da escolha racional não há dúvida que a melhor opção é a que confere limitação de responsabilidade. Trata-se de um importante incentivo para o agente econômico aventurar-se na atividade econômica organizada porque lhe permite maximizar os ganhos ao minimizar os riscos dessa atividade. É eficiente também porque confere segurança jurídica para o agente econômico e para os que com ele contratarem, pois estabelece as regras da relação contratual e as previsões onde a responsabilidade limitada vai prevalecer ou não. É bem verdade que a jurisprudência expandiu demasiadamente essas possibilidades, o que não pode ser desconsiderado neste trabalho, citando-se como exemplos recorrentes as decisões proferidas na Justiça do Trabalho e em matéria tributária. Todavia, sob o ângulo estritamente normativo há uma determinada estabilidade das hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica, por exemplo, que conferem certa segurança e previsibilidade ao sistema.

A racionalidade da escolha do sistema de responsabilidade limitada é justificada pela premissa de que todo agente busca, em suas decisões, maximizar a utilidade através da redução do seu custo e ampliação dos seus benefícios. De fato, há basicamente três alternativas no sistema brasileiro: responsabilidade ilimitada, responsabilidade limitada e responsabilidade mista (onde alguns sócios possuem responsabilidade ilimitada e outros não).

O agente econômico que pretende iniciar uma atividade empresarial

buscará maximizar suas escolhas e terá as opções acima. Ao pensar na responsabilidade ilimitada avaliará que se ocorrer o insucesso da atividade – uma hipótese real – comprometerá não somente o patrimônio destinado àquela atividade, como também o seu patrimônio pessoal. Se optar pela responsabilidade mista, além do problema anterior haverá o de ter que justificar porque algum dos agentes deverá ficar em um sistema mais vantajoso e outro deverá sujeitar-se a um regime de comprometimento do patrimônio pessoal sendo que o objetivo é comum e os riscos também. Mesmo que entre eles exista uma previsão de que o sócio de responsabilidade ilimitada se arrisca mais e por isso recebe maior parcela dos lucros deve ser vista com reserva, pois esses lucros devem superar o risco potencial do prejuízo caso ele ocorra. Finalmente, a última hipótese preconiza que o agente econômico poderá definir previamente o limite de sua responsabilidade, comunicando os que com ele contratarem, mediante expressões como sociedade limitada, sociedade anônima e agora EIRELI, que o risco da atividade é limitado a certo valor, além do qual o patrimônio pessoal do titular estará a salvo.

Não é difícil concluir que, afora alguma necessidade especial, todos os agentes econômicos confrontados com essas alternativas optarão pela limitação de responsabilidade.

Assim, a limitação da responsabilidade funciona como um incentivo legal à constituição de um empreendimento formal, no caso, de uma EIRELI. Não há propriamente uma sanção para o caso de optar-se por outra forma jurídica (de responsabilidade ilimitada), mas há um fator que desincentiva essa escolha ao prever a possibilidade do patrimônio pessoal responder por dívidas oriundas da atividade empresarial. Portanto, a norma cria um incentivo para o agente econômico que pretende iniciar uma atividade que é justamente a possibilidade de limitar a responsabilidade e assim equacionar o risco de toda atividade

empresarial.

Na avaliação custo e benefício não é difícil verificar uma predominância da responsabilidade limitada sob as demais formas como a escolha mais racional e eficiente, ainda que com algumas ressalvas. Sobre o tema:

> *Investors clearly will prefer limited liability to unlimited liability. Limited liability reduces exposure to loss, reduces insurance costs, and increases incentives for engaging in potencially profitable risk-taking.*[353]

Ou ainda:

> *Scholars have identified several efficiency-based rationales for limited liability. Most obviously, limited liability enables aggregation of large amounts of capital from numerous small investors. If liability were not limited, even a small investment could render a shareholder liable for a substantial corporate obligation. Many people would be reluctant to risk their personal wealth in exchange for the prospect of only a modest return at best; even if the venture proves to be wildly successful, the small shareholder can claim only a small percentage of the corporation's gains. Because even a remote risk of a huge loss may overshadow small gains that are more likely, potential investors may forego investments that have a positive net present value. Limited liability therefore encourages investment that otherwise would not occur.*
>
> *In addition to facilitating capital formation, limited liability also allows shareholders to reduce risk by holding diversified portfolios. Facing less risk, shareholders are willing to settle for a lower rate of return than they would demand if liability were unlimited. Corporations therefore incur lower capital costs.*
>
> *This would necessitate efforts to participate actively in control of the usiness or at least to monitor closely the decisions of the firm's managers. To minimize the costs*

[353] MACEY, Jonathan R. *The limited liability company: lessons for corporate law*. 1995. Faculty Scholarschip Series. Paper 1436, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1436, consultado em 17/06/2012, p. 437.

> *involved in engaging in these kinds of activities, investors would need to concentrate their capital in one or perhaps a few ventures. Even then these costs could exceed the expected return on a relatively small investment. With limited liability, however, investors need not concern themselves with costly monitoring efforts or participation in management.*
>
> *Instead, they can optimize their returns by making smaller investments in a larger number of companies.*
>
> *Limited liability also eliminates the need for shareholders to monitor each other. Under a regime of unlimited liability, the likelihood that any single shareholder would have to pay a judgment against an insolvent corporation would depend in part on the resources of the other shareholders. If the majority of the shareholders have modest personal wealth, an affluent shareholder would end up paying a larger share of the judgment out of his own pocket. Shareholders would therefore incur costs in attempting to keep track of both the identities of their fellow shareholders and also their individual wealth.*
>
> *Finally, limited liability facilitates the transferability of corporate stock. If liability were unlimited, protection of creditor interests would require either a rule prohibiting transfer to low-asset transferees or else a rule exposing the transferor to liability after the transfer. Either rule would interfere with trading activity and could adversely affect the efficient pricing of publicly traded shares if the result is a significant reduction in trading volume.* [354]

SALOMÃO[355] ressalta, sob o ponto de vista econômico, que o problema da perda de crédito da empresa pela diminuição da garantia patrimonial aos credores é uma premissa difícil de verificar empiricamente, uma vez que não é possível determinar se o

[354] MILLON, David. *Piercing the corporate veil, financial responsability, and the limits of limited liability*. Emory Law Journal, volume 56, 2007, number 5, p. 1309/1381, in http://www.law.emory.edu/fileadmin/journals/elj/56/5/Millon.pdf, consultado em 17/06/2012, p. 1312.

[355] SALOMÃO FILHO, Calixto. *A sociedade unipessoal.* São Paulo: Malheiros, 1995, p.30.

desaparecimento da concorrência dos credores pessoais do sócio sobre o passivo social não compensa ou quiçá supera essa aparente desvantagem.

Assim, são três os argumentos econômicos para se justificar a existência da responsabilidade limitada: encorajar novos investimentos empresariais; dividir os riscos entre o titular da empresa e os seus credores e reduzir os custos de possíveis litígios e o monitoramento entre os sócios e acionistas.

Sob a perspectiva desses argumentos é preciso abordar a questão da eficiência da norma que instituiu a EIRELI. A proposta é a utilizar a premissa de Kaldor-Hicks, segundo a qual as normas devem gerar o máximo bem-estar para o maior número de pessoas, de tal sorte que os ganhos totais compensem as eventuais perdas sofridas:

> Outro critério proposto para avaliação da eficiência é desenvolvido por Kaldor e Hicks que, partindo de modelos de utilidade, tais como preconizados por Bentham, sugerem que as normas devem ser desenhadas de maneira a gerarem o máximo de bem-estar para o maior número de pessoas. (...)
>
> A racionalidade dos agentes, um dos postulados econômicos, que leva à procura da maximização de utilidades, e a eficiência alocativa, segundo essa visão, vão ao encontro da ideia de solidariedade e geração de bem-estar coletivo.[356]

A eficiência perante este critério se dá quando a disputa pela alocação de recursos resulta em que o proveito para os vencedores lhes permita compensar os perdedores. Mas quem seriam os perdedores no contexto da EIRELI? Uma resposta imediata sugere os credores.

[356] SZTAJN, Raquel. *Law and economics*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Nova série, São Paulo: Malheiros, ano 44, n. 137, p. 227-233, jan./mar. 2005, p.228.

Como visto a responsabilidade limitada é um mecanismo para minimizar custos da empresa individual, subsidiando em parte o risco da atividade empresarial permitindo a externalização dessa parcela do risco para a comunidade em geral e aos seus credores, pois não é crível que estes assumam integralmente o risco da limitação da responsabilidade. Assim, uma parcela desse risco é externalizada e reflete sobre vários outros agentes econômicos, notadamente sobre o consumidor.

Ainda neste ponto, diante da responsabilidade limitada os administradores ou o titular da empresa assumirão riscos mais elevados em razão da externalização, todavia, se obtiver um lucro satisfatório o titular em contrapartida aumentará as precauções para que o negócio se mantenha rentável indefinidamente. Em raciocínio inverso, em caso de menos lucro as precauções diminuem e aumentam os riscos da atividade empresarial. Assim, a EIRELI pode incentivar a assunção de riscos mais elevados que o normalmente aceito em situações empresariais.

Em um cenário ideal para os credores o melhor seria a responsabilidade ilimitada, na medida em que a limitação impõe a eles um aumento nos custos de transação que deve ser considerado, por exemplo, no momento da contratação. É bem verdade que certos credores mais fortes, tais como bancos, burlam esse problema através da tomada de garantias adicionais dos sócios ou acionistas desvirtuando o instituto, mas credores que não possuem essa força acabam celebrando contratos sem essas garantias e sujeitam-se plenamente à regra da limitação de responsabilidade.

Coelho, ao tratar da atividade econômica e do cálculo empresarial, aborda a existência de duas formas de compreensão do *"papel do estado e do direito na organização econômica"*, ele também afirma que é preciso estudar a *"equação entre custos e benefícios sociais"* para se chegar à conclusão de que o cálculo empresarial foi positivo ou negativo.

A partir da noção de custos e benefícios sociais que a atividade empresarial pode gerar, alguns *"agentes econômicos podem usufruir mais benefícios que os custos despendidos"*. A partir disso, Coelho trabalha com a noção de externalidade, que, segundo ele, é *"todo efeito produzido por um agente econômico que repercute positiva ou negativamente sobre a atividade econômica, renda ou bem-estar de outro agente econômico, sem a correspondente compensação*". Afirma também a existência de externalidades relevantes e irrelevantes, das quais apenas as primeiras são fatos jurídicos. O mesmo autor leciona que duas concepções tentam explicar a internalização de externalidades: a teoria da economia do bem-estar e a da análise econômica do direito. No caso da primeira, as externalidades seriam falhas no mercado que cabe ao Estado corrigir. A segunda, plasmada na Escola de Chicago, pretende conciliar a aplicação de normas jurídicas a padrões de eficiência econômica. Para esta, as externalidades não são falhas no mercado, mas situações conflituosas que os próprios participantes devem solucionar. Neste último caso, ao Direito compete reduzir os custos de transação que são fruto desse entendimento entre os participantes para alocação das externalidades.

Spinelli, ao abordar o mercado e a razão de existência das firmas, trata dos custos de transação como fricções:

> E isto ocorre porque existem custos para que se possa nele contratar (ou seja, para que se possa colocar o sistema em operação) e fazer com que as informações circulem de maneira totalmente livre, uniforme e eficiente. Estes custos, que passaram a ser estudados pela Economia Institucional, principalmente seguindo as pesquisas pioneiras de Ronald Coase (1937), são

> denominados custos de transação, constituindo atritos, fricções, que existem nas relações transacionais.[357]

A respeito dos custos de transação destaca-se de Sztajn:

> Custos de transação são aqueles custos em que se incorre que, de alguma forma, oneram a operação, mesmo quando não representados por dispêndios financeiros feitos pelos agentes, mas que decorrente do conjunto de medidas tomadas para realizar uma transação.[358]

Moreira, ao tratar dos elementos essenciais à escolha do tipo societário, faz correlação entre risco e retorno, lição que pode ser transposta para a EIRELI em razão da exposição acima sobre custo de transação e assunção do risco:

> Em toda atividade econômica, o agente, ainda que de forma inconsciente, faz um cálculo de risco e retorno de sua ação. Na constituição de sociedades não é diferente. O empreendedor analisa o objetivo social que pretende desenvolver, levando em consideração os meios que necessitará para tanto (capital, trabalho etc), as condições atuais e futuras do mercado, o custo de oportunidade de sua decisão, dentre outros fatores, concluindo, daí, que obterá um determinado retorno de sua atividade. O empreendedor será tão melhor sucedido quanto for correta sua análise. Na composição do binômio "risco x retorno" da criação de um novo empreendimento, o tipo societário tem papel de destaque, pois cada modalidade aloca de determinada forma os fatores de produção.[359]

---

[357]SPINELLI, Luis Felipe. *A teoria da firma e a sociedade como organização: fundamentos econômico-jurídicos para um novo conceito*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Nova série, São Paulo: Malheiros, ano 46, n. 146, abr./jun. 2007, p. 169.

[358] SZTAJN, Raquel. *Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no novo Código Civil*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Nova série, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 43, n. 133, p. 7-31, jan./mar. 2004, p. 09.

[359] MOREIRA, Ricardo Guimarães. *Sociedade limitada ou anônima fechada? O novo dilema dos empreendedores nacionais*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Nova série. São Paulo: Malheiros, ano 43, n. 133, jan./mar. 2004, p. 34.

A atividade empresarial é notoriamente de risco, pois nenhum empreendimento vem associado diretamente ao sucesso. Assim, para quem quiser correr o risco da atividade empresarial é possível limitar a responsabilidade, o que implica limitar o risco do empreendimento. Melo salienta:

> De outro lado, temos o princípio da responsabilidade patrimonial, ou seja, o devedor responde por todas as suas obrigações com todos os seus bens que constituem garantia comum dos credores. Assim também ocorreria com o exercício da atividade econômica: o devedor responderia por todas as obrigações oriundas dessa atividade com todos os seus bens. Daí a questão do risco no exercício da empresa. Assim, ao explorar a empresa, o empresário correria o risco de perder não só o patrimônio separado para essa atividade (equipamento, insumos, etc.), mas todo o seu patrimônio, o seu conjunto de bens conseguidos com o trabalho de uma vida inteira. Essa é a regra: responsabilidade ilimitada.
>
> Ocorre que, essa regra representava e ainda representa um verdadeiro desestímulo ao exercício de qualquer empresa. Quem arriscaria o patrimônio construído com anos de trabalho para explorar uma atividade econômica por mais vantajosa que fosse?
>
> Assim, para se minimizar o risco empresarial, o legislador encontrou a alternativa da limitação de responsabilidade do empresário pelas obrigações oriundas do exercício da empresa. [360]

Calixto Salomão também trata do tema destacando o fato desse modelo *"controlar os riscos econômicos"* e que, modernamente, sua utilidade deve ser feita a partir da análise econômica do direito.[361]

[360] MELO, Cinira Gomes Lima. *A limitação da responsabilidade do empresário individual*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Nova série. São Paulo: Malheiros, ano 44, n. 137, p.49-60, jan./mar. 2005, p 49/50.

[361] SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 205.

Coelho salienta que o elemento custo:

> Qualquer alteração no direito-custo interfere, em diferentes medidas, com as contas dos empresários e, em decorrência, com o preço dos produtos e serviços oferecidos no mercado. Isto é, cada nova obrigação que se impõe ao empresário, de cunho fiscal, trabalhista, previdenciário, ambiental, urbanístico, contratual, etc., representa aumento de custos para a atividade empresarial e aumento do preço dos produtos e serviços para os seus adquirentes e consumidor.[362]

No momento da escolha pela EIRELI o seu titular considera no cálculo empresarial o direito custo, pois opta pela forma que alia simplicidade de constituição e gestão com limitação da responsabilidade, além de afastar a sempre incômoda figura do sócio que teria que possuir caso existisse apenas as sociedades limitadas. Sendo assim, qualquer transtorno nessa lógica, decorrente de uma norma ou interpretação jurisprudencial que afete a limitação da responsabilidade pode produzir diferentes efeitos, por exemplo: a alocação dos recursos outrora destinados à exploração da atividade econômica em outros tipos de investimentos; o aumento dos custos dos produtos e serviços para os consumidores e, também, o aumento dos custos das matérias-primas por ausência de novos *players* no mercado.

A responsabilidade limitada e do seu custo a partir de Posner também pe enfrenado pela doutrina, a qual salienta que os credores consideram uma contraprestação por isso:

> Os estudos originais sobre os custos da responsabilidade limitada e de sua desconsideração foram feitos pela Escola de Chicago, em particular por R. A. Posner. Para ele a responsabilidade limitada encontra sua justificativa econômica no negócio jurídico realizado entre credor e sociedade. O credor assume o risco da responsabilidade

[362] COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 37/38.

> limitada (ou da ausência de responsabilidade dos sócios), exigindo uma contraprestação por isso, consistente na taxa de risco e traduzida normalmente em juros mais elevados. [363]

Portanto, se de um lado o cálculo preciso é praticamente impossível, de outro ele pode ser mensurado, e quanto maior a precisão do cálculo menor é o custo dele derivado.

Martins assinala que as atividades empresariais sempre implicarão num risco, maior ou menor, e que ele é inerente à exploração empresarial. Ressalta, porém, que o risco não é totalmente indeterminado e que pode ser mensurado, ressalvando as questões imponderáveis. Afirma ser preciso verificar se o risco era previsível ou não e a forma de atuação do empresário. Parte para uma análise econômica do direito da responsabilidade limitada e aborda os custos de informação e de agência. Para os primeiros afirma que para explorar uma atividade econômica é preciso se valer de *"todas as informações relevantes e sustentadoras da tomada de decisão"*. Para os segundos, a partir da teoria da firma, diz que é preciso estabelecer a relação *"entre uma ou mais pessoas"* e *"outra pessoa"*, designada *agent ou representante* que presta serviços às primeiras. Neste último caso, relata existirem os *agency costs*, *monitoring costs, bonding costs* e *residual costs*, os quais visam, precipuamente, *"reduzir os custos suportados pelos acionistas no caso de o monitoramente não ter sido suficiente"*. Conclui a autora que esses custos, aliados à dificuldade de tornar concreta a responsabilidade importou na *"relativização das funções econômicas da limitação da responsabilidade, em função da proteção do terceiro de boa-fé, do credor"*, e que *"a supressão (da limitação de*

[363] SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 110.

responsabilidade) acabaria por trazer mais ônus sociais e econômicos do que bônus, sob o pretexto de se operacionalizar a "justiça"".[364]

Não obstante toda argumentação acima exposta, há um dado empírico que em parte contesta essa conclusão. Segundo dados do DNRC, infelizmente defasados porque compreendem o período de 1985 a 2005. Neste período existiam 4.569.288 firmas individuais de responsabilidade ilimitada contra 4.300.257 sociedades limitadas. Os dados mais recentes da Junta Comercial do Paraná indicam a manutenção dessa tendência com o registro em 2011 de 21.927 empresários sem limitação de responsabilidade e 10.152 até junho de 2012. O raciocínio jurídico-econômico anteriormente desenvolvido justificaria um quadro diferente, com predomínio das sociedades que limitam responsabilidade dos sócios em detrimento das figuras onde não se limita a responsabilidade, mas os dados estatísticos contrariam essa premissa. Acrescente-se que em 2012 a Lei n. 12.441/2011 já estava em vigor, ou seja, essa tendência apontada nas estatísticas anteriores deveria ter sido revertida, mas foram apenas 1.043 EIRELI até junho de 2012, ou seja, não houve a migração maciça das firmas individuais ou empresários individuais em que não há limitação de responsabilidade para a nova figura jurídico-societária.

Em conclusão, são inegáveis os efeitos benéficos da limitação de responsabilidade em especial porque atua como elemento de incentivo da atividade empresarial que reflete sobre o desenvolvimento econômico e social porque estimula a criação de empresas que geram empregos, impostos e benefícios à comunidade em geral. Todavia, a responsabilidade limitada não pode ser o fim da EIRELI, mas o meio para que pequenos, médios ou grandes empresários possam atingir o objetivo

[364] MARTINS, Irena Carneiro. *A limitação da responsabilidade moderna e contemporaneamente: sua relevância para o direito e economia no Brasil*. Revista de Direito Empresarial, Curitiba: Juruá, n. 9, p. 195-216, jan/jun. 2008, p. 195/206.

de desenvolvimento atividades empresariais importantes que repercutam positivamente perante a comunidade na qual estão inseridas.

4. Alguns dados estatísticos da Junta Comercial do Estado do Paraná

Embora não seja possível traçar um quadro completo sobre a criação de EIRELI's, algumas estatísticas estão disponíveis. Utilizaremos os dados da Junta Comercial do Estado do Paraná para algumas análises:

MESES ANOS	EMPRESÁRIO		EIRELI		SOCIEDADE EMPRESÁRIA		SOCIEDADE ANÔNIMA		SOCIEDADE COOPERATIVA		OUTROS TIPOS SOCIETÁRIOS		TOTAL		%
	2011	2012	2011	2012	2011	2012	2011	2012	2011	2012	2011	2012	2011	2012	
Janeiro	1.644	1.433	0	32	2.229	1.978	38	49	4	18	5	4	3.920	3.514	-10,36%
Fevereiro	1.953	1.687	0	164	2.879	2.476	68	76	17	18	0	6	4.917	4.427	-9,97%
Março	2.015	1.908	0	234	3.061	2.761	55	47	9	13	5	24	5.145	4.987	-3,07%
Abril	1.757	1.491	0	193	2.647	2.329	55	162	12	17	6	11	4.477	4.203	-6,12%
Maio	2.023	1.982	0	212	3.098	2.660	72	71	12	15	2	17	5.207	4.957	-4,80%
Junho	1.847	1.651	0	208	2.978	2.429	83	51	21	19	10	24	4.939	4.382	-11,28%
Julho	1.838	1.847	0	212	2.997	2.724	24		16		7		5.082		
Agosto	2.142	1.764	0	271	3.296	2.856	75		21		4		5.538		
Setembro	1.993	1.474	0	240	2.748	2.134	141		23		8		4.913		
Outubro	1.786	1.654	0	221	2.565	2.499	63		18		3		4.435		
Novembro	1.609	1.397	0	215	2.482	2.133	79		18		8		4.196		
Dezembro	1.320	1.060	0	190	2.094	1.795	96		24		22		3.556		
Total	21.927	19.348	0	2.392	33.074	28.744	1.049	456	195	100	80	86	56.325	26.470	

Fonte: Junta Comercial do Paraná – Constituições de empresas e filiais – Dezembro de 2012. Reelaborado pelo autor.

O ideal seria uma separação de empresas e filiais, todavia, os dados estão englobados e isso prejudica a análise porque as filiais são desdobramentos de empresas já existentes. Além disso, o termo sociedade empresária pode incluir sociedades de responsabilidade ilimitada.

Comparativamente é possível verificar uma redução do número de constituição de empresas e filiais no ano de 2012 do tipo empresário e sociedade empresária, entretanto, não é possível afirmar que houve a

migração desses tipos para a EIRELI, pois a diferença entre os anos de 2011 e 2012 é superior ao número de empresas criadas. Por exemplo, o mês de junho: empresário -196 [1.847-1.651] e sociedade empresária -549 [2.978-2.429], enquanto foram criadas apenas 208 EIRELI no mês.

Com a EIRELI esperava-se a migração maciça da figura do empresário individual que possui responsabilidade ilimitada para a nova figura jurídica, todavia, os números ainda indicam uma procura elevada daquele tipo de inscrição perante a Junta Comercial. Uma justificativa pode ser o elevado valor do capital social necessário para a formação da EIRELI, que desestimula muitos interessados nessa nova figura.

De qualquer sorte, foram criadas até junho de 2012,2.392 EIRELI's, quase o mesmo número total de sociedades anônimas (também de responsabilidade limitada) criadas em 2011 (1.049).

5. Conclusão

A EIRELI é um instrumento jurídico que possibilita ao agente econômico viabilizar a circulação de riqueza através da criação de uma empresa que possui patrimônio autônomo e independente do seu titular que, assim, coloca seu patrimônio pessoal a salvo do risco que toda atividade empresarial carrega em maior ou menor grau.

O mecanismo utilizado pelo legislador é composto da atribuição de personalidade jurídica mediante registro, criando um novo sujeito de direitos e obrigações dotado, ainda, da limitação de responsabilidade para o titular da empresa.

A norma é eficiente como instrumento de incentivo para o desenvolvimento de atividades empresariais, todavia, a fixação do capital mínimo acaba por retirar em parte a eficiência ótima e gera uma barreira

de acesso aos interessados porque o valor é elevado para os padrões dos pequenos e médios empresários.

Embora eficiente, a norma gera custos de transação e externalidades que não podem ser negligenciadas. Isso porque, se de um lado a limitação de responsabilidade atomiza o risco empresarial de outro gera para os credores a necessidade de considerar esse elemento no momento da formação dos contratos, pois na celebração deverão levar em conta que a EIRELI não permite atingir o patrimônio pessoal do titular, e que a responsabilidade limita-se ao acervo destinado à empresa.

Do ponto de vista doutrinário a responsabilidade limitada é a melhor escolha para o agente econômico, pelo incentivo que representa, todavia, as estatísticas apontam em sentido pouco diverso ao demonstrarem que o número de empresários individuais de responsabilidade ilimitada é muito grande. É possível que essa escolha deva-se em parte ao desconhecimento da norma, ou a aversão à formação de sociedades porque se exige ao menos um sócio que potencialmente pode levar a conflitos internos. Infelizmente não existem pesquisas ou dados que possam aferir tais conclusões, mas no presente trabalho buscamos também levantar essa questão para futuras reflexões.

Através da AED é possível lançar uma nova luz sobre o estudo da responsabilidade limitada, muito diferente da dogmática tradicional, que se distanciou da realidade e por isso não mais consegue fornecer respostas adequadas às novas demandas da sociedade que precisa se desenvolver de forma sustentável.

6. Referências

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. São Paulo: Saraiva, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. O poder de controle na sociedade anônima. São Paulo: RT, 1977.

CORDEIRO, António Menezes. Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais. Lisboa: Lex, 1997.

GONÇALVES, Oksandro. A relativização da responsabilidade limitada dos sócios. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 2. ed. Trad. Coimbra: Arménio Amado, 1962. v. 2.

MACEY, Jonathan R. The limited liability company: lessons for corporate law. 1995. Faculty Scholarschip Series. Paper 1436, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1436, consultado em 17/06/2012.

MARTINS, Irena Carneiro. A limitação da responsabilidade moderna e contemporaneamente: sua relevância para o direito e economia no Brasil. Revista de Direito Empresarial, Curitiba: Juruá, n. 9, p. 195-216, jan/jun. 2008.

MELO, Cinira Gomes Lima. A limitação da responsabilidade do empresário individual. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Nova série. São Paulo: Malheiros, ano 44, n. 137, p.49-60, jan./mar. 2005.

MILLON, David. Piercing the corporate veil, financial responsability, and the limits of limited liability. Emory Law Journal, volume 56, 2007, number 5, p. 1309/1381, in http://www.law.emory.edu/fileadmin/journals/elj/56/5/Millon.pdf, consultado em 17/06/2012.

MOREIRA, Ricardo Guimarães. Sociedade limitada ou anônima fechada? O novo dilema dos empreendedores nacionais. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Nova série. São Paulo: Malheiros, ano 43, n. 133, jan./mar. 2004.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. Teoria Geral do Direito Civil. Coimbra: Coimbra Ed., 1996.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu. Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SALOMÃO FILHO, Calixto. O novo direito societário. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. A sociedade unipessoal. São Paulo: Malheiros, 1995.

SOUZA, Nadialice Francischini de. Natureza jurídica da EIRELI. Revista de Direito Empresarial, Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 9, n. 1, janeiro/abril, 2012, p. 155-164.

SPINELLI, Luis Felipe. A teoria da firma e a sociedade como organização: fundamentos econômico-jurídicos para um novo conceito. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Nova série, São Paulo: Malheiros, ano 46, n. 146, abr./jun. 2007.

SZTAJN, Raquel. Law and economics. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Nova série, São Paulo: Malheiros, ano 44, n. 137, p. 227-233, jan./mar. 2005.

_____. Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no novo Código Civil. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Nova série, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 43, n. 133, p. 7-31, jan./mar. 2004.

_____. Incerteza legal e custos de transação: casuísta jurisprudencial. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Nova série, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 49, n. 155/156, p. 40/49, agosto/dezembro 2010.

O dogma da regra per se na análise do ilícito antitruste

Felipe Braz Guilherme[365]

Sumário: 1. Introdução; 2. A Evolução Histórica do Debate entre as Regras da Razão e *Per se;* 3. Acordos entre Agentes Econômicos; 3.1 Acordos horizontais; 3.1.1 Cartéis; 3.1.1.1 Êxito do cartel: o pressuposto da racionalidade dos agentes econômicos; 3.1.1.2 Definição de mercado relevante; 3.1.1.3 Determinação da parcela de mercado; 3.1.1.4 Avaliação do poder de mercado; 4. O Dogma acerca da Regra *Per se;* 5. Referências

1. Introdução

O presente trabalho pretende aclarar o cenário de investigação dos ilícitos antitrustes, no tocante ao dogma criado pela doutrina brasileira acerca da possibilidade de aplicação da regra *per se*.

A atividade investigativa das autoridades de defesa da concorrência implica na necessidade de sistematização do procedimento de análise de possíveis restrições ao mercado. Destarte, se faz essencial relacionar os fatos e as alegações pertinentes para a avaliação, definindo uma

[365]Bacharel em Direito pela Universidade Positivo. Possui extensão em Teoria dos Jogos pela Stanford University e em Direito da Concorrência pela FGV Direito Rio. Integrante do Programa de Estudos em Energia e Infraestrutura do Georgia Institute of Technology. Membro Associado da ADEPAR. Membro Fundador do Brazil Infrastructure Institute. Sócio da Braz, Leal & Varasquim – Advogados.

metodologia analítica imperativa à decisão. Só assim poderá ser fixado o nível de profundidade que a investigação precisaria para assegurar a plausibilidade da decisão a ser tomada.

Não é apenas no direito concorrencial que a investigação que precede a aplicação do direito deve ser procedimentalizada. Trata-se de um tema comum à qualquer área do direito, que pressupõe a presença de critérios e métodos de "economia processual". Assim, após o cumprimento de tais procedimentos, o julgador estará autorizado a deliberar sobre a licitude ou ilicitude de uma determinada prática. Isso será possível somente após a obtenção de *certa* quantidade de informações aptas a legitimar dada decisão.

Portanto, o corrente estudo se propõe a demonstrar existência de um erro de compreensão subjacente na noção da regra *per se* e sua aplicação no direito antitruste brasileiro.

2. A Evolução Histórica do Debate entre as Regras da Razão e *Per se*

Em 2 de julho de 1890, em contrapartida às distorções econômicas provocadas pelo sistema liberal do fim do século XIX, o Congressonorte-americano promulgou o *Sherman Act*. Esse diploma tinha por objeto a tutela do mercado em face de seus efeitos autodestrutíveis. Portanto, proibiu-se todo e qualquer acordo ou contrato que viesse a restringir o mercado.

Porém, o Judiciário norte-americano se encontrava em uma vicissitude. Ao julgar acordos empresariais qualificados como restritivos, as defesas dos agentes econômicos alegavam que tais acordos seriam *razoáveis*, não causando prejuízos à concorrência. Assim, a *Supreme Court of the United States* achava-se em um dilema: deveria o Judiciário

investigar a razoabilidade dos efeitos das práticas anticoncorrenciais de todos os casos para condenar apenas as condutas que gerassem efeitos não razoáveis ou deveria condenar qualquer restrição ao mercado de modo *per se*?

Em 1897, ao julgar o caso *US v. Trans Missouri Freight Association*, a Suprema Corte norte-americana decidiu que a Lei Sherman vedava toda e qualquer restrição à concorrência, independentemente de sua razoabilidade. A discussão consistia na estipulação de preços de frete entre todos as companhias participantes da Associação de Frete de Estado de Missouri. Segundo a defesa da Associação, os valores fixados eram razoáveis e válidos com amparo no *common law*. Embora a Associação tenha sido vitoriosa em instância inferior, a Suprema Corte reformou a decisão deliberando que o *Sherman Act* vedava qualquer restrição à concorrência – *sem exceção* – e que o adjunto adnominal "Every" compreendia tanto as restrições razoáveis quanto as não razoáveis. Cumpre destacar que, em voto vencido, o Juiz Edward Douglass Whiteexpressou manifestamente a existência da *rule of reason* ao consignar em sua decisão que não seria suficiente a mera existência de uma restrição. Porém, este entendimento foi rechaçado pelo voto do Juiz Rufus Wheeler Peckham, que declarou não existir nenhum fundamento jurídico para aplicação da regra da razão, visto que o art. 1º do *Sherman Act* incidia sobre todos os tipos de restrição da concorrência.

Consequentemente, instaurou-se um debate que dividiu os juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos em duas posições: a *literalista* e a defensora da *razoabilidade*. A opinião literalista, defendida por Peckham, considerava ilícita todas as práticas que prejudicassem o livre comércio.[366] Já o entendimento em favor da regra da razão, patrocinado

[366] Nesse sentido, ver: PERITZ, Rudolph. A counter-history of antitrust law. *Duke Law Journal*, Durham, p. 264 e ss., 1990.

por White, afirmava que a Lei Sherman proibia apenas as condutas que restringissem a concorrência de forma não razoável.

Ocorre que o formalismo exacerbado da corrente literalista acabou pondo em cheque a própria eficácia do *Sherman Act*. Assim, após o julgamento do caso *Standart Oil Co. of New Jersey* v. *United States,* a Suprema Corte passou a interpretar o texto legal do *Sherman Act* como uma proibição somente à restrições não-razoáveis. Acentuamos a seguinte parte do julgado:

> *Many arguments are pressed in various forms of statement which in substance amount to contending that the statute cannot be applied under the facts of this case without impairing rights of property and destroying the freedom of contract or trade which is essentially necessary to the well-being of society, and which, it is insisted, is protected by the constitutional guaranty of due process of law. But the ultimate foundation of all these arguments is the assumption that reason may not be resorted to in interpreting and applying the statute, and therefore that the statute unreasonably restricts the right to contract, and unreasonably operates upon the right to acquire and hold property. As the premise is demonstrate to be unsound by the construction we have given the statute, of course the propositions which rest upon that premise need not be further noticed.*[367]

O sistema brasileiro de análise de ilícitos em matéria antitruste funda-se, em regra, no princípio da razoabilidade, advento dessa valiosa contenda da jurisprudência norte-americana, que flexibilizou a rigidez do *ShermanAct*.

Este critério, baseado na regra da razão, é fundamentado pela metodologia de avaliação individual, isto é, caso por caso. A análise

[367] *Standart Oil Co. of New Jersey* v. *United States,* 221 US 1, 70.

consiste na investigação dos efeitos líquidos das praticas possivelmente ilícitas, de modo a sopesar os ganhos positivos e negativos.

A análise fundamenta-se no *status quo* da concorrência, durante a constância do acordo analisado, em comparação com a sua ausência. Ou seja, determinam-se os efeitos competitivos líquidos do acordo com o fim de constatar se a integração irá aumentar a eficiência de uma determinada atividade econômica. Dessa forma, é avaliado se o acordo irá originar possíveis prejuízos à concorrência, fato que não ocorreria em sua ausência.

Em regra, o critério da razoabilidade será aplicado nos casos de condutas restritivas que – *em tese* – possam proporcionar ganhos de eficiência econômica.

A vertente mais intervencionista da *rule of reason* congrega objetivos de política social e industrial ao direito antitruste. As restrições à concorrência se justificam pela redistribuição de benefícios ao consumidor ou pela persecução de objetivos de política industrial. Tal entendimento é compartilhado pela legislação concorrencial comunitária.[368]

3. Acordos entre Agentes Econômicos

Os acordos entre agentes econômicos consistem em ajustamentos propensos à realização de um estado monopolístico. Em decorrência dos princípios constitucionais da livre concorrência (art. 170, IV, CF) e da repressão ao abuso de posição dominante (art. 173, § 4º, CF), tais acordos são regulamentados pela legislação antitruste. No art. 36, § 3º, I, da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, estão elencados os

[368]Em caráter mais particular, no art. 81 do Tratado de Roma (antigo art. 85, renumerado por força do art. 12º, 1, do Tratado de Amsterdã, de 2 de outubro de 1997).

acordos entre concorrentes que poderão caracterizar infração da ordem econômica. Contudo, para que sejam sancionados como infrações, é necessário que tenham por objeto ou possam potencialmente ocasionar os efeitos previstos nos incisos do art. 36 deste diploma legal.

Os acordos entre agentes econômicos se dividem em três espécies, sendo esses *horizontais, verticais* e *conglomerados*. Geralmente, a espécie de acordo é determinada pelo mercado relevante atuado pelo agente econômico.

Os acordos *horizontais* são aqueles que envolvem provedores de bens ou serviços que competem entre si. Concorrendo em um mesmo mercado (*geográfico* e *material*), os participantes estão em direta relação de concorrência.

Nos acordos *verticais*, os participantes não concorrem entre si. Porém, têm uma relação de fornecedor-produtor-cliente em uma mesma cadeia produtiva. É uma concentração que envolve empresas que operam em diferentes (porém, complementares) níveis da cadeia de produção ou distribuição.

Já os *conglomerados* são acordos que envolvem empresas que atuam em diferentes e não complementares níveis de atividade econômica. Sendo assim, não concorrem em um mesmo mercado, nem mesmo mantêm relações verticais.[369]James McCall, professor da *University of California*, expõe que as concentrações conglomeradas são subdivididas de acordo com seu objeto ou efeito, em:

a) conglomerações de expansão de mercado (*market extension*);
b) de expansão de produto (*product extension*);

[369]OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*.São Paulo: Renovar, 2004. p. 77.

c) de diversificação (ou *pura*).[370]

Deve-se à *Chicago School of Economics* grande contribuição sobre os acordos verticais. As autoridades antitruste norte-americanas, durante as décadas de 1950 e 1960, adotaram uma postura agressiva perante as concentrações verticais. Tais autoridades entendiam que a ligação entre agentes ecônomicos de um dado mercado relevante complementar era decorrente dos acordos aptos a privar os demais competidores de uma oportunidade digna de competição. Contudo, após a década de 1970, houve uma reestruturação dessa concepção. A partir das conquistas da Escola de Chicago, passou-se a entender que as concentrações verticais poderiam ser benéficas nos casos de um previsível advento de aumento de eficiência para o setor.[371]

Há de se ressaltar que tais dessemelhanças não possuem apenas finalidades pedagógicas. Tratam-se, pois, de destacar os distintos efeitos gerados pela concorrência. À medida que os acordos horizontais anulam a concorrência tocante aos agentes econômicos atuantes em um mesmo mercado relevante, os acordos verticais podem gerar efeitos anticoncorrenciais em três distintos mercados relevantes.[372]

Não obstante à importância das demais categorias de acordos, o presente trabalho se apoiará no estudo dos acordos horizontais devido à maior pertinência com a análise da regra *per se*.

3.1 Acordos horizontais

[370] McCALL, James. *Sum and substance of antitruste*. 2. ed. Culver City: Josephson-Kluwer, 1986. p. 251.
[371]FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 469.
[372] FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 396.

A concorrência coage agentes econômicos ao aperfeiçoamento de seus produtos, bem como a redução do preço de custo. Assim, diminui o lucro dos concorrentes de modo a tornar o processo de crescimento da empresa mais trabalhoso.

Buscando o domínio do mercado, os agentes procuram afastar a concorrência. É o caso de condutas como a execução de acordos restritivos ou a conquista de posição dominante. Nesse sentido, Phillip Areeda e Louis Kaplowretratam: “In the absence of legal impediments, competitors would like to join together in the hope of eliminating competition among themselves, thereby resstructing output and rising prices”. [373]

Os acordos horizontais não se limitam apenas às integrações entre agentes que produzam ou comercializam o mesmo produto. Cuida-se de agentes que se incluem na mesma definição de mercado relevante. Logo, agentes econômicos produtores de bens substitutos também integram este mercado. Em uma situação de aumento de preços, os bens substitutos começariam a ser consumidos.

Ocorre que a possibilidade de concorrência entre os produtos de agentes econômicos que acordam a elevação de preços configura uma concentração horizontal muito semelhante à conglomeração. Por isso, é indespensável o cotejo minucioso com as estruturas conglomeradas. Calixto Salomão Filhodestaca que:

> É interessante observar, de resto, que exatamente nos casos em que a formação de conglomerados pode ser ligada (ainda que longinquamente) às concentrações horizontais (ou verticais) é que se registram as poucas decisões considerando ilícita a sua constituição.[374]

[373] AREEDA, Phillip; KAPLOW, Louis. *Antitrust analysis*: problems, texts, cases. 4. ed. Boston: Little-Brown, 1988. p. 188.
[374] SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*:as estruturas. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 280.

Acordos horizontais dificilmente conferem eficiências econômicas relevantes. Com certa improbabilidade, poderiam conferir aprimoramentos na qualidade do produto, nas condições de oferta ou, quiçá, uma dedução expressiva de custos por ganhos de escala. Todavia, existem eficiências agregadas a *joint ventures* dedicadas à P&D compartilhada que, em decorrência do risco do investimento, devem ser permitidas.

É factível a realização de um acordo previsto pelo art. 36, § 3º, da Lei nº 12.529/2011, sem seja considerado infração da ordem econômica. Para tanto, é necessário que não produza nenhum dos efeitos prognosticados pelos incisos do caput do art. 36. Não é ilicita a associação entre agentes econômicos. A titulo ilustrativo, imagine-se as associações destinadas ao aumento da qualidade do produto. O que se veda são as alianças firmadas sob o pressuposto de viabilização de práticas anticompetitivas.

3.1.1 Cartéis

Os acordos horizontais que objetivam prejudicar a concorrência, quando pactuados por agentes econômicos pertencentes ao mesmo mercado relevante, serão intitulados cartéis. Nesse caso, ocorrerá a redução ou até a extinção da competição entre um grupo de empresas.

A organização de um cartel pressupõe a fixação da estrutura de oferta do produto, mantendo-se as participações do mercado. A partir de um procedimento sistêmico, todos os participantes poderão elevar os preços e auferir maiores lucros.[375]

[375] A doutrina estrangeira compartilha o mesmo entendimento. Nesse sentido, Volker Emmerich, catedrádico da *Universität Bayreuth*, define: "so stellt sich als Wesen eines Kartells

Ao conceituar a prática do cartel, Oliveira e Rodas definem:

> O cartel constitui um acordo entre concorrentes com o objetivo de maximização conjunta de lucro. Assim, em vez de as empresas concorrerem entre si, passam a coordenar suas ações de forma a obter os amiores lucros possíveis em detrimento dos consumidores. Quando ocorre este tipo de ação concentrada, a quantidade produzida é menor e o preço maior, reduzindo o bem-estar.[376]

É de suma importância a referência ao bem-estar, empregada pelos autores acima citados. Ao majorar arbitrariamente os preços, as empresas participantes do cartel apoderam-se do excedente do consumidor. Logo, os participantes transferem para si o capital da sociedade, reduzindo-lhes o bem-estar econômico.

A prática do cartel encontra-se tipificada pela Lei nº 12.529/2011. Para que um acordo constitua infração da ordem econômica é necessário que restrinja a concorrência ou conduza a incidência de qualquer inciso do art. 36 da referida lei. É um ato ilegal por ser desconforme a normas imperativas. Ao executá-los, os agentes econômicos seguem um fim inadmitido pelo ordenamento jurídico configurando a ilegalidade do ato.[377]

Em suma, configurar-se-á um cartel quando ocorrer um acordo entre empresas pertencentes ao mesmo mercado relevante, que tenha por

---

heraus, dass mehrere Unternehmen durch einen Vertrag ihr Verhalten auf dem Markt koordinieren, um dadurch den Wettbewerb untereinander auszuschliessen" (EMMERICH, Volker. *Kartellrecht*. München: Beck, 1994, p. 81). Igualmente, para Francesco de Franchis o cartel seria um "acordo tra imprese diretto a ridurre la concorrenza" (FRANCHIS, Francesco de. *Dizionario giuridico*. Milano: Giuffrè, 1996. p. 430).

[376]OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*.São Paulo: Renovar, 2004. p. 41-42.

[377]MESSINEO, Francesco. *Dottrina generale del contrato*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1948. p. 268-269.

objeto neutralizar a competição acarretando um dos efeitos elencados pelos incisos do art. 36, da Lei nº 12.529/2011.

3.1.1.1 Êxito do cartel: o pressuposto da racionalidade dos agentes econômicos

Ao analisar a conduta de um sujeito, o direito geralmente utiliza um exemplo de homem cujas diligências, sensibilidade e sentimentos éticos e morais representam a população em geral. Seria este o chamado “homem médio”.

A economia não é diferente. Ao analisar o homem, no tocante às questões de caráter econômico, é necessária a realização de suposições acerca do comportamento humano individual e social. Somente depois disso, poderia fazer generalizações, explicar ou entender um fenômeno econômico mais complexo.

A economia compreende o comportamento humano nas teorias econômicas a partir do pressuposto da racionalidade. Não há um consenso sobre a noção de racionalidade, bem como também existem inúmeras críticas ao pressuposto de racionalidade estrita.

O ganhador do Prêmio Nobel de Economia (2009), Oliver Eaton Williamson, rejeita o pressuposto neoclássico racionalidade substantiva ou maximizadora dos agentes econômicos. Williamson entende que a racionalidade é limitada, pois um comportamento seria racional, no sentido procedural, somente quando fosse a consequência de uma decisão acertada. Em face às oscilações e complexidades do setor econômico e da existência de *gaps* de informação e competência, a racionalidade dos agentes é desviada dos objetivos primários para a conquista de finalidades estabelecidas.

Todavia, o presente estudo irá discutir o conceito de racionalidade perante o contexto da escola neoclássica. Isto se deve à grande abordagem ao conceito estrito de racionalidade feito por esta escola.

Assim, um agente será racional quando seu agir for compatível com suas crenças ou teorias e com seus propósitos ou preferências. Quando estas crenças e preferências estiverem bem individualizadas, será possível versar sobre função utilidade e conceituar o agente racional como aquele que maximiza sua função de utilidade.Mark Blaug, professor emérito da *University of London*, acrescenta que: "where there is uncertainty about the future outcomes, rationality means maximizing expected utility, that is, the utility of an outcome multiplied by the probability of its occurrence".[378]

Se os agentes são racionais, sempre buscarão a maximização de seus lucros. Imagine a hipótese de certo produtor de soja *A*, que detenha a participação de mercado de 2%, realizar acordo com o produtor de soja *B*, possuidor de 3% de participação de mercado, de modo a fixar um limite em relação ao volume de soja a ser produzido. Nesse mesmo mercado existem dois outros concorrentes, sejam *C* e *D*, que competem pela liderança do mercado. O produtor *C* possui 40% de mercado, ao passo que o produtor *D* detém 45% de participação. *A* e *B* não poderão ser punidos pelas autoridades antitruste, pois por mais que tenham realizado a conduta prevista no art. 36, § 3º, I, da Lei nº 12.529, não irão gerar os efeitos dispostos no caput do art. 36. Mesmo que juntos, os produtores *A* e *B* não possuiriam mais que 5% de *market share*, não gerando efeitos sobre o mercado. Aí, retoma-se a ideia da racionalidade dos agentes. Pois veja, por qual razão *A* e *B* concretizariam um acordo que – por evidente – à eles próprios seria prejudicial?

Não há justificativa plausível para a execução de tal acordo. Nesse sentido é que se aplica o pressuposto da racionalidade dos agentes econômicos. Conforme assinala Luiz Fernando Schuartz:

[378] BLAUG, Mark. *The methodology of economics*. 2. ed. New York: Cambridge University Press, 2006. p. 229.

> se os agentes são racionais e se os mesmos decidem participar de um acordo dessa natureza, pode-se afirmar que eles detêm – pelo menos em conjunto – o poder de mercado que está sendo de fato utilizado no sentido da produção da perda de bem-estar (um aumento de preços a um nível superior ao competitivo e uma redução da oferta a um nível inferior ao competitivo).[379]

Contudo, existem condições necessárias para o sucesso dos cartéis que merecem atenção. Ao elevar os preços além do patamar competitivo, incentivam-se comportamentos oportunistas por parte dos participantes do cartel. É o caso da fraude ao acordo que objetiva a redução da oferta de determinado produto. Nesse caso, uma das empresas compartes aumentará sua oferta sem o conhecimento das demais. Em razão da escassez do produto previamente pactuada, o *cheater*[380] irá auferir lucros superiores devido à maior quantidade ofertada.

Existem fatores que auxiliam a identificação de fraudes nos cartéis, os quais são:

a) minoração do número de empresas envolvidas e a concentração do mercado em questão;

b) disponibilidade de informações públicas ou confiáveis sobre os preços praticados e a quantidade ofertada;

c) diminuição das flutuações autônomas de preços; e

d) semelhança e concentração das vendas em poucos canais de distribuição.

[379] SCHUARTZ, Luiz Fernando. Ilícito antitruste e acordos entre concorrentes. In: POSSAS, Mario Luiz (Coord.). *Ensaios sobre economia e direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2002. p. 121.

[380] Expressão inglesa para denominar a empresa fraudadora do cartel.

Tais fatores são de natureza estrutural, pois vinculam-se às características dos produtos envoltos no setor da economia avaliado. Além disso, também há um mecanismo interno que facilita a manutenção do cartel chamado de *trigger prices*.

Nesse caso, as empresas participantes disponibilizam coordenadamente de informações sobre o preço de mercado e das demais empresas do cartel através de preços fixados por um dado agente que avisará os demais acerca do nível adequado para a maximização dos lucros.

Na Alemanha, por exemplo, a *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* ("GWB")[381] prevê certas isenções à proibição geral, ao conferir ao *Wirtschaftsminister*[382] o poder de autorizar a formação de cartéis quando for necessário.[383]É inegável que o direito concorrencial alemão possui forte tendência corporativa, uma vez que foi originado pela *Gesetz gegen den unlauteren Wettbwerb* ("UWG"), lei que tutelava especificamente a lealdade da competição em detrimento da liberdade de competir. A UWG dispunha que eram ilegais apenas os atos contrários às boas práticas comerciais (*die gegen die gutten Sitten verstossen*). Porém, consigne-se que esta política concorrencial ocasionou a formação de inúmeros cartéis e monopólios que eram formalmente admitidos pelo *Reichsgericht*. A Alemanha passou a ser uma espécie de *Land der Kartelle*, conforme expressão do Professor Wernhard Möschel, catedrático da *Universität Tübingen*.[384] Assim, a defesa da concorrência alemã começou ser eficaz apenas com a

[381] Lei de Defesa da Concorrência alemã.
[382] Ministro da Economia alemão.
[383] Nesse sentido, Volker Emmerichcorrobora que: "[das Kartell zugelassen wird] aus überwiegenden Gründen der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls" (EMMERICH, Volker. *Kartellrecht*. München: Beck, 1994. p. 81).
[384]MÖSCHEL, Wernhard. *Recht der wettbewerbsbeschränkungen*. Köln-Berlin-Bonn-München: Carl Heymanns, 1983. p. 19.

promulgação da citada GWB que passou proteger a *liberdade* de competição.

3.1.1.2 Definição de mercado relevante

A definição de um mercado relevante baseia-se em um processo de identificação do conjunto de agentes (consumidores e produtores) que, de forma efetiva, limitam as decisões referentes a preços e quantidades da empresa resultante da operação. O conceito de *mercado relevante*, ou *mercado de causa*, não se refere a toda atividade econômica e sim a segmentos delineados, em que os contornos devem ser pesquisados e estabelecidos para a caracterização da infração da ordem econômica.[385]

Forgioni leciona que o mercado relevante "é aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado".[386]

A conceituação do mercado relevante se divide em duas dimensões, sendo uma *material* e outra *geográfica*. A própria noção de mercado relevante é relativa, pois só terá sentido com a concreta definição geográfica e material do mercado dominante.[387] Conforme Salomão Filho, a concisa definição de mercado relevante, além da dimensão geográfica e material, comporta uma *dimensão temporal*, a qual já se apresentaria de forma implícita na análise tradicional, ao se inquirir a existência de barreiras à entrada.[388]

---

[385]COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*: direito de empresa, v. 1. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 219.
[386]FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 231.
[387] SANTOS, Antonio Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito Económico*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 393.
[388]SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*:as estruturas. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 98.

A dimensão geográfica do mercado é de suma importância, pois um Estado dotado de extenso território, como é o caso do Brasil, em tese, é composto de várias "diferenças regionais existentes em termos econômicos e mesmo culturais".[389] A dimensão geográfica determinar-se-á, então, pela área geográfica para qual a venda dos produtos será economicamente viável.

A dimensão material do mercado relevante é baseada, *a priori*, na perspectiva do consumidor. Em outras palavras, o mercado relevante determina-se nos termos dos produtos que o compõe. Se o consumidor possui a oportunidade de substituição do produto que infringe a ordem econômica por outro produto de igual qualidade, disponível na mesma região, o mercado relevante abrangerá todos os produtos possivelmente substitutos.

Fábio Ulhoa Coelho salienta que a "definição do mercado relevante é casuística e leva em conta duas variáveis, a geográfica e a material. Essa última se delineia a partir da perspectiva do consumidor".[390]

Para a constituição da definição de mercado relevante, os seguintes elementos devem ser observados:

a) identificação das relações de concorrência;

b) fungibilidade dos produtos;

c) elasticidade cruzada da oferta e da demanda (*cross elasticity)*;[391]

d) hábitos do consumidor;

---

[389]COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*: direito de empresa, v. 1. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 219.

[390]COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*: direito de empresa, v. 1. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 219.

[391] Nesse sentido: "when cross-elasticity is high, the two products should be included in the same market" (AREEDA, Phillip; KAPLOW, Louis. *Antitrust analysis*: problems, texts, cases. 4. ed. Boston: Little-Brown, 1988. p. 576).

e) incidência de custos de transporte;

f) características do produto;

g) incentivos de autoridades locais à produção ou comercialização; e

h) barreiras à entrada de novos agentes.[392]

Em relação aos hábitos dos consumidores, deverá ser observado até onde o consumidor está disposto a deslocar-se do lugar onde se encontra para a aquisição de outro produto similar ou idêntico. Como são raras as ocasiões em que o consumidor afasta-se de sua residência para adquirir produtos de seu uso pessoal, geralmente os hábitos dos consumidores são determinados pela definição do mercado relevante geográfico em bases locais.[393]

A incidência dos custos de transporte constitui um dos mais influentes fatores na determinação do mercado relevante geográfico. Conforme Thomas Sulivan e Jeffrey Harrison, os produtores locais estão frequentemente em posição de *independência* e *indiferença* em relação a agentes econômicos localizados em áreas diversas.[394]

A respeito das barreiras à entrada, Oliveira e Rodas[395] lecionam que estas constituem-se por:

a) economias de escala;

b) economias de escopo;

[392] FGV Direito Rio. *Direito econômico regulatório*: Série Direito Empresarial, v. 1. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008. p. 67.
[393] FRIGNANI, Aldo; OSTI, Cristóforo. 20 mesi di legge antitrust italiana. *Diritto del Commercio Internazionale*, 6(2)/333-359, jul.-dez. 1992.p. 353.
[394] SULLIVAN, E. Thomas; HARRISON, Jeffrey L. *Understanding antitrust and its economic implications*. 2. ed. New York: Matthew Bender, 1994. p. 219.
[395]OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*.São Paulo: Renovar, 2004. p. 122.

c) requisitos de capital mínimo para a entrada elevados (tanto para a produção quanto para a distribuição);

d) fatores institucionais (tarifas, cotas e regulações sanitárias);

e) tecnologia de difícil acesso (protegidas por patente, etc);

f) custo de aprendizado;

g) acesso difícil a matérias-primas;

h) grau de fidelidade do consumidor à marca; e

i) parcela de custos irrecuperáveis.

O critério da elasticidade cruzada para determinação do mercado relevante material foi aplicado pela primeira vez pela Suprema Corte Americana no caso *Du Pont*.[396]

3.1.1.3 Determinação da parcela de mercado

Para uma empresa ou um grupo de empresas não ter, unilateral ou coordenadamente, a capacidade de mudar suas condutas (exercer poder de mercado), como alterar preços, qualidade e quantidade, é necessário que sua oferta seja muito pequena em relação à oferta total do mercado. Isto acontece devido à possibilidade dos consumidores optarem pelas empresas rivais, tendo em vista que a oferta total do mercado é maior que das empresas separadamente.

No caso de uma empresa, ou um grupo de empresas, ter uma oferta muito alta em relação à oferta total no mercado relevante, esta terá a capacidade de mudar suas condutas, ou seja, exercer poder de mercado. Isso decorre do fato das empresas concorrentes não terem capacidade de atender parte substantiva da demanda. Dessa forma, a empresa ou o

[396] *United States v. E. I Du Pont de Nemeours e Co.*(351 U.S. 377 – 1956).

grupo terá uma parcela suficientemente alta do mercado relevante, podendo exercer o poder de mercado.

Para analisar se a concentração irá gerar o controle de parcela do mercado suficientemente alta para viabilizar o exercício coordenado de poder de mercado, a Seae e a SDE determinam a verificação do coeficiente C_4. Este, é constituído pelas quatro maiores empresas do mercado após a operação e obtido por meio da soma aritmética das participações de mercado dos quatro agentes com maior parcela de mercado. Se o C_4 for igual ou superior a 75% e a participação da nova empresa, formada em decorrência da operação, for igual ou superior a 10% do mercado relevante viabiliza-se o exercício coordenado do poder de mercado.

Porém, o método mais utilizado de conferência do grau de concentração de mercado é o *Herfindahl-Hischman Index* (HHI). Esse índice, adotado pelas *Mergers Guidelines*[397] de 1984 e 1992, baseia-se na soma dos quadrados das quotas de participações de mercado de todas as empresas que nele atuam. Conforme esse raciocínio, os mercados que, após o ato de concentração, obtivessem HHI < 1.000 seriam mercados de baixo nível de concentração, permitindo a aprovação da operação sem restrições. Os mercados com 1.000 < HHI < 1.800 seriam classificados como mercados com nível de concentração moderado, e suas operações aspirariam aprovação sem restrições sempre que a elevação do índice, em decorrência da operação, fosse inferior a 100. E os mercados com HHI > 1.800 se classificariam em mercados altamente concentrados, tendo a possibilidade das operações de concentração serem aprovadas apenas caso o incremento de participação dos agentes envolvidos for inferior a 50. Nos casos entre 50

[397] *Mergers Guidelines* são um conjunto de normas internas promulgadas pela *Antitrust Divisionof the United States Department of Justice* (DOJ) em conjunto com a *Federal Trade Comission* (FTC).

e 100 a Seae e a SDE irão avaliar as características específicas do mercado, como, por exemplo, as barreiras à entrada, potenciais entrantes, poder de mercado dos clientes, entre outras especificidades. Por fim, se o HHI for superior a 100, é ínfima a chance de aprovação da operação.[398]

3.1.1.4 Avaliação do poder de mercado

O exame da probabilidade de exercício de poder de mercado é de fundamental importância para o procedimento de analise econômica dos acordos horizontais. A partir deste procedimento, serão relatados os fatores que determinam a probabilidade do exercício de poder de mercado. A determinação da parcela de mercado é uma condição necessária para a análise. Porém, não é suficiente, pois não determina claramente que uma operação terá impactos negativos sobre o bem-estar do consumidor e da concorrência.

Essa etapa do procedimento fundamentar-se-á, em linhas gerais, nas importações e na entrada de novos competidores no mercado.

As importações serão estudadas a partir de três perspectivas:

a) possibilidade de importar;

b) entrada na atividade de importação; e

c) rivalidade entre as empresas no mercado.

A *possibilidade de importar* é determinada pelo número de participação das importações. Mediante esse entendimento, quando o número de participação das importações for diminuído, aumenta-se, consequentemente, a probabilidade de exercício do poder de mercado. O aumento das importações em quantidades e prazos razoáveis em

[398] FGV Direito Rio. *Direito econômico regulatório*: Série Direito Empresarial*,* v. 1. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008. p. 69.

resposta a um "pequeno mas significativo e não transitório" aumento de preço é também uma possibilidade considerada.

A possibilidade de importar é deduzida por meio de um raciocínio baseado em determinados fatores. Esses fatores são as informações de que os produtos importados tenham exercido uma disciplina efetiva nos preços domésticos, as tarifas de importação, os custos de internalização dos produtos importados, a existência de barreiras não-tarifárias, as preferências dos consumidores e, por fim, os preços internacionais.

A *entrada de novos competidores no mercado* irá se fundamentar na possibilidade desse acontecimento. A entrada terá três definições, as quais são a *probabilidade*, a *tempestividade* e a *suficiência*.

A entrada será *provável* quando for economicamente lucrativa no longo prazo, a preços de vigentes antes do ato de concentração, garantidos pela possível empresa que adentra no mercado. Sendo assim, a probabilidade ocorrerá quando o mais baixo nível de vendas anuais, que uma possível empresa entrante deverá ter, forem inferiores às oportunidades de venda no mercado a preços anteriores ao ato de concentração que apresenta efeitos anticoncorrenciais.

A *tempestividade* trata do tempo necessário ao ingresso do agente no mercado. Segundo a Seae e a SDE, o prazo socialmente aceitável para a entrada será o período de dois anos. Serão inclusos nesse prazo todas as etapas necessárias para a entrada no mercado, como o planejamento, desenho do produto, estudo do mercado, obtenção de licenças e permissões, construção e operação da planta, promoção e distribuição do produto.[399]

A *suficiência* será a exigência de que a entrada permita o retorno dos preços para os níveis de pré-concentração. Sendo assim, permite

[399] Portaria Conjunta Seae/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001.

que todas as oportunidades sejam adequadamente exploradas pelos entrantes em potencial.

Para uma adequada remuneração capital do possível entrante, deverão ser observadas as *Escalas Mínimas Viáveis* (EMV) que se compõem pelo menor nível de vendas anuais que este deverá obter. Essa remuneração corresponde à rentabilidade que o volume de recursos investidos na entrada facultaria adquirir em uma aplicação correlata no mercado financeiro, adequada ao risco do setor em que se objetiva a entrada.

As EMV são essências para a análise de barreiras à entrada, pois na proporção em que se elevam as barreiras, maiores são as *escalas*.

As barreiras à entrada caracterizam-se por restrições à novos agentes econômicos que, apesar de eficientes, tem sua entrada barrada em decorrência de fatores como:

a) *sunk costs*;[400]

b) barreiras legais ou regulatórias;

c) recursos de propriedade exclusiva das empresas instaladas;

d) economias de escala e/ou escopo;

e) grau de integração da cadeia produtiva; e

f) fidelidade dos consumidores às marcas estabelecidas e ameaça de reação dos competidores instalados.[401]

[400] *Sunk costs* são custos sem possibilidade de recuperação, no caso da empresa decidir sair do mercado.

[401] Portaria Conjunta Seae/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001.

Fábio Nusdeo corrobora que as barreiras à entrada são "um obstáculo ao acesso de novas unidades produtoras em virtude da posição de privilégio que conferem às já atuantes num dado mercado".[402]

É possível a imposição de barreiras à entrada por parte dos próprios agentes, em face do exercício da respectiva potência econômica. De acordo com o economista austríaco Fritz Machlup, o governo poderá ser usado como instrumento para a imposição de barreiras à entrada e eliminação da concorrência, por parte dos agentes econômicos. Machlup compreende que:

> *[the] practices by which men in certain occupations, businessmen in certain industries, attempt to influence government to intervene in their behalf and protect them from 'newcomers' competition may, from some points of view, be regarded as 'monopolistic business practices.*[403]

É o exemplo dos agentes econômicos que pressionam a elevação das tarifas alfandegárias praticadas para os produtos similares estrangeiros declarando como finalidade a proteção da indústria nacional.[404]

A Escola de Chicago defende um pensamento de que não há a necessidade de um controle da concorrência, em casos de mercado competitivo. É peculiar sua posição sobre as barreiras à entrada. Os economistas de Chicago defendem que é dispensável o exercício do controle do comportamento das empresas em *contestable markets*, ou

[402] NUSDEO, Fábio. Abuso do poder econômico. *Enciclopédia Saraiva do Direito,* v. 2. São Paulo: Saraiva, 1977. p.125.
[403] MACHLUP, Fritz. *The political economy of monopoly*: business, labor and government policies. Baltimore: The John Hopkins Press, 1952.p. 118.
[404] MACHLUP, Fritz. *The political economy of monopoly*: business, labor and government policies. Baltimore: The John Hopkins Press, 1952. p. 118.

seja, quando não houver barreiras à entrada e a saída de novos agentes econômicos, pois o domínio seria exercido pelo próprio mercado.[405]

Ao exame da probabilidade de exercício do poder de mercado cabe, ainda, uma distinção de suma importância sobre os mercados de produtos homogêneos e diferenciados.

Nos mercados de produtos homogêneos verifica-se o aumento da probabilidade do exercício do poder de mercado de forma unilateral conforme quantidade de consumidores que não possam desviar suas compras para provedores concorrentes. Os mercados de produtos diferenciados operam no mesmo sentido, porém, é inerente aos consumidores a possibilidade de desviar suas compras para provedores de produtos substitutos.

4. O Dogma acerca da Regra *Per se*

É notável que certos acordos entre agentes econômicos apresentem uma probabilidade tão alta de causar danos à concorrência que excluem a possibilidade da geração de efeitos pró-competitivos significativos.

Geralmente, tais acordos não justificam o tempo e os custos necessários para um exame específico de seus efeitos. Assim, tão logo identificados, são questionados como ilícitos *per se*. Estes seriam aqueles acordos que sempre serão propícios a aumentar preços ou reduzir a quantidade ofertada.

Segundo o *U.S*. *Department of Justice* e o *Federal Trade Commission*, o critério de análise *per se* consiste na presunção dos tribunais de que os acordos que geralmente tendem a aumentar os preços ou a reduzir a quantidade ofertada, como é o caso do cartel *hard-*

[405] CAROLI, Matteo. *La regolamentazione dei regimi concorrenziali*. Milano: Giuffrè, 1990. p. 33.

core, são considerados ilegais assim que identificados. Não há, portanto, uma análise específica sobre os objetivos comerciais alegados, os danos anticompetitivos, os benefícios pró-competitivos ou os efeitos competitivos líquidos.

A própria jurisprudência do CADE já decidiu nesse sentido, em voto de lavra do Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado:

> os cartéis geram apenas efeitos negativos do aumento de poder de mercado, sem qualquer efeito de aumento de eficiência. Portanto, cartéis, particularmente, cartéis clássicos são sem qualquer ambiguidade, nocivos ao bem-estar dos consumidores, e são consequentemente um delito *per se*, sem possibilidade de qualquer mitigação, por argumentos da regra da razão.[406]

A literatura econômica também entende que os cartéis *hard-core* não produzem efeitos líquidos positivos sobre o bem-estar social. Nesse sentido, Dennis W. Carlton e Jeffrey M. Perloff ponderam que:

> Em qualquer mercado, as empresas têm incentivos para coordenar suas atividades de produção e fixação de preço para aumentar os lucros coletivos e individuais por meio da restrição da quantidade total ofertada e aumentar o preço de mercado. Uma associação de empresas que explicitamente concorda em coordenar suas atividades é

[406]CADE, Processo Administrativo nº 08012.002127/02-14, Secretaria de Direito Econômico *ex officio* v. Sindicato da Indústria de Mineração de Pedra Britada do Estado de São Paulo (Sindipedras) e outros, Relator Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado, Acórdão publicado no DOU em 01.08.2005. Vale destacar a caracterização do cartel conferida pelo Relator em seu voto: "Mesmo abandonando-se a premissa de concorrência perfeita, os efeitos negativos para o bem-estar dos consumidores de cartéis são determinados de forma conclusiva por economistas das várias correntes de pensamento econômico. Quando bem-sucedidos os cartéis elevam preços acima do que seria possível na ausência de coordenação das decisões alocativas. Os consumidores, inclusive empresas ou governo, são compelidos a pagar preços mais elevados ou não consumir esses produtos. Em muitos casos, portanto, os cartéis reduzem o nível de produção para viabilizar seus níveis de preços: apropriam-se dos excedentes econômicos e da renda dos setores que consomem seus produtos. Finalmente, ao ficarem protegidas da competição e rivalidade, as empresas cartelizadas são desestimuladas a controlar seus custos ou inovar. Dessa forma pode-se afirmar que cartéis são sempre (e sem qualquer exceção) nocivos à eficiência de uma economia de mercado".

> chamada de cartel. Um cartel que inclua todas as empresas no mercado é, com efeito, um monopólio, e as empresas-membro dividem os lucros de monopólio.[407]

Não se discute a possibilidade de existência de determinado cartel *hard-core* que venha a ser neutro do ponto de vista da concorrência ou até mesmo pró-competitivo. Entretanto, há de se atentar que isto seria a exceção da exceção. Além disso, o fato de uma autoridade antitruste condenar certa prática de modo *per se* não significa que deverá condenar, sem análise específica, todas as variações desconsideradas daquela prática em todos os contextos possíveis. Nessa diretriz, foi a decisão da Corte de Apelação dos Estados Unidos do 3º Circuito, em voto de lavra do Juiz Federal Francis Lund Van Dusen:

> *Any judicially, as opposed to legislatively, declared per se rule is not conclusively binding on this court as to any set of facts not basically the same as those in the cases in which the rule was applied. In laying down a rule, a court would be, in effect, stating that in all the possible situations it can think of, it is unable to see any redeeming virtue in . [the practice involved] which would make them reasonable.... Therefore, while the per se rule should be followed in almost all cases, the court must always be conscious of the fact that a case might arise in which the facts indicate that an injustice would be done by blindly accepting the per se rule. [408]*

A decisão do caso *Jerrold Electronics Corp* deixa claro que a regra *per se* consiste num simples exemplo de presunção existente no direito antitruste. Assim, preços acordadosentre concorrentes poderão ser condenadossem a necessidade de provade poder de mercado. Isto pois,

[407] CARLTON, Dennis W; PERLOFF, Jeffrey M. *Modern Industrial Organization*. 3. ed. New York: Addinson-Wesley Longman, 2000. p. 121.
[408] *United States v. Jerrold Electronics Corp*., 187 F. Supp. 545, 556 (E.D. Pa. 1960), aff'd mem., 365 - U.S. 567 (1961).

conforme já salientado, é pressuposto da análise econômica que os agentes são dotados de racionalidade. Sendo racionais, irão sempre buscar a maximização de seus lucros. Acordos de fixação de preços, *por óbvio*, serão somente lucrativos nas hipóteses em que possibilitem as empresas deterem poder de mercado conjuntamente, para que, por consequência, possam aumentar os preços e reduzir as quantidades ofertadas. Desse modo, fica claro que prova do fato do acordo é satisfatória para a conclusão acerca da perda de bem-estar econômico. Porém,o poder de mercado, o efeito ejustificação da prática poderão ser considerados quando, por exemplo, a eliminaçãoda concorrência de preçosentre os colaboradoresfacilitar a produção debaixo custoou de distribuição.

Nesse sentido, Phillip Areeda, Professor da *Harvard University* e considerado "*Top Authority on Antitrust Law*" pelo *The New York Times*, já declarou:

> *There is no good reason to make that expenditure if the conduct in question totally lacks redeeming virtue, such that the only thing to be said in the defendants' favor is that they tried to harm the public but might possibly have lacked the power to do so.*[409]

Assim, Areeda[410] define que as premissas de aplicação da regra *per se* seriam:

a) A fixação de preços, que étentadoraaos empresários, mas perigoso para a sociedade, configurando uma condutaaltamenteperniciosa.

[409] AREEDA, Phillip. *The "Rule of Reason" in antitrust analysis*: general issues. Washington: The Federal Judicial Center, 1981. p. 21.
[410] AREEDA, Phillip. *The "Rule of Reason" in antitrust analysis*: general issues. Washington: The Federal Judicial Center, 1981. p. 22.

b) Os benefíciossociaisconcebíveis que são ínfimos, de pequena magnitude, especulativana ocorrência e sempre como pressuposto aexistência depoderde fixação de preçosque é susceptível deser exercidoadversamenteao interesse público.

c) A tolerância que implica num fardo desupervisão contínuapelos tribunais, que se considerammal adaptadospara o efeito.

d) Aproibição categóricaofereceuma instrução clarapara os empresários, bônus de sançõesfortes contraos infratores, e, assim,diminuiráa probabilidade da práticaperniciosa defixação de preços se promover.

Logo, não é viável, nem tampouco justificável, a manutenção de toda a demanda de processos administrativos, contra cartéis de fixação de preço, que poderiam ser julgados de maneira eficaz e célere com a devida aplicação da regra *per se*, em decorrência de hipóteses ínfimas e miraculosas em que, talvez, gerariam um efeito positivo ao mercado.

A doutrina dominante entende que abordagem *per se* é aquela inerente às práticas restritivas em que não se podem associar ganhos de eficiência significativos. Portanto compreende-se que não se discutem os efeitos da prática investigada, bastando a prova de sua ocorrência para a caracterização do ilícito.

A legislação antitruste brasileira prevê a chamada *rule of reason* em seu art. 88, mediante concessão de autorizações para práticas restritivas de concorrência, que deverão ser submetidas à apreciação do CADE.

O art. 36, caput, da lei de defesa da concorrência dispõe sobre os atos que tenham por objeto ou possam produzir os efeitos nele listados, constituindo infração à ordem econômica. Posteriormente, o § 3º discorre acerca das condutas que caracterizam infração à ordem econômica.

É de razoável consentimento da literatura que a efetiva caracterização do ilícito antitruste encontra-se no caput do art. 36, sendo a lista do § 3º meramente exemplificativa. Assim, a conduta que se enquadra ao que dispõe o § 3º, mas não produz os efeitos elencados no caput do art. 36, não caracterizará ilícito. Ou seja, a conduta em que não há produção ou inexista a possibilidade de produção dos efeitos listados no caput do art. 36, não constitui infração à ordem econômica.

A doutrina e a jurisprudência brasileiras tendem a conclusão de que o disposto no art. 36 da Lei nº 12.529/11 rejeitaria a existência do critério de análises *per se*, principalmente em casos de inexistência de poder de mercado. Isso pelo fato de não ser suficiente a comprovação das condutas dispostas no § 3º do art. 36 para a caracterização de ilícito, sendo necessária uma análise em que constatasse os efeitos previstos no caput daquele artigo.

Inclusive, Salomão Filho endossa referido entendimento, ao dispor que "é conclusão pacífica e resultado adquirido do direito brasileiro o *não-tratamento de qualquer conduta como um ilícito per se*".[411]

A própria Resolução nº 20/99, do CADE, dispõe que a análise de condutas anticoncorrenciais deverá ser rigidamente investigada. Desse modo, em observância aos acordos que não configuram cartel, implicando reduzidos efeitos anticoncorrenciais e elevados benefícios pró-concorrência, torna-se necessária a sensata aplicação da regra da razão.

A partir daqui, começamos a discorrer sobre o *verdadeirodogma* criado em torno da regra *per se* no direito antitruste brasileiro.

Como bem enfatiza Richard Posner,[412] toda análise legal é *per se* em um grau ou outro. Ocorre que a regra *per se* define que quando

[411] SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*: as condutas. 1.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 263.

possuímos certa quantidade de informações sobre uma determinada prática, a autoridade terá legitimidade para julgar, dispensando demais investigações.

Uma autoridade ao iniciar uma investigação irá coletar por primeiro as informações mais importantes e de fácil alcance, até atingir certo estágio de investigação em que o custo marginal de aquisição de mais excedentes irá majorar a literalidade da decisão final. Se o custo para a obtenção de certa informação é muito alto, ao passo que as chances de aprimorar a decisão final são pequenas, a autoridade não irá buscar a informação.[413]

Em um caso analisado pela regra da razão, a autoridade, bem como as partes, não irão coletar todas as informações marginais relevantes. Serão buscadas as informações suficientes para a satisfação de certas presunções, pois toda investigação é interrompida em algum momento.

O rótulo *per se* refere-se – pura e simplesmente – a uma classe de situações em que se entende apropriada a interrupção da investigação antitruste em um estágio relativamente antecipado, também instruindo a autoridade sobre a forma como a busca será cessada. Portanto, mesmo na regra *per se* certas informações são relevantes, enquanto outras não são.

Sobre a diferença entre a regra *per se* e a regra da razão, Herbert Hovenkamp registra: "The difference (…) standard lies in how much we need to know before we can make that decision."[414]

O cartel[415]*hard-core* é um típico exemplo de ilícito *per se*. A prova da existência de acordo de fixação de preços é, geralmente, suficiente para

---

[412] POSNER, Richard. The Rule of Reason and the Economic Approach: Reflections on the Sylvania Decision, 45 *University of Chicago Law Review* 1, Chicago, p. 14-15, 1977.
[413] Justice Stevens' statement in the *Maricopa County* case, § 5.6a.
[414] HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy*: the law of competition and its practice. St. Paul: West Publishing Co., 1994. p. 228.

autorizar a conclusão de que se trata de conduta cujo efeito líquido sobre o bem-estar social é negativo.

A análise de uma conduta com o objetivo de decidir sobre a caracterização de um ilícito antitruste deverá possuir argumentos suficientemente consistentes para o embasamento de uma decisão final. Faz-se mister a existência de argumentos que discorram sobre a natureza dos efeitos líquidos, em relação à concorrência, derivados da conduta praticada.

A definição de certa conduta como ilícito *per se* não faz alusão a uma possível independência em relação ao efeito anticompetitivo. O que ocorre, no caso da regra *per se*, é uma autorização para sintetizar o caminho de análise necessário para a prova de que o efeito é realmente anticompetitivo.

É aí que reside "erro conceitual subjacente à opinião dominante" sobre o conceito da regra *per se*. Como afirma Schuartz, toma-se "*presunção bem fundada* (dado certo estágio de conhecimento e a experiência prática acumulada) do nexo de causalidade entre determinado tipo de conduta e efeito anticompetitivo como *indiferença jurídica* no tocante à *própria existência do referido nexo causal.*"[416]

Logo, a opção de uso da "regra de economia processual" está estritamente vinculada ao cenário investigativo do ilícito concorrencial. Outrossim, a sua aplicabilidade se enquadra somente à condição de racionalidade conferida ao próprio critério. Caracterizar um ilícito como *per se* não denota uma independência em relação à essência dos efeitos

[415] Cumpre salientar que o conceito de *cartel* refere-se a uma associação de agentes econômicos que, de forma expressa ou tácita, acordam em coordenar as decisões estratégicas no tocante a variáveis relevantes do ponto de vista concorrencial. Dessa forma, os cartéis de preços enquadram-se em somente uma dentre muitas espécies de cartel.

[416] SCHUARTZ, Luiz Fernando. Ilícito antitruste e acordos entre concorrentes. In: POSSAS, Mario Luiz (Coord.). *Ensaios sobre economia e direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2002. p. 121. p. 118.

concorrenciais. Tanto a análise sob a regra da razão quanto sob a regra *per se* têm por finalidade alcançar os efeitos líquidos do ilícito investigado. Por isso, Hovenkampcorrobora: "*the purpose of the analysis is always to assess the effect of the conduct on competition*".[417]

Os casos que requerem uma pequena quantidade de fases de análise poderão ser, portanto, denominados *per se*. Já aqueles que necessitam de várias fases de investigação recairão sob a categoria da regra da razão. Deste modo, resta evidente que o *efeito competitivo* será sempre um elemento obrigatório para a configuração do ilícito antitruste.

Ademais, cumpre ressaltar que tanto a regra *per se* quanto a regra da razão são atos administrativos vinculados. O fato da *rule of reason* contemplar uma análise mais ampla não afasta o fato de que a estrutura da norma jurídica aplicada é a mesma para ambas as regras. Ou seja, a sanção, nos dois casos, decorre da constatação de efeitos anticompetitivos.

Podemos afirmar que a regra *per se* é, certamente, uma regra *empírica*. Embora muitas vezes tal regra seja considerada uma matéria de direito, em vez de fato, o julgador necessariamente chegará a esta conclusão em decorrência da experiência jurisprudencial adquirida sobre determinada prática que poderá ser prudentemente definida como *per se*. Assim como as demais regras empíricas, a *per se rule* será baseada na concentração de análises e observações acerca de dada prática ou conduta. Em outras palavras, a regra *per se* funda-se em "argumentos de procedência científico-econômica sancionados pela experiência acumulada no contencioso administrativo e judicial".[418] Assim, a análise

[417] HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust Law Developments*, v. 1. Chicago: American Bar Association, 1997. p. 252.

[418] SCHUARTZ, Luiz Fernando. Ilícito antitruste e acordos entre concorrentes. In: POSSAS, Mario Luiz (Coord.). *Ensaios sobre economia e direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2002. p. 121.

per se poderá determinar a legalidade de uma prática sem a necessidade de adentrar na estrutura de mercado em decorrência do conhecimento armazenado acerca de tal conduta e seus consecutivos efeitos. É imperioso ressaltar que, justamente por se tratar de uma *regra empírica*, a análise *per se* estará fadada a um contínuo processo de evolução.

A aplicação de tal regra processual não constituí nenhum atraso em comparação ao uso da regra da razão. Muito pelo contrário. A análise de cartéis *hard-core* a partir da regra da razão que deve ser considerada retrógrada. A procrastinação da análise de uma prática que possui efeitos negativos patentes sobre a concorrência caracteriza uma afronta ao princípio constitucional da eficiência administrativa. Logo, estaria mais para uma regra da *irracionalidade*.

À vista disso, concluímos que a refutação da regra per se exercida por parcela significativa da doutrina brasileira decorre de certa incorreção acerca da expressão sintética da regra per se. A causa do desacerto encontra-se justamente no conteúdo da proposição da análise per se, que é incorretamente entendida como uma avaliação que ignora os efeitos da infração antitruste investigada.

5. Bibliografia

AREEDA, Phillip. The "Rule of Reason" in antitrust analysis: general issues. Washington: The Federal Judicial Center, 1981.

_____;KAPLOW, Louis. Antitrust analysis: problems, texts, cases. 4. ed. Boston: Little-Brown, 1988.

BLAUG, Mark. The methodology of economics. 2. ed. New York: Cambridge University Press, 2006.

CARLTON, Dennis W; PERLOFF, Jeffrey M. Modern Industrial Organization. 3. ed. New York: Addinson-Wesley Longman, 2000.

CAROLI, Matteo. La regolamentazione dei regimi concorrenziali. Milano: Giuffrè, 1990.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial: direito de empresa, v. 1. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

EMMERICH, Volker. Kartellrecht. München: Beck, 1994.

FGV Direito Rio. Direito econômico regulatório: Série Direito Empresarial, v. 1. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008.

FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FRANCHIS, Francesco de. Dizionario giuridico. Milano: Giuffrè, 1996.

FRIGNANI, Aldo; OSTI, Cristóforo. 20 mesi di legge antitrust italiana. Diritto del Commercio Internazionale, 6(2)/333-359, jul.-dez., 1992.

HOVENKAMP, Herbert. Federal Antitrust Policy: the law of competition and its practice. St. Paul: West Publishing Co., 1994.

MACHLUP, Fritz. The political economy of monopoly: business, labor and government policies. Baltimore: The John Hopkins Press, 1952.

McCALL, James. Sum and substance of antitruste. 2. ed. Culver City: Josephson-Kluwer, 1986.

MESSINEO, Francesco. Dottrina generale del contrato. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1948.

MÖSCHEL, Wernhard. Recht der wettbewerbsbeschränkungen. Köln-Berlin-Bonn-München: Carl Heymanns, 1983.

NUSDEO, Fábio. Abuso do poder econômico. Enciclopédia Saraiva do Direito, v. 2. São Paulo: Saraiva, 1977.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. Direito e economia da concorrência. São Paulo: Renovar, 2004.

PERITZ, Rudolph. A counter-history of antitrust law. Duke Law Journal, Durham, 1990.

POSNER, Richard. The Rule of Reason and the Economic Approach: Reflections on the Sylvania Decision, 45 University of Chicago Law Review 1, Chicago, 1977.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial: as estruturas. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Direito concorrencial: as condutas. 1.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SANTOS, Antonio Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. Direito Económico. Coimbra: Almedina, 2004.

SCHUARTZ, Luiz Fernando. Ilícito antitruste e acordos entre concorrentes. In: POSSAS, Mario Luiz (Coord.). Ensaios sobre economia e direito da concorrência. São Paulo: Singular, 2002.

SULLIVAN, E. Thomas; HARRISON, Jeffrey L. Understanding antitrust and its economic implications. 2. ed. New York: Matthew Bender, 1994.

PARTE 3 – Contratos Empresariais e Arbitragem

A Claúsula Compromisória como Instrumento de Perenidade das Relções Empresariais e sua Análise Econômica[419]

Caroline Sampaio de Almeida[420]

Sumário: 1 Introdução. 2 Contratos incompletos. 2.1 Riscos como essência dos contratos empresariais. 3 Cláusula compromissória como estrutura de conservação das relações societárias. 3.1 Peculiaridades da cláusula compromissória. 3.2 Fundamentos privados da arbitragem: autonomia negocial e força normativa das convenções privadas. 3.3 A autonomia negocial como fundamento privado da cláusula compromissória. 3.4 A cláusula compromissória como negócio jurídico 3.5 A cláusula compromissória nos contratos empresariais: eficiência econômica. 3.6 Lex mercatoria. 4 Considerações finais. 5 Referências.

1. Introdução

A arbitragem, na sua modalidade de cláusula compromissória, apresenta-se como alternativa extremamente vantajosa às empresas e aos seus colaboradores. Por meio dela é possível solucionar conflitos empresariais complexos ou simples de uma forma mais célere,

[419] Trabalho apresentado para o Núcleo de Direito Empresarial Comparado (NEMCO) da Universidade Federal do Paraná (UFPR), coordenado pela Professora Doutora Marcia Carla Pereira Ribeiro.

[420] Doutoranda em Direito Econômico e Financeiro pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

adequada, confidencial e econômica, superando-se os entraves do processo judicial típico.

As características da cláusula arbitral auxiliam a perenidade das relações empresariais, bem como o desenvolvimento econômico do país, por meio da atração de novos investimentos e do fortalecimento do mercado de capitais, especialmente pela segurança jurídica que confere às partes contratantes. É no âmbito empresarial que a cláusula compromissória encontra um campo fértil para o seu crescimento, reduzindo riscos inerentes aos contratos empresariais ditos incompletos, uma vez que não há a possibilidade de antecipar todas as contingências futuras.

Como instrumento de pacificação de conflitos societários, a cláusula arbitral compatibiliza-se com os princípios da autonomia privada (art. 5º, inc. II, CF) e da duração razoável da solução dos conflitos (art. 5º, inc. LXXVIII, CF c/c art. 8º, 1, do Pacto de São José da Costa Rica, recepcionado pelo Brasil por meio do Decreto nº 678/92), cuja forma de resolução de controvérsias repercute inteiramente nos custos de transação das relações entre agentes econômicos.

Partindo dessas premissas, será feita uma abordagem inicial dos contratos incompletos, apontando as vantagens econômicas dessa flexibilização. Na sequência, demonstrar-se-á que os riscos são da essência dos contratos empresariais, sendo a incompletude sua decorrência lógica.

Será também objeto de estudo a cláusula compromissória como estrutura de conservação das relações societárias, enfatizando a sua autonomia negocial e força normativa, cujos fatores reduzem custos de transação.

Por derradeiro, pretende-se fazer uma análise econômica da cláusula compromissória, destacando a *Lex mercatoria* como seu grande alicerce.

2. Contratos incompletos

A *contrario sensu,* pode-se definir contratos incompletos como aqueles que não são capazes de especificar todas as características de uma transação, como data, localização, preço e quantidades, projetáveis no futuro. Vale dizer, são aqueles que necessitam de verificação adicional dos direitos e obrigações das partes ao longo de seu curso de execução, em face da insuficiência do instrumento em delinear todas as possibilidades de eventos futuros envolvidos com o objeto da contratação.

Por essa razão, é fundamental o estudo da teoria dos contratos incompletos – correlata à teoria dos custos de transação[421] –, que aborda as conseqüências das imperfeições surgidas durante a formação do contrato em decorrência da falta de ética (o que inclui o oportunismo), da racionalidade limitada (frente à falibilidade humana de profetizar o futuro) e da assimetria informacional (que até pode ser intencional), aplicando preceitos da economia ao direito. É a partir da perspectiva econômica do contrato, aliás, que surge a noção de incompletude.

Ao celebrarem contratos, especialmente aqueles de execução continuada ou diferida, os agentes econômicos desconhecem ao certo se os termos pactuados serão efetivados. Isso porque as cláusulas

[421] Com o clássico artigo datado de 1960, denominado *The Problem of Social Cost*, Ronald H. Coase demonstrou a existência de custos de transação nas negociações firmadas entre agentes econômicos, tais como formular o contrato e empreender meios de inspeção para se assegurar o seu cumprimento. Esses custos podem evitar a ocorrência de transações que seriam concretizadas no contexto de um sistema de preços que funcionasse sem custos (COASE, Ronald. Harry. *The problem of social cost*. *In*: 3º Journal of Law and Economics, out. 1960, p.7).

contratuais dependem "do que as partes estão tentando concretizar, do conhecimento compartilhado sobre o setor relevante para o negócio, dos custos de transação, das características gerais de suas interações como informação assimétrica e poder de barganha desigual e o do sistema legal em jogo".[422]

Em outras palavras, os indivíduos possuem racionalidade limitada[423] e podem ter comportamento oportunista, o que acarreta custos de transação associados a coletas de informações, elaboração e negociação dos contratos, além de custos *ex ante* (relacionados à definição inicial) e *expost* (salvaguardas em face de eventos futuros) ao contrato, decorrentes da inexecução das obrigações.[424]

O oportunismo dos agentes está diretamente ligado à assimetria informacional, pois nem sempre as condições averiguadas no momento da contratação coincidem com as da execução, principalmente naqueles contratos de longo prazo. Amplificada a imprevisibilidade da ocorrência de eventos que possam afetar o contrato, surge o risco de que uma das partes adote comportamento oportunista para obter vantagens extraordinárias.

Some-se a isso a dificuldade e, muitas vezes, complexidade em obter informações, o que gera custos e, consequentemente, exige investimentos que as pessoas nem sempre estão dispostas a fazer, não

[422] POSNER, Eric A. *Análise Econômica do Direito Contratual Após Três Décadas: Sucesso ou Fracasso?* Tradução de Alexandre Viola e Revisão e notas explicativas por Cristiano Carvalho e Luciano Benetti Timm. *In*: SALAMA, Bruno Meyerhof. Série Direito em Debate, São Paulo: Saraiva, 2010, p.8.

[423] Embora a distinção entre racionalidade limitada e assimetria funcional seja bastante tênue, importante salientar que o primeiro é qualitativo do ser humano (aspecto subjetivo), ao passo que o segundo é quantitativo, isto é, constitui objeto de apropriação do ser humano (aspecto objetivo).

[424] CATEB, Alexandre Bueno; e GALLO, José Alberto Albeny. *Breves considerações sobre a teoria dos contratos incompletos*. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers, Berkeley Program in Law and Economics, UC Berkeley, 05.01.2007, p. 3.

obstante a idéia de que "conhecimento é poder".[425] Por conta disso, não raras vezes, existem situações de assimetria funcional, nas quais apenas uma das partes conhece algo desconhecido pela outra, resultando problemas na elaboração do contrato como seleção adversa[426] e *moral hazard.*[427]

Quanto à racionalidade limitada (*bounded rationality*), consiste na impossibilidade de antever e disciplinar expressamente, na elaboração de um contrato, toda e qualquer eventualidade passível de ocorrer ao longo da execução do que foi pactuado, pois o ser humano tem habilidades computacionais limitadas e memórias seriamente defeituosas.[428]

Esse tema relacionado a custos de transação adquire maior relevância nos contratos empresariais[429] que, em geral, são de longa duração e execução continuada ou diferida, isto é, incompletos, destinados a facilitar a organização da atividade, manter estável a produção de bens e serviços e aumentar a eficiência[430] alocativa e

[425] Sobre o tema ver mais em: STIGLER, George. *The Economics of Information*. 69, Journal of Political Economy, Chicago, 1961, p.213-225.

[426] A seleção adversa torna o mercado de alocação ineficiente ao lhe retirar bens de boa qualidade, ou seja, evita a consumação de operações desejáveis, ainda que o Direito preveja comportamentos de boa-fé, dever de informar, enfim, crie condições que viabilizem operações econômicas (AKERLOF, George A. *The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*. The Quarterly Journal of Economics, vol. 84, nº 3. aug., 1970, p. 488-500).

[427] A *moral hazard* (risco moral) refere-se à vantagem que uma das partes pode auferir depois da celebração do contrato por deter alguma informação. Neste caso inclui-se a informação oculta (informação relevante é adquirida e mantida por uma das partes) e ação oculta (ação especificada contratualmente, porém, não observada de forma direta pela contraparte).

[428] JOLLS, Christine; SUSTEIN, Cass R; THALER, Richard H. *A Behavioral Approach to Law and Economics: Behavioral Law and Economics*. Stanford Law Review, July 1998, p.1477.

[429] Oportuno destacar o conceito de empresa desenvolvido por Ronald H. Coase na obra intitulada *The Nature of the Firm*, de 1937, para quem empresa é o espaço hábil para a coordenação dos agentes econômicos alternativo ao mercado, sendo considerada como um verdadeiro nexo ou feixe de contratos por meio dos quais os indivíduos firmam transações uns com os outros (*The Nature of the Firm*. Economica, New Series, vol. 4, n. 16, nov. 1937, p. 386-405).

[430] Eficiência é "a aptidão para obter o máximo ou o melhor resultado ou rendimento, com a menor perda ou o menor dispêndio de esforços; associa-se à noção de rendimento, de

produtiva. As dificuldades em prever todos os eventos que possam impor contingências, afetando direitos, deveres, obrigações e, em última instância, o próprio contrato, tanto *ex ante* quanto *ex post*, elevam os custos de transação.[431]

Focar na completude do contrato, contudo, não resolveria o problema dos custos sociais. Primeiramente, porque sob certas condições de incerteza, o custo da especificação das possíveis contingências futuras em um contrato completo e complexo seria proibitivo[432], além de engessar os termos contratuais. Outra questão diz respeito aos elevados custos de policiamento e de solução de controvérsias com a coercibilidade legal, pois, quanto mais as partes se preocuparem em preencher as lacunas do contrato que estão a negociar, maiores serão os seus custos com a transação. Vale dizer, chega-se a um ponto da contratação em que continuar preenchendo as suas lacunas atrai custos tão altos para as partes que a escolha mais eficiente passa a ser aquela que conta com a inocorrência das circunstâncias não previstas ou, caso ocorram, que confia a solução a outras fontes do direito, como a cláusula compromissória que prioriza a autonomia negocial.

Por outro lado, há situações que exigem a elaboração de um contrato incompleto, adaptável às mudanças que ocorram durante a execução do contrato, sendo não apenas racional, como desejável tal incompletude, mormente no campo empresarial. Neste caso, ressalta Rachel Sztajn, a opção pela incompletude não se aplica à redação do

---

produtividade; de adequação à função". A eficácia, por sua vez, corresponde à aptidão para produzir efeitos (SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Décio; e AZEVEDO, Paulo Furquim. *Economia dos Contratos*. *In*: _____ (Org.). *Direito e Economia: análise econômica do Direito e das organizações*. São Paulo: Ed. Campus, 2005, p. 83).

[431] SZTAJN, Rachel. *Op. cit.*, p. 174-176.

[432] CATEB, Alexandre Bueno; e GALLO, José Alberto Albeny. *Op.cit.*, p. 2.

instrumento, mas à própria negociação[433], tal como nas operações de *swap* com cobertura *hedge*.

Não é a toa, aliás, que se presenciou nos últimos anos a ascensão da *Lex mercatoria* como principal instrumento de regulação das práticas empresariais no contexto internacional, desvencilhando-se das amarras estatais que obstam sobremaneira o desenvolvimento econômico.

Mitchell Polinsky e Steven Shavell apontam também a própria crença das partes em um preenchimento adequado das lacunas contratuais pelos tribunais como mais um fator responsável pela incompletude desejável dos contratos.[434]

Não obstante o surgimento de custos de transação, estes podem ser minimizados pela cooperação e solidariedade das partes no momento da execução do contrato, cujos comportamentos são corroborados pela inserção de cláusula arbitral.[435] A título elucidativo, vale lembrar que tal cláusula não se presta unicamente a solucionar litígios, mas, sobretudo, para dirimir dúvidas acerca da interpretação do contrato principal ao qual se refere a cláusula.

Outra alternativa para inibir especificamente os oportunismos decorrentes da incompletude contratual seria as adaptações sequenciais e a previsão de salvaguardas de diversos tipos na negociação e no clausulado contratual.[436]

Nesse contexto, oportuno citar a Teoria da *Evolution of Cooperation* de Robert Axelrod, segunda a qual a cooperação funciona mesmo quando os indivíduos desejam apenas satisfazer seus próprios

[433] SZTAJN, Rachel. *Op. cit.*, p. 172.
[434] POLINSKY, Mitchell; e SHAVELL, Steven. *Economic Analysis of Law*. Harvard Law and Economics Discussion Paper nº 536, nov. 2005, p. 17. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=859406>. Acesso em 17 maio 2010.
[435] CATEB, Alexandre Bueno; e GALLO, José Alberto Albeny. *Op. cit.*, p. 5.
[436] SZTAJN, Rachel. *Op.cit.*, p. 175.

interesses, sem levar em consideração interesses alheios. Contudo, é necessário reconhecer que há certa calculabilidade por parte de cada indivíduo quanto a essa participação, isto é, se é compensador ou não. Para isso, Axelrod postulou como premissa de qualquer cooperação uma memória de interações. Vale dizer, a cooperação entre duas pessoas só ocorre se elas são capazes de memorizar suas interações anteriores. Dessa premissa, extraem-se os seguintes pressupostos para um comportamento cooperativo: (1) um jogador tem que ser capaz de reconhecer ex-jogadores; (2) deve ser capaz também de se lembrar dos acontecimentos do jogo anterior e dos lances que fizera; (3) deve ser capaz de refletir sobre a consequência de um lance para o decorrer do jogo e, finalmente, (4) o jogador tem que ter a alternativa entre cojogadores que são cooperativos e que não são cooperativos.

A Teoria da *Evolution of Cooperation*, portanto, demonstra que apenas na contínua repetição de interações cooperativas, com uma estrutura perceptivelmente permanente, os indivíduos envolvidos conseguem reconhecer os seus parceiros, os atos e lances cooperativos, as consequências e os impactos e, com base nisso, calcular sua próxima atuação. Em outras palavras, apenas numa cooperação estruturada pode-se construir um ambiente de confiança.

2.1 O risco como essência dos contratos empresariais

Além do profissionalismo e da atividade voltada para a produção e circulação de bens e serviços, há algumas peculiaridades que identificam os contratos empresariais. A par da ausência de vínculo empregatício, os agentes econômicos convivem com a busca do lucro e com o risco inerente ao negócio transacionado.

Porém, ainda que inerente o risco, aliás, justificativa para a maior ou menor remuneração do profissional que aceita assumir a incerteza do resultado de forma profissional, outras condições podem afetar a configuração do negócio inicial e que provocarão a busca por um meio de solução de controvérsias, quando não houver a direta aceitação do outro contratante em relação a eventuais ajustes no pactuado. Oportuno frisar, aliás, que é patente a dificuldade em firmar contratos equilibrados desde o início diante da assimetria informacional.

No plano da busca da solução de conflitos para os contratos empresariais, o risco e as frustrações não devem servir de parâmetro para a alteração unilateral de contratos empresariais firmados, sob pena de, salvo hipóteses excepcionais, instalar um regime de instabilidade que confronta com os primados do sistema econômico mais eficiente. Outras hipóteses que podem levar à busca da alteração das condições pactuadas relacionam-se aos fatos imprevisíveis que modifiquem de forma importante o contexto do acordado.

Como o futuro é imprevisível, pelo simples fato de estar situado para além do tempo presente, o dogma do contrato completo não subsiste, ainda que teorias econômicas busquem confirmar a sua existência.[437] A idéia da completude do contrato, como visto, encontra obstáculo na constatação do oportunismo e da racionalidade limitada, imperfeita, dos contratantes que, inversamente ao pressuposto pelas teorias clássicas que consideravam a possibilidade da escolha individual ser sempre a mais eficiente, muitas vezes expressam tão somente a satisfação de um interesse que frequentemente não se relaciona a qualquer pressuposto de eficiência.

[437] FAVEREAU, Olivier. *Qu'est-ce qu'um contrat? La difficile réponse de l'economie*. Droit et économie des contrats (JAMIN, Christophe, org). Paris: LGDJ, 2008, p.22-25.

Como os contratos são costumeiramente imperfeitos e incompletos, aceitar a limitação da racionalidade da parte contratante significa abrir espaço para as situações de conflito. Esta constatação pode estimular o enfrentamento da possibilidade de crise no contrato, assim como a busca das melhores alternativas para a retomada do bom curso contratual, como é o caso da cláusula compromissória arbitral.

3.A cláusula compromissória como estrutura de conservação das relações societárias

3.1Peculiaridades da cláusula compromissória

A cláusula compromissória possui algumas peculiaridades que merecem ser apontadas. Primeiramente, deve ser estipulada por escrito e inserida no contrato/estatuto ou em documento apartado a este vinculado, com o objetivo de submeter ao processo arbitral os litígios futuros advindos da relação contratual (artigo 4º, da Lei n° 9.307/96), podendo ser cheia (auto-suficiente) ou vazia (patológica), de acordo com o grau de completude das determinações contratuais.

Em relação à cláusula cheia, encontra-se prevista no artigo 5º da Lei n° 9.307/96, segundo o qual cabe às partes optarem pela arbitragem institucional (quando bastará reportar-se a cláusula ao regulamento de um órgão arbitral) ou, então, estabelecerem, na própria cláusula ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem (arbitragem *ad hoc*), fazendo constar elementos como número de árbitros, lei aplicável, distinção clara das partes envolvidas na eventual controvérsia (arbitragem multiparte), entre outros.

Há ainda o que se denomina cláusula compromissória escalonada ou seqüencial[438] que pressupõe o devido cumprimento das etapas previamente pactuadas no contrato para só então recorrer ao procedimento arbitral. Ou seja, as partes delimitam um lapso temporal para uma composição amigável da controvérsia suscitada a partir da avença celebrada. Para tanto, a cláusula escalonada deverá conter uma redação clara e objetiva, com o processamento detalhado das fases préviasà instalação da arbitragem. Se não observado, a cláusula poderá revelar-se inoperante para os desígnios previamente estabelecidos, resultando em prejuízos para ambas as partes, o que implica custos para a concretização do negócio.

Insta ressaltar que o objetivo da cláusula escalonada é atribuir eficiência e baixo custo à resolução da disputa contratual, valendo-se de uma modalidade de resolução flexível e adaptável à relação negocial. O sucesso da cláusula depende, portanto, de sua adequada estrutura a fim de evitar o ambiente hostil e o desgaste dos parceiros econômicos, mormente em contratos de longa duração e execução continuada ou diferida.

Ademais, nada impede que as partes estabeleçam mecanismos para a execução dos termos pactuados, por meio de imposição de multas no caso de inadimplemento da cláusula.[439] Reunidos os requisitos mínimos para aferir a obrigação de observar as etapas prévias insertas na cláusula compromissória, a recalcitrância de uma das partes sinaliza o

[438] MOSER, Luiz Gustavo Meira. *Contrato Internacional de Licenciamento – cláusula escalonada ou sequencial – reconhecimento da validade da sentença arbitral sem a observância ao procedimento pré-arbitral – Tribunal Federal Suíço – 6 de junho de 2007 – X. Ltda v. Y. In*: Revista Brasileira de Arbitragem, v.15, jul-set. 2007, p. 181-199.

[439] JOLLES, Alexander. *Consequences of multi-tier arbitration clause: issues of enforcement*, Arbitration, n. 72, London: Sweet & Maxwell Limited, 2006, p. 329-338. Disponível em: <www.swlegal.ch>. Acesso em: 26 maio 2010.

descumprimento do contrato, frente à autonomia confiada à cláusula arbitral.[440]

A cláusula vazia ou patológica (artigo 6º da Lei n.º 9.307/96), por sua vez, restará caracterizada quando ausente a indicação da forma de nomeação do árbitro, cabendo à parte interessada manifestar à outra sua intenção de iniciar a arbitragem, convocando-a para firmar o compromisso arbitral. No caso de resistência, caberá à parte interessada promover demanda judicial para pleitear o cumprimento específico da cláusula vazia (artigo 7º da Lei nº 9.307/96), cuja sentença judicial instituirá o juízo arbitral suprindo a vontade das partes.

No campo processual, da interpretação sistemática do artigo 301, inciso IX e § 4º, do Código de Processo Civil c/c artigo 3º da Lei nº 9.307/96, extrai-se que o juiz pode conhecer de ofício a existência da cláusula compromissória, por se tratar de matéria de ordem pública, o que levará à extinção do processo sem resolução do mérito (art. 267, VII CPC). O compromisso arbitral, por sua vez, não pode ser conhecido de ofício pelo juiz, cuja arguição de sua existência, se feita a destempo, gera preclusão. O legislador, na realidade, valorizou a cláusula compromissória ao viabilizar o afastamento do juiz do processo, extinguindo-o, diante da vontade das partes em resolver futuras controvérsias por meio da arbitragem.[441]

Por derradeiro, a cláusula compromissória é dotada de autonomia, conforme dispõe o artigo 8° da Lei n° 9.307/96, por se tratar de "um subcontrato ou contrato acessório que se reveste de autonomia em relação ao vínculo principal, de forma que a nulidade deste não significa,

[440]Eis o amplo exercício da autonomia privada, autorizado no art. 425 do Código Civil Brasileiro: "É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código".

[441]CARMONA, Carlos Alberto. *Processo arbitral.* Revista de Arbitragem e Mediação**,** ano 1, n. 1**.** São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-abr 2004, p.25.

necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória". Há países que a denominam como princípio da autonomia (Estados Unidos e Brasil, por exemplo) ou separabilidade da cláusula arbitral (Inglaterra e Peru, por exemplo). Essa característica endossa a força normativa da cláusula arbitral, o que será melhor desenvolvido nos tópicos subseqüentes.

3.2 Fundamentos privados da arbitragem: autonomia negocial e força normativa das convenções privadas

Primeiramente, cabe ressaltar a natureza jurídica mista ou híbrida da arbitragem, antes de destacar a sua feição privada e sua natureza de negócio jurídico, bem como as conseqüências concretas desta natureza.

Há quem defenda o caráter publicista da natureza jurídica da arbitragem e quem sustente a sua feição privatista. Todavia, o entendimento mais adequado, capitaneado por José Carlos de Magalhães, é o de atribuir à natureza jurídica da arbitragem caráter misto ou híbrido, abrangendo simultaneamente o fundamento conferido a uma convenção privada (cláusula ou compromisso arbitral) e seus efeitos jurisdicionais (pacificação social).[442]

Existe, na verdade, uma equivalência entre composição processual e a composição contratual da lide. As partes, por força de sua autonomia negocial e, em especial, por meio da cláusula compromissória, exercem a faculdade de se submeterem ao processo, desenhando os contornos do instituto, fixando prazos, estabelecendo formas, nomeando árbitros ou tribunais e, até, determinando os critérios de julgamento (artigo 2º, da Lei nº 9.307/96).

A feição privatista da arbitragem encontra-se expressa pela cláusula compromissória, a qual decorre de um ato de autonomia negocial e se constitui em uma convenção privada genérica, isto é, em negócio jurídico, independente e autônomo em relação ao contrato que o contém. Logo, a cláusula arbitral está vinculada aos conceitos de autonomia negocial e negócio jurídico, doravante analisados, sendo estes de fundamental importância para compreender a força normativa da convenção privada e suas conseqüências.

[442] MAGALHÃES, José Carlos de; BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 21.

3.3 A autonomia negocial como fundamento privado da cláusula compromissória

A cláusula compromissória, como qualquer disposição negocial, emana de um ato de vontade e liberdade das partes, assim entendido como autonomia de negociar, inerente a cada sujeito de direito.

Essa autonomia negocial perpassa os conceitos de autonomia da vontade[443] e autonomia privada[444], não abordados neste artigo, chegando-se à doutrina mais recente, que, em paralela simetria à prática daqueles que operam no campo da livre iniciativa econômica, usa a expressão de *autonomia* ou *poder negocial* para designar o fundamento específico dos negócios jurídicos firmados, em especial no campo do direito da empresa, em virtude da contínua produção de novas formas jurídicas e negociais a fim de atender às demandas do comércio, com feição cada vez mais internacional.[445]

[443] Numa visão simplista, autonomia da vontade é a fonte dos direitos e o contrato sua forma de exteriorização. Oportuno esclarecer que o sentido de autonomia da vontade no Direito Internacional Privado assume contornos bastante peculiares, eis que se relaciona, geralmente, com a liberdade de escolha, no contrato internacional, do foro competente para executar os termos da avença e as relações da vontade particular frente às leis de ordem pública. No direito italiano, aliás, persiste a separação entre *autonomia privata* e *autonomia della volontà*, sendo esta última reservada para identificar o instituto de Direito Internacional Privado, conforme o verbete no *Novíssimo digesto italiano* (BETTI, Emílio. *Autonomia privata.In*: Azara, Antonio (a cura di). Novissimo Digesto Italiano. Torino: UTET, 1974. t. 1., p. 1561). Sobre o tema autonomia da vontade ver: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e Pós-Modernidade*. Revista de Informação Legislativa, ano 41, n. 163, Brasília, jul/set 2004, p.113-130.

[444] Hans Kelsen define a autonomia privada como o poder atribuído aos indivíduos, subordinados à ordem jurídica, de regular as suas relações mútuas, dentro dos quadros das normas gerais criadas por via legislativa ou consuetudinária, por meio de normas criadas pela via jurídico-negocial (*Teoria pura do direito*. Tradução de
João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 285).

[445] SILVA, Eduardo Silva da. *Arbitragem e direito da empresa: dogmática e implementação da cláusula compromissória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 72.

Eduardo Silva da Silva acrescenta, nesse sentido, que a autonomia negocial não é apenas um princípio jurídico do Direito Privado ou um poder-faculdade, mas de uma órbita de auto-regulação dos interesses privados, ao lado de outras esferas jurídicas, tais como a pública ou social. Em síntese, a expressão *autonomia negocial* consistiria em princípio jurídico, esfera de regulação e poder normativo dado aos particulares.[446]

Corroborando esse conceito, Miguel Reale refere-se ao poder negocial para designar, dentro da variedade de focos geradores de entes jurídicos ou dos centros de positividade, aqueles que os próprios particulares estabelecem.[447] Norberto Bobbio não destoa desse entendimento, pois o concebe como a possibilidade de os particulares disciplinarem certas competências delegadas pelo Estado.[448]

A autonomia negocial apresenta contornos próprios, dos quais se destacam as liberdades contratuais[449] que a compõem e a sua projeção ao longo do desenvolvimento do relacionamento negocial, conformadas por restrições objetivas, pela boa-fé objetiva e por valores ou diretrizes emanados da ordem constitucional e infraconstitucional.

Assim, a decisão arbitral, mesmo se fosse desprovida dos efeitos de uma sentença judicial previstos no artigo 31 da Lei nº 9.307/96, detém o caráter de negócio jurídico e, conseqüentemente, é dotada de normatividade própria em relação à controvérsia enfocada, vinculando as partes também pela incidência do princípio da boa-fé objetiva, uma vez

[446] SILVA, Eduardo Silva da. *Op.cit.*, p. 75.
[447] REALE, Miguel.*O direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica.* 2 ed., São Paulo: Saraiva, 1992, p.169.
[448] BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi e outro. Coleção elementos do direito, São Paulo: Ícone, 1995, p. 165.
[449] SILVA aponta como liberdades contratuais, aquelas referentes à escolha do tipo contratual, à determinação do conteúdo do contrato ou das cláusulas, à conclusão dos contratos atípicos ou inominados e à utilização de contratos típicos para alcançar finalidades atípicas (SILVA, Eduardo Silva da. *Op. cit.*, p. 76-78).

que, de comum acordo, deram causa à arbitragem. A não-observância do que foi determinado na sentença arbitral, rompendo a confiança recíproca que as partes manifestaram ao optarem pela arbitragem, enseja a execução forçada pela ordem estatal ou a sanção natural e espontânea do meio empresarial.

Traçadas essas considerações, pode-se inferir que se constituem atos de autonomia negocial a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, verdadeiros atos de disposição da instância jurídica estatal e de criação de um novo âmbito jurisdicional, que se encontram norteados pelos mesmos valores e princípios arraigados na conclusão do negócio ou contrato, sobre o qual pairam as controvérsias.

Em outras palavras, a autonomia negocial consiste num âmbito de auto-regulação dos indivíduos, que, por força notadamente da cláusula compromissória, estende-se ao desenvolvimento e manutenção das relações contratuais, revelando sua capacidade na preservação dos vínculos pela intervenção da arbitragem, ao solucionar controvérsias que possam ocorrer na execução e interpretação contratual. É na própria autonomia negocial, aliás, que os particulares encontram instrumentos idôneos não apenas para organizar e dispor dos próprios interesses, mas também para superar e compor controvérsias.

Desse microssistema decorre também a identificação da arbitragem como pacto essencialmente fiduciário, firmado na confiança das partes envolvidas, o que lhe confere uma leitura capaz de assegurar sua permanente higidez em face das tentativas sempre correntes de desvirtuamento a que estão sujeitas as instituições humanas.

Por fim, ao ser inserida nos contratos, a cláusula compromissória caracteriza um negócio jurídico dispositivo e constitutivo *per se* dirigido à criação de vínculos nos quais há uma verdadeira convergência de vontades para a solução de controvérsias. É justamente por meio do

negócio jurídico que a autonomia negocial é instrumentalizada e se manifesta no campo dos operadores jurídicos.

3.4 A cláusula compromissória como negócio jurídico

Os negócios jurídicos são convenções privadas por excelência, que se destinam a criar, constituir, modificar e extinguir direitos, cujos efeitos atingidos não estão previamente previstos na lei, mas são pretendidos e construídos pelas partes. São atos em que o elemento volitivo possui efeitos jurídicos reconhecidos pelo ordenamento, mas cujo conteúdo tem um âmbito de livre disposição.[450] Em outras palavras, representam uma prerrogativa que o ordenamento jurídico confere ao indivíduo capaz de, por sua vontade, criar relações válidas de acordo com a ordem social.[451]

Oportuno citar Orlando Gomes, para quem os negócios jurídicos constituem a mais abundante fonte de obrigações cuja singularidade reside no caráter eminentemente voluntarista dos atos que compreende. A obrigação proveniente de negócio jurídico é contraída intencionalmente pelo obrigado que, agindo na esfera de sua autonomia privada, escolhe livremente o tipo que a lei lhe oferece para obter a tutela do seu interesse.[452]

A peculiaridade e a importância do negócio jurídico, portanto, residem justamente na possibilidade de os particulares regularem autonomamente suas relações por meio de disposições privadas com força normativa.

O caráter normativo que se reconhece ao negócio jurídico advém da constatação de que não só a lei produz norma. Isto porque o direito se

[450] VENCELAU, Rose Melo. *O negócio jurídico e suas modalidades.In* "A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional" (Coord. Gustavo Tepedino). 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 184-185.
[451] RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral.*Vol. I, 34ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 170.
[452] GOMES, Orlando*. Obrigações.*Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 39.

apresenta como uma estrutura escalonada de normas, composta por fontes superiores ou de qualificação jurídica, que servem como parâmetro de validação das normas apresentadas pelo sistema jurídico, e por fontes subordinadas ou de conhecimento jurídico, que não se prestam a isso. Ambas as fontes são aptas a produzir normas.[453]

Nessa classificação, o negócio jurídico é qualificado como norma negocial oriunda da fonte subordinada, dotada de plena juridicidade como as demais fontes (leis, jurisdição, usos e costumes), sendo autêntico e legítimo o seu modo de produção ou manifestação de normas jurídicas. Consideram-se normas negociais aquelas "juridicamente vinculantes estabelecidas pelos cidadãos para regularem os seus interesses privados por meio de contratos e negócios jurídicos em geral".[454]

Tal entendimento não visa equiparar ou colocar as normas decorrentes de lei juntamente com aquelas oriundas de acordos privados; estas, porém, no seu âmbito de abrangência, comportam os mesmos elementos e estruturas das normas genéricas (decorrem de lei e se destinam a todos), variando apenas a função. Por esta razão, há possibilidade de enquadrá-las na categoria de normas.[455]

Tanto a atualidade, quanto a instrumentalidade dessa categoria são reforçadas com a apreensão e regramento de determinadas disposições que adquirem crescente importância nas novas modalidades de estipulações privadas, em especial na ordem jurídica internacional e

[453] BOBBIO, Norberto.*Op.cit.*, p. 165.
[454]*Ibidem*, p. 161.
[455] "Norma dá entender a alguém que alguma coisa deve ser ou acontecer, desde que a palavra 'norma' indique uma prescrição, um mandamento. Sua expressão lingüística é um imperativo ou uma proposição de dever-ser. O ato, cujo sentido é que alguma coisa ordenada, prescrita, constitui um ato de vontade. Aquilo que se torna ordenado, prescrito, representa, *prima facie*, uma conduta humana definida. Quem ordena algo, prescreve, quer que algo 'deva' acontecer" (KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas.*Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986, p. 2).

societária, por não se enquadrarem nas dimensões de espécie contratual.

É dentro desse contexto que a cláusula compromissória adquire grande relevância, ao se caracterizar como negócio jurídico autônomo e independente em relação ao contrato que o contém[456], dotado de objeto, conteúdo e perfil dogmático próprios, que tem por finalidade gerar uma nova esfera de regulação dos interesses privados, com juridicidade e integrante do quadro das fontes jurídicas.[457] Para Eduardo Silva da Silva, por meio da cláusula compromissória (negócio jurídico), as partes optam por ingressar em uma esfera de regulação própria e legítima (fonte negocial), na qual há criação de uma instância jurídica, diversa da pública, constituída para identificar a solução da controvérsia (arbitragem) e implementada de forma a inserir-se no modelo jurídico do tipo negocial. Tal cláusula, inserida nos contratos, é lidas de forma a compor uma estrutura, mediante o qual se ordena o conteúdo das fontes negociais, destinando-se a instrumentalizar a conservação das relações contratuais.[458]

Em síntese, a vinculação das partes à cláusula compromissória, com a conseqüente instauração da arbitragem, deriva não apenas da observância ao pactuado (princípio da boa-fé objetiva) e às normas jurídicas, mas também da realidade fática imposta àqueles que operam no âmbito empresarial. Isso se deve ao fato de a cláusula

[456] É a partir dessas características que se constitui o princípio da competência-competência e da separabilidade.

[457] Esse enfoque da cláusula compromissória e da sua caracterização como negócio jurídico acarreta duas conseqüências mínimas: a aquisição de um caráter instrumental à arbitragem, disposta como um processo destinado à pacificação social e que serve como ponte entre a realidade sócio-econômica e o direito; e a atribuição de um *status* próprio do instituto que decorre da força vinculativa oriunda do pacto firmado, na medida em que as partes se submeterão ao processo arbitral instituído pela cláusula compromissória e aos novos contornos do contrato, restabelecido pela sentença arbitral, que tem sua origem na própria autonomia negocial das partes.

[458] SILVA, Eduardo Silva da. *Op. cit.*, p. 46.

compromissória decorrer de um ato de autonomia negocial e de se constituir em uma convenção privada genérica (negócio jurídico), independente e autônoma em relação ao contrato que a transporta (princípio da autonomia ou separabilidade), dotada de plena juridicidade, que se enquadra entre as fontes jurídicas.

3.5 A cláusula compromissória nos contratos empresariais: eficiência econômica

No âmbito empresarial e internacional, em especial, o processo judicial tem demonstrado pouca vocação no sentido de atender às demandas de maior porte típicas destes meios, que exigem resolução célere (diante da dinamicidade da atividade econômica), discrição e sigilo dos trâmites e decisões (em virtude dos valores patrimoniais envolvidos e da indesejável circulação de informações estratégicas do ponto de vista econômico ou científico). Acrescente-se, ainda, que o método estatal não conta com órgão julgador que se sobreponha às nacionalidades e aos ordenamentos jurídicos relacionados, bem como, necessariamente, de especialistas com conhecimento aprofundado, para o julgamento de controvérsias de caráter eminentemente técnico.

A conseqüência mais negativa ao litigar em um processo judicial comum, todavia, é o enfraquecimento da atividade empresarial, na capacidade de o empresário estabelecer vínculos com empresas congêneres, além dos traumas e rompimentos gerados pelo referido método estatal, ao atribuir vitória, ainda que parcial, a um dos litigantes. Provavelmente haverá, portanto, um vencedor e um derrotado. Isso, notadamente, não é interessante para parceiros comerciais de longo prazo.

Além disso, há a possibilidade de distanciamento entre o contexto dos contratos empresariais e a visão do Poder Judiciário não especializado, especialmente quando está em jogo a definição de um interesse de cunho social, que pode conduzir a uma interpretação subjetiva, ensejando uma incontestável insegurança jurídica para as relações negociais. Não se trata de contestar a função social do contrato, consagrada na Constituição e no Código Civil, mas de se buscar a compreensão de que o social abrange também o econômico. Numa economia de mercado, é preciso conciliar ambos os imperativos para evitar prejuízos à coletividade e alcançar a almejada eficiência social, garantindo-se às partes um certo grau de previsibilidade das soluções dos eventuais litígios que poderão surgir em virtude dos contratos.

É, pois, essa perspectiva da análise econômica do Direito que deve "[...] ser empregada para explicar a função social do contrato em um ambiente de mercado [...]" à medida que "[...] permite enxergar a coletividade não na parte mais fraca do contrato, mas na totalidade das pessoas que efetivamente, ou potencialmente, integram um determinado mercado de bens e serviços".[459]

Não se pode olvidar, ainda, que uma das conseqüências da insegurança jurídica é a rarefação de créditos de longo prazo e a minimização do interesse em investimentos naquele mercado.

Outrossim, para processos que abrangem conflitos empresariais mais complexos, a simples aplicação mecânica da regra jurídica muitas vezes não é suficiente para garantir a distribuição de uma justiça eficiente. Há necessidade de uma justiça sob medida, que conheça o passado e o presente dos negócios e possa prever razoavelmente o futuro, ou seja, as conseqüências da decisão proferida.

[459] TIMM, Luciano Benetti. *Ainda sobre função social do direito contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva VS. eficiência econômica*. Revista dos Tribunais, ano 97, vol. 876, São Paulo: RT, out. 2008, p. 43.

É nessa seara que a arbitragem torna-se viável economicamente, não só em razão de sua celeridade, mas também porque os árbitros são mais preparados para interpretar e solucionar a questão em disputa.

Vale lembrar que a decisão proferida em sede de arbitragem tende a refletir a correta percepção do substrato econômico do contrato e da natureza da operação (na acepção de Enzo Roppo, a do contrato como roupagem jurídica de um ato econômico[460]). Isto porque os árbitros, dada a sua especialização na matéria, estão mais aptos a interpretar e resolver a disputa contratual e optam por respeitar o binômio liberdade-responsabilidade, atribuindo preferência à aproximação entre boa fé contratual e adimplemento contratual, à aplicação do princípio do *pacta sunt servanda*, refutando-se, assim, aquela visão paternalista de proteger a parte mais fraca.

O litígio e seu método clássico de prestação jurisdicional são componentes econômicos a serem levados cada vez mais em conta nos levantamentos financeiros das empresas. São fatores que oneram a atividade empresarial e implicam custos de transação (custas judiciais, honorários dos advogados, peritos e especialistas, tempo perdido com tribunais, visitas a advogados, dias de trabalho, atrasos e adiamentos, tensão e perturbação). Esses ônus são repassados ao custo da produção e encarecem o produto, bem como o serviço a ser prestado, o que dificulta a competitividade das empresas no mercado globalizado.

O hiato entre o desempenho teórico do Judiciário e aquele observado na prática é uma das razões de a atividade econômica, por vezes, se organizar de formas não-canônicas, buscando reduzir custos de transação e preservar relações que envolvam investimentos específicos.

[460] ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p.08.

Tais fatores são acompanhados da constatação da impossibilidade de se elaborar contratos suficientemente completos, conforme abordado anteriormente, visto que passíveis de alteração por eventos posteriores à sua constituição, corroborando situações de crise que podem prejudicar o andamento dos negócios e que precisam ser solucionadas da forma mais eficiente possível.

Fica clara, também, a conveniência da criação de incentivos ou de sanções no bojo do contrato, mediante os quais as partes consigam incluir cláusulas capazes de maximizar os respectivos benefícios e prever que, na execução do contrato, tais cláusulas serão validadas.

A dificuldade de garantir a aplicação dos contratos nos tribunais e o desinteresse das empresas de uma demorada e imprevisível disputa judicial faz com que a própria atividade econômica se organize de forma a evitar conflitos e permitir adaptação de tais contratos.

Obviamente, não se pretende afastar a imprescindibilidade do Poder Judiciário forte para julgar as lides que envolvam questões de direito público e de direito indisponível, tampouco se pretende a substituição de tarefas da jurisdição estatal por um modelo privado. Torna-se imperioso, porém, o reconhecimento da adequação de outros meios que, em função da afinidade entre direito e instrumento, logram ser os mais próprios para resolução de determinadas controvérsias, notadamente no ramo empresarial e internacional.

A conservação pelos próprios particulares dos negócios jurídicos estabelecidos ocorre mediante o exercício de sua autonomia negocial, expressa na cláusula compromissória inserta nos contratos empresariais. Ou seja, a cláusula arbitral se apresenta como método de manutenção dos vínculos jurídicos e econômicos embutidos no contrato e ameaçados pelo advento de controvérsias sobre a interpretação e execução contratual. Considerando que o instituto é constituído pela mesma

autonomia negocial que originou o contrato firmado entre os particulares, ele também detém as condições para restaurá-lo de forma a preservar a incolumidade dos vínculos nele embutidos, por meio de uma atuação de baixa litigiosidade no interesse de ambas as partes.

Abre-se, assim, um novo campo de atuação para o particular, que, na medida em que conquista maiores direitos, com a valorização da autonomia privada relativamente aos direitos disponíveis de que é titular, assume também responsabilidades diretas pela solução de seus conflitos. E nesse sentido, convém destacar que a arbitragem internaliza o custo do litígio, tornando as partes mais responsáveis por seus comportamentos ao longo do contrato e de um potencial conflito. A consequência disso é a redução de teses ou argumentos desarrazoados, já que a parte contratante precisará pagar para testá-los e sofrerá o revés de uma conduta contraditória. Em outras palavras, partes terão incentivos para cumprir as obrigações assumidas no contrato, pois eventuais inadimplementos serão punidos com rapidez e precisão, sendo, assim, ineficazes teses argumentativas com o fito exclusivo de protelar a demanda.

Por essa razão que, ao se destacar a perspectiva privada da arbitragem, é necessário e importante que as empresas estabeleçam em seus contratos empresariais cláusulas compromissórias que instrumentalizem as denominadas “estruturas de conservação”, ou seja, quando da eventual ocorrência de alguma controvérsia acerca da interpretação ou execução contratual, tais estruturas remetem a uma atuação pacificadora de baixa litigiosidade, por meio do processo arbitral, preservando-se e atualizando-se os valores, intenções e escopos inicialmente perseguidos pelos contratantes.

Nos contratos empresarias, as partes podem querer fixar relacionamentos duradouros. Em face disso tem sido freqüente a

inserção das referidas “estruturas de conservação”, as quais se projetam indeterminadamente no tempo diante da natureza da atividade empresarial, como, por exemplo, a do empresário com o seu principal fornecedor de matéria-prima ou até mesmo nos contratos de franquia. Esses relacionamentos têm profundo caráter econômico, financeiro e estratégico, pois proporcionam, além da relação primordial do empresário e de seus fornecedores principais, diversos outros relacionamentos entre as empresas, necessários à sua subsistência em uma economia de mercado.

É dessa prática do mundo negocial que emerge a realidade fática da busca de coexistência pacífica entre os indivíduos e, especificamente, entre as empresas que, por força da intensa massificação das relações, precisam firmar negócios com um grau mínimo de litigiosidade nas circunstâncias em que ocorrer qualquer controvérsia de interpretação ou aplicação contratual.

Em caso de litígio, torna-se mais importante manter a relação ou então manter a reputação no mercado onde se atua, sendo que qualquer destes dois objetivos pode ser prejudicado de forma irreparável pelo envolvimento numa ação judicial, com a demora e a publicidade que isto acarreta.[461]

Para atingir esse escopo, portanto, não há instrumento mais idôneo e eficaz que a cláusula compromissória, como garantia de cooperação e auxílio recíproco, à luz dos interesses precípuos dos agentes econômicos de congregar, fortalecer e ampliar espaço no mercado.

3.6 *Lex Mercatoria*

[461] O sigilo, em especial, possui grande relevância nos casos de arbitragens internacionais envolvendo a Petrobrás, pois eventual publicidade informação protegida por segredo de indústria poderá prejudicar o valor de suas ações.

A par dos reduzidos custos de transação, comparados ao custo de se recorrer ao Poder Judiciário, a garantia de *enforcement* dos termos contratuais, por meio da *lex mercatoria*, traduz-se como estímulo econômico ao uso da cláusula compromissória.

A origem da *lex mercatoria*, antes denominada *ius mercatorum*, remonta os séculos XII e XIII, num contexto em que as rígidas estruturas feudais constituíam verdadeiros entraves ao desenvolvimento do comércio. Na década de 60, a *lex mercatoria* reapareceu com mais vigor, cujo grande defensor na época foi Berthold Goldman, quem a define como conjunto de princípios, instituições e regras provenientes de diversas fontes, que nutre constantemente a atividade específica da coletividade dos operadores do comércio internacional, sem que haja referência a um sistema particular de lei nacional.[462]

Nesse contexto, destaca-se que a importância da *Lex mercatoria* está ligada à confiança, pois a uniformização das práticas empresariais é nada mais que o estabelecimento de um padrão de confiança entre os contratantes, ou seja, pautam-se certas formalidades comuns a todos de modo que, se uma parte não a segue, será mal vista pela coletividade, o que poderá resultar na sua exclusão comercial e social do mercado. Oportuno esclarecer, todavia, que tal norma social representa uma punição de caráter endógeno, pois os empresários passam a adotar um determinado comportamento em nome de sua reputação frente à coletividade e não porque lhe é imposto por uma força externa.[463]

Outrossim, vale lembrar que a *lex mercatoria*,ao lado de outras instituições na acepção de Douglass North,condicionam o crescimento de longo prazo e a evolução histórica das sociedades, pois, constituem

[462] GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et lex mercatoria*. Archives de Philosophie du Droit, Paris, n. 09, 1964, p. 179.
[463] POSNER, Eric A. *Símbolos, sinais e normas sociais na Política e no Direito*. Revista Direito GV, São Paulo 4(1), jan-jun 2008, p. 231-268.

"restrições que moldam as interações humanas... [sendo] perfeitamente análogas às regras do jogo em uma competição esportiva".[464] Em outras palavras, essas instituições, que compreendem tanto as regras formais (Constituição, leis ordinárias, etc.) quanto as informais (códigos de conduta, convenções, valores, crenças, costumes, religiões, regulamentos arbitrais, etc.), pautam a atuação dos diversos indivíduos e entes (inclusive empresas, consumidores, sindicatos, ONGs, juízes, partidos políticos, funcionários públicos, etc.) no contexto social.

Em face disso, pode-se afirmar que à parte eventualmente recalcitrante em instaurar o juízo arbitral decorrente de cláusula compromissória inserta em contratos empresariais deverá sopesar os custos de transação, isto é, aqueles decorrentes da reação da contraparte ao seu cumprimento, advindos da perda de reputação e, ainda, custos de oportunidade.

[464] NORTH, Douglass C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. The American Economic Review, vol. 84, n. 3, jun., 1994, p. 360.

4. Considerações finais

As empresas são caracterizadas como uma unidade de produção e de organização econômica que exercem amplamente a autonomia conferida pelo ordenamento jurídico para estabelecer a circulação de riquezas.

As relações empresariais podem ser melhor mantidas, na hipótese de crise, decorrente da incompletude dos contratos, por meio da adoção da cláusula compromissória.

Nesse contexto, as relações entre arbitragem e Direito Empresarial se impõem pela necessidade de manutenção, hoje, da perenidade das relações negociais estabelecidas entre os operadores econômicos que busquem relacionamentos e desenvolvimento de longo prazo.

Os estatutos jurídicos reconhecem as peculiaridades das referidas relações, especialmente sua esfera de regulação jurídica própria, nas quais se insere a cláusula compromissória.

O Direito Empresarial abrange, portanto, não só a capacidade de exercício da autonomia negocial, mas, sobretudo, a possibilidade de administrar as inevitáveis controvérsias oriundas das relações contratuais firmadas.

Desta feita, a utilização da arbitragem se apresenta como alternativa de maior consensualidade e, concomitantemente, garantia de que a decisão adotará critérios minimamente funcionais aos interesses dos envolvidos, reduzindo os custos de transação. Esse enfoque tem por base a “análise econômica do direito” ou simplesmente *Law & Economics*, cujo método de pesquisa utiliza ferramentas da Ciência Econômica para compreensão de institutos jurídicos e também para a busca da solução de problemas legais e regulatórios. Os seus modelos trabalham fundamentalmente com a teoria da ação econômica

respaldada na escassez de recursos e na necessidade de sua alocação eficiente em uma determinada sociedade, além de se valer da concepção de regras jurídicas como mecanismos de “preço”, criando incentivos (negativos ou positivos) aos indivíduos e empresas para se comportarem de uma determinada forma (economia comportamental).

A inserção de cláusula compromissória nos contratos empresariais, assim, revela-se como o mecanismo alternativo mais adequado e eficiente, sob o aspecto econômico, a ser aplicado, especialmente se envolver complexas questões técnicas, não só em razão da redução dos custos de transação, mas também pela grande flexibilidade oferecida pelo seu procedimento – afastando-se as barreiras geográficas e regulamentações distintas – e dinamicidade das relações negociais no âmbito empresarial, para a qual não é possível editar um regramento que atenda em sua plenitude as necessidades e urgências do setor.

Tal inserção, aliás, concretiza-se como uma estrutura de conservação dos relacionamentos empresariais que possuem forte conotação econômica e posição estratégica num mercado competitivo e acirrado, visto que evita o acréscimo de litigiosidade comum no processo judicial operado perante o Estado. Essa vantagem é perceptível nos relacionamentos contínuos e duradouros de determinada empresa com o seu fornecedor de matéria-prima ou prestador de serviços de informática, por exemplo.

Ao preservarem as relações negociais, as empresas podem atrair maiores investimentos ao país por conta da segurança jurídica oferecida pelo mecanismo na solução imediata e eficaz de eventuais e futuras controvérsias, passíveis de comprometer o sucesso do empreendimento empresarial se submetidas ao rito judicial.

5. Referências

AKERLOF, George A. The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. Quarterly Journal of Economics, vol. 84, nº 3. aug., 1970, p. 488-500.

AXELROD, R. M. Die Evolution der Kooperation [A evolução de cooperação]. 5. ed. München: Oldenbourg, 2000. Tradução de The evolution of cooperation.

BETTI, Emílio. Autonomia privata. In: Azara, Antonio (a cura di). Novissimo Digesto Italiano, t. 1, Torino: UTET, 1974.

BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi e outro. Coleção elementos do direito, São Paulo: Ícone, 1995.

CARMONA, Carlos Alberto. Processo arbitral. Revista de Arbitragem e Mediação, ano 1, n. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-abr 2004.

CATEB, Alexandre Bueno; e GALLO, José Alberto Albeny. Breves considerações sobre a teoria dos contratos incompletos. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers, Berkeley Program in Law and Economics, UC Berkeley, 05.01.2007.

COASE, Ronald. Harry. The problem of social cost. 3º Journal of Law and Economics, out. 1960, p.1-44

_____. The Nature of the Firm. Economica, New Series, Vol. 4, n. 16, nov. 1937, p. 386-405.

FAVEREAU, Olivier. Qu'est-ce qu'um contrat? La difficile réponse de l'economie. Droit et économie des contrats (JAMIN, Christophe, org). Paris: LGDJ, 2008.

GALGANO, Francesco. El negocio jurídico. Valencia, Espanha: Tirant lo Blanch, 1992.

GOMES, Orlando. Obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

JOLLES, Alexander. Consequences of multi-tier arbitration clause: issues of enforcement. Arbitration, n. 72, London: Sweet & Maxwell Limited, 2006, p. 329-338. Disponível em: <www.swlegal.ch>. Acesso em: 26 maio 2010.

JOLLS, Christine; SUSTEIN, Cass R; THALER, Richard H. A Behavioral Approach to Law and Economics: Behavioral Law and Economics. Stanford Law Review, July 1998, p. 1471-1550.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

_____. Teoria Geral das Normas. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986.

MAGALHÃES, José Carlos de; e BAPTISTA, Luiz Olavo. Arbitragem comercial. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

MOSER, Luiz Gustavo Meira. Contrato Internacional de Licenciamento – cláusula escalonada ou sequencial – reconhecimento da validade da sentença arbitral sem a observância ao procedimento pré-arbitral – Tribunal Federal Suíço – 6 de junho de 2007 – X. Ltda v. Y. In: Revista Brasileira de Arbitragem, v.15, jul-set. 2007, p. 181-199.

NORTH, Douglass C. Institutions, Institutional Change and Economic Performance. The American Economic Review, vol. 84, n. 3, jun., 1994, p. 359-368.

POLINSKY, Mitchell; e SHAVELL, Steven. Economic Analysis of Law. Harvard Law and Economics Discussion Paper nº 536, nov. 2005, p. 17. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=859406>. Acesso em 17 maio 2010.

POSNER, Eric A. Análise Econômica do Direito Contratual Após Três Décadas: Sucesso ou Fracasso? Tradução de Alexandre Viola e Revisão e notas explicativas por Cristiano Carvalho e Luciano Benetti Timm. In: SALAMA, Bruno Meyerhof. Série Direito em Debate, São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Símbolos, sinais e normas sociais na Política e no Direito. Revista Direito GV, São Paulo 4(1), jan-jun 2008, p. 231-268.

REALE, Miguel. O direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 1992.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e Pós-Modernidade. Revista de Informação Legislativa, ano 41, n. 163, Brasília, jul/set 2004, p.113-130.

RODRIGUES, Silvio. Direito civil: parte geral, 34ª ed., vol. I, São Paulo: Saraiva, 2003.

ROPPO, Enzo. O contrato. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

SILVA, Eduardo Silva da. Arbitragem e direito da empresa: dogmática e implementação da cláusula compromissória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SZTAJN, Rachel. ZYLBERSZTAJN, Décio. AZEVEDO, Paulo Furquim. Economia dos Contratos. In: _____ (Org.). Direito e Economia: análise

econômica do Direito e das organizações. São Paulo: Ed. Campus, 2005, p.108.

SZTAJN, Rachel. Sociedades e contratos incompletos. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v.101, jan/dez 2006, p. 171-179.

TIMM, Luciano Benetti. Ainda sobre função social do direito contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva VS. eficiência econômica. Revista dos Tribunais, ano 97, vol. 876, São Paulo: RT, out. 2008, p. 11-43.

_____. Arbitragem nos contratos empresariais, internacionais e governamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

VENCELAU, Rose Melo. O negócio jurídico e suas modalidades. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

A Opção pela Arbitragem como Medida de Salvaguarda para a Redução dos Custos de Transação

Eduardo Oliveira Agustinho[465]

Rafael Augusto Firakowski Cruz[466]

1. Introdução

A opção pela arbitragem como método de solução de controvérsias em contratos empresariais tem inúmeras vantagens e desvantagens, tema já tratado em inúmeros textos, livros, teses, dissertações, artigos e palestras pelo mundo, geralmente com um viés jurídico, pois se trata de um tema procedimental. Porém, a escolha da arbitragem traz não somente implicações jurídicas, visto que tais decisões interferem diretamente no aspecto econômico, em especial no que se refere às relações entre partes contratantes. Ainda mais nesse momento, tendo em vista a multiplicação de contratos preliminares, termos de confidencialidade, contratos gerais e específicos, casos em que o custo de rescisão deve ser levado cada vez mais em consideração.

[465] Advogado. Professor de Direito Empresarial da PUCPR. Doutor em Direito Econômico e Socioambiental pela PUCPR. Professor Visitante da Universidade de Paris I – Panthéon-Sorbonne (2010).

[466]Advogado. Graduado pela UFPR, Pós Graduado em Direito Civil Empresarial e em Direito, Logística e Negócios Internacionais, pela PUCPR. Mestre em Direito (LL.M. Master of Laws), UC Berkeley, Califórnia.

A eficiência de um contrato ou de uma relação comercial é dada cada vez mais pela escolha de como este contrato será resolvido em caso de litígio, através da escolha dentre um dos vários métodos de solução de controvérsia.

Em face disto, o escopo do presente estudo é determinar a interferência do emprego da arbitragem nessas relações, de modo a enfocar as vantagens e reflexos econômicos que fazem com que um contratante opte pela arbitragem ou, ao menos, interesse-se por tal hipótese.

As vantagens são por vezes subestimadas pelas partes, tendo em vista que o custo direto da arbitragem é, em um primeiro momento, mais alto que o judicial. Mas aspectos como a maior previsibilidade da sentença, o aspecto coercitivo da especialidade do árbitro, além do prazo mais curto, procedimento mais claro etc., têm o potencial de, ao final do procedimento, reduzirem os custos de transação, aumentando a eficiência do contrato e agregando um valor maior às partes que um procedimento lento, 'pesado' e complexo como o judicial.

Reitera-se que não se busca apontar a arbitragem como a melhor ou a única opção, mas provocar e fornecer ferramentas para que as partes envolvidas possam, no caso concreto, analisar qual será o reflexo econômico da escolha pela via judicial, pela arbitragem, por qual procedimento arbitral etc.

Busca-se, para tanto, realizar a análise breve de dois aspectos, quais sejam: a arbitragem e a teoria dos custos de transação, buscando dentro deles elementos para a inter-relação entre elas, que interessem à análise proposta. Ao fim, pretende-se fazer um entrelaçamento das informações que auxiliem no entendimento de como o mundo jurídico e o mundo econômico se unem e interferem diretamente entre si, 'chocando-se' com frequência.

2. A Análise econômica do direito e os custos de transação

É possível interpretar os fenômenos econômico-sociais de uma determinada sociedade por intermédio do restrito emprego do instrumental metodológico oferecido pela economia neoclássica?

Esta questão, normalmente posta pela doutrina como uma barreira ao emprego do instrumental metodológico oferecido pela Economia para a compreensão e interpretação das relações sociais sob o enfoque jurídico[467], é, em verdade, uma questão bastante suscitada pelas próprias linhas de pensamento pertencentes à ciência econômica.

A Economia dos Custos de Transação – ECT, vinculada à Escola da Nova Economia Institucional, encontra-se entre estas, de modo que seus seguidores procuram questionar a adoção de premissas da economia neoclássica, de forma absoluta e universal, para a interpretação do ambiente econômico de distintas coletividades. Segundo a teoria neo-institucionalista, a devida compreensão dos fenômenos econômico-sociais depende da observação dos custos de transação presentes nas instituições de uma determinada sociedade. Os custos de transação, representados pelo conjunto dos "custos de pesquisa e informação, custos de negociação e decisão, custos de fiscalização e execução",[468] são considerados como elementos determinantes no processo de orientação das decisões das partes nas suas relações sociais.

Enquanto para a Escola de Chicago os contratos são considerados 'completos', de modo que as possíveis contingências futuras possam ser

[467]SALOMÃO FILHO, Calixto.**O novo direito societário.**3. São Paulo : Malheiros, 2006, pp. 38-54.

[468] *"search and information costs, bargaining and decision costs, policing and enforcement costs"*COASE, Ronald H**.** *The Firm, the Market, and the Law.* in COASE, Ronald H. ***The Firm, the Market, and the Law.***Chicago : The University of Chicago Press, 1988, p. 06.

definidas *ex ante*[469], ou seja, no momento da sua celebração, para a Economia dos Custos de Transação esta interpretação é insuficiente, pois apesar de teoricamente existirem contratos completos, a sua essência é ser 'incompleto' eis que o desempenho dessas relações pessoais é sujeita ao fator tempo, e assim, ao risco e à incerteza, sendo importante a compreensão das instituições existentes em uma determinada sociedade, que representam, genericamente, as "regras do jogo",[470]sejam estas postas por um sistema formal, por meio de leis, ou por um sistema informal, oriundo de costumes socialmente aceitos.[471]

Desse modo, a Economia dos Custos de Transação estuda as instituições e seus arranjos institucionais no intuito de compreender como as partes realizam a escolha, a partir do conjunto de possíveis "regras do jogo" disponíveis, das normas e convenções a serem aplicadas a uma relação em específico.

Na visão de Ronald Coase, "[s]em o conceito de custos de transação é impossível entender o funcionamento do sistema econômico, analisar muitos problemas de um modo útil ou ter base para estabelecer políticas."[472]

Visando aprofundar essa perspectiva, Oliver Williamson busca demonstrar que o ambiente institucional de uma determinada sociedade proporciona inúmeras instituições aos seus integrantes, de modo que a escolha entre uma ou outra dessas "regras do jogo" decorre da

[469]Entenda-se aqui um conceito mais amplo de contrato, ao contrário de um document escrito estabelecendo as condições aplicáveis de forma positiva– *"a contract is a promise or a set of promises for the breach of which the Law gives a remedy, or the performance of which the Law in some way recognizes as a duty"* BLACK, Henry Campbell. ***Black's Law Dictionary***. 6ª Ed. St. Paul: West Publishing, 1990. p 322.

[470]NORTH, Douglass. ***Institutions, Institutional Change and Economic Performance.*** Cambridge: Cambridge University Press. p 03.

[471] MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. ***Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism and Beyond***. 2ª ed. New Jersey: Princeton University.

[472]COASE, Ronald H.*The Firm, the Market, and the Law..,* pp. 06.

identificação, pelas partes engajadas em uma transação, dos distintos custos existentes nas alternativas de arranjos institucionais disponíveis.

As diferenças entre os custos, por sua vez, podem ser extraídas da análise dos atributos da transação realizada entre as partes, representados pela sua especificidade, incerteza e frequência.[473] Em outros termos, é por meio do sopesar dos custos de transação presentes em uma relação negocial específica, que as partes decidem quais são as regras dos sistemas formal e informal, existentes no ambiente institucional, que melhor respondem aos seus interesses.

Quanto ao primeiro atributo mencionado, compreende-se que em uma transação, o grau de especificidade dos ativos pode criar uma maior relação de dependência entre as partes em razão das dificuldades para a sua substituição no mercado.

Em um contrato empresarial de distribuição, por exemplo, é comum as partes se comprometerem com a realização de altos investimentos para a comercialização de determinado produto. Nesse caso, é usual, do mesmo modo, a existência da preocupação em se estabelecer proteções visando a restrição das possibilidades de rompimento contratual em um período inferior ao necessário para o retorno dos investimentos. O próprio Código Civil vigente no Brasil, por exemplo, estabelece como proteção nessa espécie contratual, o direito do distribuidor "à indenização se o proponente, sem justa causa, cessar o atendimento das propostas ou reduzi-lo tanto que se torna antieconômica a continuação do contrato."[474]Ocorre que, quanto mais específico o produto, menor a possibilidade de se conseguir outro distribuidor ou fornecedor no

[473]WILLIAMSON, Oliver E. Porque Direito, Economia e Organizações. in ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações.** Rio de Janeiro : Elsevier, 2005, pp. 16-59 e WILLIAMSON, Oliver E. ***The Economic Institutions of Capitalism***.New York: The Free Press, 1985, pp. 30-32.
[474] Código Civil Brasileiro, art. 715.

mercado, o que pode reduzir a preocupação com a existência de mecanismos de proteção. A peculiaridade da relação, portanto, orienta a escolha de seus arranjos institucionais.[475]

A situação de incerteza, por sua vez, decorre da assunção de que essas relações são conduzidas em meio a um ambiente sujeito à (i) racionalidade limitada do ser humano, e ao (ii) oportunismo das partes. Por meio da racionalidade limitada ("*bounded rationality*"), busca-se demonstrar que é impossível estabelecer *ex ante,* por ocasião da celebração do contrato, todos os desdobramentos possíveis durante a sua execução, eis que o risco e a incerteza sempre limitam essa prospecção – o comportamento humano é, de acordo com essa linha, "deliberadamente racional, mas somente de forma limitada".[476] O comportamento oportunista, por sua vez, liga-se à possibilidade de que as partes se aproveitem de situações de vantagem em decorrência de uma eventual condição monopolista ou de acesso à informações privilegiadas. Compreende-se desse modo, que os contratos são em regra, incompletos, e podem, por isso, demandar adaptações coordenadas entre as partes depois do momento de sua celebração (*ex post*).[477] Ou seja, quanto mais longa uma relação contratual, maior a preocupação com meios de proteção contra os efeitos gerados pela incerteza.

Acresce-se, por fim, a perspectiva relacionada à frequência da relação contratual. Nesse caso, a expectativa de continuidade e

[475] Sobre a interpretação do Contrato de Distribuição por meio dos custos de transação, a caracterização da dependência econômica entre as partes e os seus reflexos contratuais e concorrenciais, consultar: FORGIONI, Paula A. **Contrato de Distribuição.**São Paulo: RT, 2005.

[476] *"intendedly rational but only limitedly so".*MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. op cit. p 245.

[477] Para a Economia dos Custos de Transação a racionalidade limitada dos agentes econômicos é mais ampla do que aquela compreendida pelo pensamento neoclássico. Além disso, o outro fator que gera a incerteza é o comportamento oportunista, representado pela possibilidade de que as partes, ao priorizarem seu interesse individual nos contratos, busquem tomar vantagem de uma situação momentânea de monopólio ou de informação superior.

habitualidade da relação pode gerar incentivos ao pagamento do custo de alguma espécie de arranjo institucional especializado.[478] Um exemplo clássico de como a frequência tende a determinar o grau de envolvimento contratual das partes advém das relações de trabalho, onde, por vezes, torna-se mais eficiente a contratação do empregado ao invés de um prestador de serviço autônomo.

Desse modo, diante das múltiplas variáveis oferecidas pelos atributos dos custos de transação, Oliver Williamson conclui que:

> Planejamento é necessariamente incompleto (por causa da racionalidade limitada), promessas são previsivelmente quebradas (por causa do oportunismo), a identidade das partes é agora relevante (por causa da especificidade dos ativos). Este é o mundo da governança. Considerando que a eficácia das decisões judiciais é problemática, a execução de um contrato recai fortemente sobre os entes decisórios privados. Este é o mundo com o qual a economia de custos de transação se preocupa.[479]

Dito isto, é pertinente esclarecer como a Teoria dos Custos de Transação de Oliver Williamson propõe a avaliação da especificidade, da incerteza e da frequência de uma determinada transação como um caminho para a identificação do meio de coordenação mais apropriado

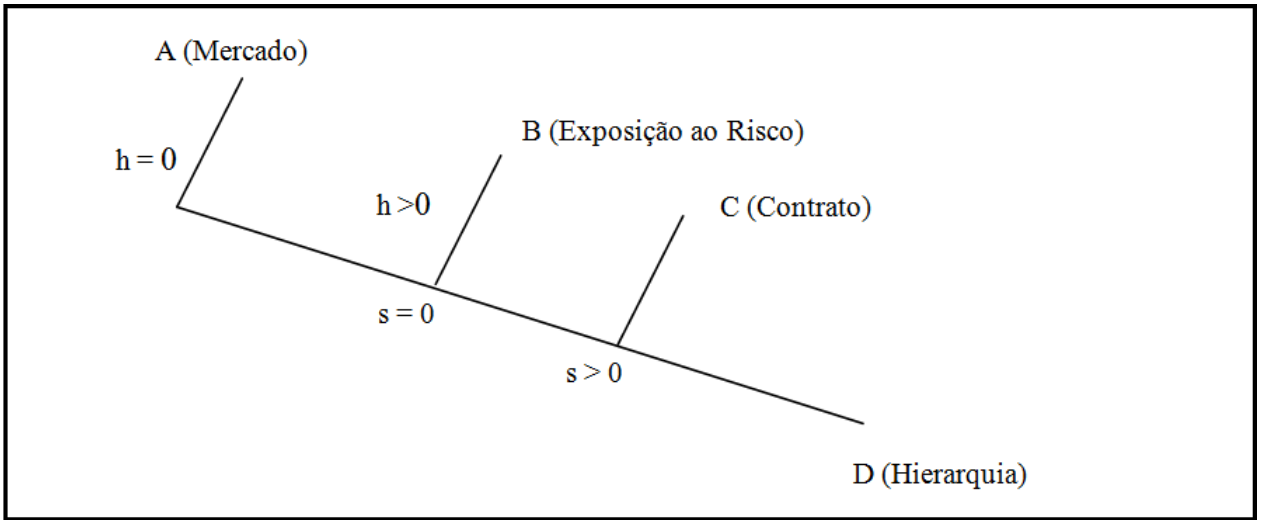
[478]WILLIAMSON, Oliver E. Porque Direito, Economia e Organizações..., pp. 27-28.

[479]*"planning is necessarily incomplete (because of bounded rationality), promise predictably breaks down (because of opportunism), and the precise identity of the parties now matters (because of asset specificity). This is the world of governance. Since the efficacy of court ordering is problematic, contract execution falls heavily on the institutions of private ordering. This is the world with which transaction costs economics is concerned."* WILLIAMSON, Oliver E. The Economic…, 1985. p. 32. Para aprofundamento do tema, consultar:RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. 2011. Racionalidade Limitada**.**in RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Org.). **O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução.**Belo Horizonte : Fórum, 2011, pp. 63-70.

[479]WILLIAMSON, Oliver E. Porque Direito, Economia e Organizações...,pp. 27-28.

para a sua consecução ao menor custo de transação possível. Para tanto é preciso compreender o seu Esquema Contratual Simplificado.[480]

Segundo o autor, os custos de transação envolvidos por uma relação contratual podem ser didaticamente compreendidos a partir da apreciação da relação negocial dentro de um contexto geral pré-concebido de atributos, cujos pontos nodais podem ser teoricamente reduzidos a quatro, (a) Mercado, (b) Exposição ao Risco, (c) Contrato e (d) Hierarquia.



Esquema Contratual Simplificado. Fonte: (WILLIAMSON, 2005, p. 35)

Nesse quadro, considerando que (h) corresponde ao risco de perdas que estão sujeitas as partes na realização de determinado negócio, tem-se que, se o objeto da transação for facilmente substituível, tratando-se de um ativo de especificidade genérica, os riscos assumidos pelas partes são baixos (h=0) e a relação se encontra, então, acomodada dentro do mercado, sob a influência do mecanismo de preços (Nó A).

[480]WILLIAMSON, Oliver E. The Economic..., 1985. pp. 32-35 e WILLIAMSON, Oliver E. Porque Direito, Economia e Organizações..., pp. 35-37.

De outro lado, tratando-se de uma negociação envolvendo um ativo de tecnologia específica, a sua substituição já não é tão simples. Desse modo, o risco de perdas passa a ser positivo (h > 0). Tal quadro induz ao aumento dos preços adotados nessas transações como forma de prevenção.

Um meio para a redução dos riscos, nesse caso, é a adoção de medidas de proteção (s). Desse modo, sem mecanismos de salvaguarda (s = 0), as partes ficam expostas (Nó B). Se, pelo contrário, a transação estabelece meios de salvaguarda contra possíveis perdas (s > 0), essa exposição se torna menor (Nó C). Diante disso, os preços praticados pelas partes para o engajamento em uma transação tendem a ser mais elevados no nó B do que no nó C.

Por fim, na hipótese dos riscos de perdas não propiciarem uma medida de segurança satisfatória por meios contratuais, a tendência é o emprego do sistema de hierarquia, característico do regime jurídico de propriedade (Nó D).[481]

Dito isto, observa-se que os reflexos da proteção contratual sobre os preços praticados pelas partes nas diversas relações negociais são sujeitos a inúmeras variáveis, de modo que o efeito esperado, que é o da redução dos custos de transação, está proporcionalmente vinculado à expectativa das partes quanto ao impacto advindo das cláusulas contratuais sobre os riscos e a incerteza que permeiam a transação.

Nesta linha de raciocínio é que se vislumbra a opção pela arbitragem inserida no contexto em que os riscos são existentes, em certa medida são avaliáveis, e podem ser reduzidos ou estancados com

[481] A análise da adaptação cooperativa por meio da hierarquia foi incorporada pelo autor ao seu Esquema Contratual Simplificado posteriormente. Em sua primeira versão, o autor trabalha apenas com a hipótese de soluções contratuais, restringindo as possibilidades de encaixe da transação às hipóteses de adaptação autônoma dos nós A, B e C.WILLIAMSON, Oliver E. Porque Direito, Economia e Organizações...,pp. 35-37.

a adoção desta medida específica de salvaguarda, conforme se busca ilustrar e detalhar abaixo.

3. O procedimento na arbitragem e princípios formadores

A arbitragem, em uma descrição muito breve, é tida como um método alternativo de solução de controvérsias. Essa descrição é facilmente separada em dois aspectos, quais sejam, (i) a arbitragem é um método alternativo ao Poder Judiciário, e que efetivamente (ii) soluciona controvérsias, em face das 'faculdades jurisdicionais' a ela concedidas pelo Poder Estatal.[482]

Tomando um conceito um pouco mais complexo, mas ainda sucinto, percebe-se a existência de dois elementos formadores da arbitragem que serão fundamentais para a continuidade deste estudo (ainda que se devam ressaltar entendimentos contrários, emitidos por nomes doutrinários relevantes)[483], que seriam (i) a existência de um terceiro para emissão de decisão efetivamente vinculante – elemento jurisdicional[484]e (ii) especialmente que este terceiro é eleito pelas Partes

[482] MORAIS, J. L. Bolzan de. **Mediação e Arbitragem. Alternativas à Jurisdição**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. v. 1.

[483] Neste sentido, ver DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado: arbitragem comercial internacional**. Rio de Janeiro : Ed. Renovar, 2003, ARENHART, Sergio Cruz. Breves observações sobre o procedimento arbitral . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 770, 12 ago. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7161>. Acesso em: 05 jun. 2011 e CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem Lei 9.307/96**. 4 ed. Rio de Janeiro : Editora Lúmen Júris, 2005, entre outros. Na visão de respeitados doutrinadores, como Sérgio Arenhart, a arbitragem não teria caráter jurisdicional. Este entendimento, de que a função jurisdicional só pode ser exercida pelo Estado, vem da influência dos doutrinadores italianos do regime fascista, como Chiovenda, Liebmann e Carnelutti, que tinham uma visão excessivamente publicista, em virtude do momento histórico que viviam, conforme VALENÇA Fo, Clávio de Melo. **Poder Judiciário e Sentença Arbitral**, Curitiba : Juruá, 2002. p 47.

[484] Neste sentido, verificar os conceitos e comentários apresentados por JARROSSON, Charles. ***La notion d´arbitrage***. Paris: LGDJ, 1987; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. ***Law andPracticeofInternationalCommercialArbitration***. Londres: Sweet& Maxwell, 1986; STRENGER, Irineu, **Comentários à lei brasileira de arbitragem**, São Paulo :LTR, 1998. Ressalte-se que poder jurisdicional aqui não significa poder de imperium, distinção importante para o

– elemento contratual. Nas palavras de Philippe Fouchard "pela arbitragem, as partes convêm submeter o litígio ao julgamento de particulares que elas escolheram".[485]

Neste sentido, percebe-se a influência da autonomia da vontade e o conhecimento do poder vinculante das decisões na arbitragem. A postura das partes na assinatura do contrato poderá ter firmes reflexos na execução e posterior *enforcement* do contrato.

Neste sentido, o procedimento arbitral pode ser determinado de três formas diferentes, quais sejam (i) pelas partes, mas complementado e limitado, quando cabível, (ii) pelos árbitros ou ainda (iii) pela lei. Normalmente, quem dispõe da possibilidade de determinar *a priori*o procedimento arbitral são as partes (seja por conta própria – modelo *ad hoc*, ou por via institucional[486]), e *a posteriori* os árbitros completam eventuais lacunas e solucionam controvérsias acerca desse litígio, ainda que procedimentais, e sempre respeitando os mandamentos legais aplicáveis.

Outra característica importante e especialmente relevante para os fins ora propostos é a distinção entre (i) arbitragem *ante facto* de (ii) arbitragem *post facto*, bem como compromisso e cláusula arbitral. A

---

desenvolvimento deste trabalho, conforme distinção claramente feita por VALENÇA Fo, Clávio de Melo.Opcit, com base em lógica de Charles Jarrosson.

[485] Tradução livre de FOUCHARD, Ph.***,L'arbitrage commercial international,*** Paris, Dalloz, 1965, n° 11. Esta citação foi retirada de FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. ***Traité de l´arbitrage comerci l international,*** Paris: Litec, 1996. nº 7.

[486] Existem diversas instituições nacionais e internacionais que administram procedimentos. Entre elas destacam-se internacionalmente os Tribunais Arbitrais da CCI (*Chambre de Commerce International*) em Paris, da americana AAA (*American Arbitration Association*) e do ICSID (*International Centre for the Settlement of Investiment Disputes*), e no Brasil da Câmara de Arbitragem da FGV (Fundação Getúlio Vargas), da CCBC (Câmara de Comércio Brasil-Canadá) e, em Curitiba, a Arbitac (Câmara de Arbitragem da Associação Comercial do Paraná) a CAIEP (Câmara de Arbitragem da Federação das Indústrias do Estado do Paraná). Para mais informações sobre a opção entre arbitragem ad hoc e institucionais: LALIVE, Pierre, ***Avantageset Inconvénients de l´arbitrage Ad Hoc***, publicado no livro ***Études Offertes à Pierre Bellet***, Paris : Litec, 1991 e CARMONA, Carlos Alberto, **Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96**, 2 ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2004;

arbitragem *ante facto* é a opção pela arbitragem como forma de solução de controvérsias antes da pendência efetivamente surgir – no momento da elaboração e assinatura do contrato, por exemplo. Nesse momento, inclui-se uma cláusula arbitral no contrato ou firma-se um compromisso arbitral, definindo a forma da arbitragem em todos os seus termos.

Porém, se o contrato for omisso quanto a essa escolha, e as partes resolverem optar pela arbitragem depois da controvérsia já ter se iniciado, a isso se dá o nome de arbitragem *post facto*, firmando-se um compromisso arbitral.

4. A perspectiva dos custos de transação aplicada à arbitragem

Busca-se, a partir dos elementos expostos, visualizar as principais características da arbitragem e, em uma comparação com o método de resolução de controvérsias tradicional (o Estado-Juiz), analisar a viabilidade e os reflexos da escolha por um método alternativo a partir de uma análise dos efetivos custos envolvidos, concisa e precisa consideração que fazem Luciano Benetti Timm e Eduardo Jobim:

> O custo esperado de recorrer ao Judiciário (ou outras formas de resolução de disputas) não depende apenas das taxas pagas à justiça, de despesas incorridas durante o processo de litígio, da probabilidade de se vencer (probabilidade que pode muito bem depender do montante gasto) e de como os custos do litígio são distribuídos entre quem ganha e quem perde a demanda. Existe também o custo do tempo, das incertezas e da falta de *expertise* dos julgadores em matérias como mercado de capitais, direito societário, direito empresarial e mesmo direito internacional.[487]

[487] TIMM, Luciano Benetti e JOBIM, Eduardo. **A Arbitragem, os Contratos Empresariais e a Interpretação Econômica do Direito**. In: Direito & Justiça, Porto Alegre. v. 33, n. 1, 2007. p. 81.

Essa busca por uma forma de "fugir" da disputa judicial é comentada por Armando Castelar Pinheiro em seu estudo sobre o poder judiciário brasileiro (com claro viés econômico), ao colocar que "a impossibilidade de elaborar contratos suficientemente completos", "a dificuldade de garantir a sua aplicação nos tribunais" e o "interesse das empresas em proteger relações de longo prazo do inevitável desgaste de uma demorada e imprevisível disputa judicial" são incentivos à busca pelas sociedades de alternativas mais viáveis e econômicas.[488]

Desta forma, busca-se estudar alguns dos efeitos potencialmente trazidos pela opção da arbitragem como medida de salvaguarda e a efetiva redução potencial dos custos de transação a que as partes estão inerentemente sujeitas, quando não se trata de relação puramente de mercado e nem de relação entre partes vinculadas – quando há interesses convergentes e divergentes e, portanto, risco.

a. Especialidade e Redução de Erros no Julgamento – A Assimetria de Informações e o Aumento da Previsibilidade

É do melhor interesse das partes a escolha de um árbitro (ou composição de tribunal arbitral com especialistas que se complementem) que seja especialista na área da controvérsia. Essa composição, ou a escolha de um árbitro único, especialista, reduz consideravelmente o risco de erro no julgamento, com inclusive uma redução de custos[489] e aumentando a precisão. Steven Shavell, neste sentido, divide em 3 (três)

[488] PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrados, Judiciário e Economia do Brasil. Artigo publicado em **Direito e Economia. Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Org. Decio Zylbersztajn e Rachel Sztajn. São Paulo: Campus/Elsevier, 2005. p 245.

[489] Bruce Benson trabalha com argumento neste sentido, ao estabelecer que, em tradução livre "juízes estatais não necessitam ter tal expertise, então a arbitragem reduz a incerteza associada ao erro ou viés judicial. Esta especialização ainda significa que a arbitragem pode ser concluída mais de forma mais rápida, menos formal, e muitas vezes com menos despesas que a ação judicial porque as partes não precisam guarnecer o árbitro com tantas informações quanto a um juiz" BENSON, Bruce. ***Arbitration***. Disponível em <http://encyclo.findlaw.com/7500book.pdf>. Acesso em 29 de maio de 2011. p. 162 e PUGLIESE, Antônio Celso Fonseca e SALAMA, Bruno Meyerhof. Op cit. p 6.

as vantagens obtidas com o aumento da precisão nos julgamentos, que seriam (i) aumento no controle do comportamento das partes, que tenderiam a respeitar o estabelecido quanto maior for a chance de serem punidos e quanto maior a chance de serem inocentados se agirem corretamente, (ii) o aumento da previsibilidade e a consequente redução do custos de assunção de riscos e, por fim, (iii) um aumento no número de acordos e solução imediata, em face da maior certeza de punição de quem violou as condições legais e/ou contratuais[490].

A falta de previsibilidade trabalharia dessa forma como um incentivo ao oportunismo possibilitando aos agentes revelar informações de forma parcial, distorcendo ou trapaceando visando benefício egoísta, o que poderia ser inibido pela existência de um árbitro especialista, pois o risco de detecção de tais manobras aumentaria. A insuficiência de informações entre as partes é um claro elemento redutor da eficácia dos incentivos à boa execução do contrato e ao empenho das partes em executar o que foi acordado sem intenções escusas.[491]

Consequentemente, haveria um melhor controle para redução dos efeitos negativos da seleção adversa e do risco moral[492], gerando uma maior transparência tanto *ex ante* (seleção adversa) quanto *ex post* (risco moral) visto que com uma maior abertura de informações as partes

[490] SHAVELL, Steven**.** ***Foundations of the Economic Analysis of Law.*** London: Belknap Press, 2004.

[491] ARAÚJO, Fernando. **Teoria Económica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007.

[492] Entende-se por seleção adversa a redução da possibilidade de contratação justa em face do desconhecimento por algumas partes contratantes de informações fundamentais do ativo, que são propositadamente omitidas pela outra parte em busca de um benefício próprio, o que de forma consistente retira os bons ativos do mercado (pois valeriam um preço superior ao mediano aplicável de forma genérica a todos os ativos). Já como risco moral tem-se o cenário em que um contratante não se dedica como poderia à execução do contrato pela possibilidade de omissão de informações à outra parte, o que gera um acréscimo no custo inerente do ativo a todo o mercado, como compensação pelo custo adicional e não oponível ao real causador. Neste sentido, ver ARAUJO, Fernando. **Introdução à Economia**. Coimbra: Almedina. 2006. p 417-424.

avaliam melhor as chances de êxito ou de fracasso no negócio equilibrando os custos de transação e os *payoffs* entre as partes.[493]

Por evidente, as partes terão segredos comerciais não revelados, mas pode haver uma redução significativamente na má-fé e no oportunismo negativo. O contrato e sua execução seriam, assim, tanto mais eficientes quanto as partes agissem com base no máximo de informações que de fato detém, ao contrário de uma lógica utópica pela qual as partes deveriam ter acesso a todas as informações.

Por mais vontade que os magistrados tenham em se especializar, a fim de prolatar a melhor sentença, sofrem com a falta de tempo (principalmente ministros e desembargadores), e com a falta de motivação, tendo em vista que fatalmente sua sentença será objeto de recursos para instâncias superiores.[494] Tal aspecto gera um ambiente de imprevisibilidade para o mercado – seja por falta de preparo técnico, seja por uma tendência de favorecer o mais fraco da relação jurídica – que faz com que as partes incorram em maiores custos de transação, e dessa forma, em uma relação mais onerosa exatamente para o favorecido individualmente.[495]A certeza de uma decisão justa e correta possibilita diretamente redução nos custos de transação *ex ante* do contrato, seja na forma de juros, na forma de aumento de crédito, de informalidades entre as partes.

[493] MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. op cit. p 258.

[494] "Vários juízes foram de opinião de que o grande número de recursos possíveis a instâncias superiores também prejudica o Judiciário por reduzir a importância das decisões dos juízes de primeira instância e, por vezes, também de segunda instância, já que a grande maioria de suas decisões sofre apelação por uma das partes". PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrados... p 279.

[495] "Isso significa que são exatamente as partes que o magistrado busca favorecer que se tornam as mais prejudicadas por essa não-neutralidade." PINHEIRO, Armando Castelar. Op cit. p 270 acerca de VIANNA, L. W. et al. Corpo e Alma da Magistratura Brasileira. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1997.

Enquanto no judiciário o juiz é escolhido por sorteio, e muitas vezes não é nem sequer o mesmo juiz que acompanha o caso do começo ao fim em virtude de transferências, promoções e férias, as decisões tomadas e caminhos escolhidos são muitas vezes contraditórios entre si.

Neste ponto, vemos outro reflexo que pode vir a ser relevante para o aumento da previsibilidade e celeridade na opção pela via judicial – as súmulas e súmulas vinculantes. Podemos ver esse recente movimento do poder judiciário brasileiro com dois focos, quais sejam, (i) a maior celeridade e previsibilidade à Sociedade, que pode antever o julgamento e pautar suas atitudes de acordo com aquele valor pré-definido e (ii) a restrição à liberdade de atuação do juiz estatal em face de uma súmula vinculante, por exemplo.

Assim, a opção pela arbitragem seria uma desvantagem, pois geraria às partes uma insegurança e um elemento de previsibilidade a menos[496], evitando que as partes pautem suas atitudes naquele entendimento. Por outro lado, e correndo o risco de ser excessivamente pragmático, as partes comercialmente não têm, na maioria dos casos, conhecimento sequer da legislação aplicável, que se dirá de súmulas. Assim, seria um fator positivo a capacidade do árbitro em flexibilizar seu entendimento ao que seria razoável esperar das partes, naquele ramo de negócio e naquele cenário específico do litígio, sem 'travas'.

[496] Adotamos a teoria que os árbitros não estão obrigatoriamente vinculados a determinações do Poder Judiciário, pois elas não estariam incluídas como Legislação Brasileira para estes fins, muito embora as possam (e talvez devam) utilizar como parâmetro de análise e decisão. Tal posicionamento parte da lógica de fontes de direito e do valor formal das decisões do Poder Judiciário para o sistema jurídico brasileiro, em oposição à lógica da Common Law. Neste sentido, DINAMARCO, Júlia. O árbitro e as normas criadas judicialmente: notas sobre a sujeição do árbitro à súmula vinculante e ao precedente. In: CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma Ferreira (Coords.). **Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares**, in memoriam. São Paulo: Atlas, 2007.

b. Incentivos ao Cumprimento do Contrato[497]

As partes devem considerar para a conclusão de um contrato, em uma análise *ex ante*, além dos custos diretos, os custos relacionados à procura da outra parte, à negociação, ao monitoramento da realização do contrato, e ainda os custos de oportunidade, visando melhor adequar a estrutura de governança dos contratos para redução dos custos inerentes.[498] A escolha pela arbitragem pode contribuir para a redução de alguns desses custos (custos e tempo com monitoramento de produtos recebidos ou de obrigações laterais, fiscalização se a outra parte está realmente cumprindo com o contratado).

O que se verifica em muitos casos são demandas no judiciário visando explorar a lentidão do Judiciário, apontada inclusive como um dos principais motivos da morosidade do judiciário, no estudo de Armando Pinheiro.[499]Consequentemente, "as partes podem optar pela arbitragem para reduzir os custos de disputas e coibir comportamentos oportunistas durante o curso do contrato".[500]

---

[497] Ainda que pertinente ao tema, optamos por não aprofundar na distinção feita por Williamson, com base em Ian Macneil, acerca dos tipos de contrato. Para ele, há contratos clássicos, neoclássicos e relacionais, aumentando em complexidade e prazo de um para o outro, e especialmente em imprevisibilidade, o que cada vez mais requer a participação de um terceiro afeito às atividades exercidas nesta relação – especialmente em face do oportunismo e da impossibilidade de confiança em garantias e representações ("representations"). WILLIAMSON, Oliver. ***The Transaction Cost Economics: The Governance of Contractual Relations***. Publicado no Journal of Law and Economics, 1979. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/725118>. Acesso em 26 de Junho de 2011.

[498] *"Transaction costs analysis supplants the usual preoccupation with technology and steady-state production (or distribution) expenses with an examination of the comparative costs of planning, adapting, and monitoring task completion under alternative governance structures."* WILLIAMSON, Oliver. ***The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach***. Publicado no American Journal of Sociology, 1981. Disponível em http://www.jstor.org/stable/2778934. Acesso em 26 de Junho de 2011.

[499] "a primeira (causa) diz respeito ao grande número de casos levados aos tribunais por pessoas, empresas e grupos de interesse, não para lutar por um direito, mas para explorar a lentidão do Judiciário, adiar o cumprimento de uma obrigação." PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrados... p 253.

[500] PUGLIESE, Antônio Celso Fonseca e SALAMA, Bruno Meyerhof. Op cit. p 7.

Além disso, um custo geralmente maior surge quando do inadimplemento do contrato, visto que a busca jurisdicional pela solução dos conflitos necessita de recursos. A arbitragem reduz esses custos na medida em que (i) é mais ágil, (ii) mais rápida, (iii) a decisão tende a ser adequada em virtude da especialização do árbitro, e (iv) a decisão arbitral geralmente é cumprida por medo de ser a empresa considerada uma mau pagadora no ramo de atividade. Ainda, é cada vez mais assegurada a possibilidade de execução de sentenças estrangeiras no Brasil com a ratificação da Convenção de New York de 1958, e a recente confirmação pelo STJ que arbitragens sediadas no Brasil e administradas por instituições estrangeiras são nacionais e não necessitam de homologação judicial.[501]

Como exposto no item 'Especialidade do Árbitro e Redução de Erros no Julgamento – A Assimetria de Informações', acima, todos estes elementos potencialmente geram uma redução na imprevisibilidade, um aumento na simetria das informações e possibilitando condições para uma melhoraria, inclusive, do nível e da qualidade dos ativos no mercado ao reduzir a imperfeição informativa e a seleção adversa. Ressalte-se que a tendência natural do comerciante de produto de qualidade superior tem um incentivo à transparência e divulgação gratuita e crível de informações do mercado[502], mas um método de solução de controvérsias confiável e técnico poderia evitar com que outros, de qualidade inferior, atuassem como agentes enganando e confundindo o mercado.

Outro aspecto a ser avaliado, e tratando essencialmente da arbitragem *ante facto*, e aplicando *mutatis mutandis* à arbitragem *post facto*, o árbitro pode ser considerado de certa forma como parte contratual, pois, ainda que indefinido na assinatura do contrato, a figura

[501] Vide REsp 1231554/RJ, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi.
[502] ARAUJO, Fernando. Introdução... p 418.

do ‘árbitro’ desde logo possui deveres e obrigações, bem como uma vinculação direta ao estabelecido entre as partes.

Em consequência disto, o poder decisório concedido ao árbitro (a ‘sombra’ do árbitro) e as potenciais consequências daí advindas são informações partilhadas entre as partes, aumentando a simetria das informações (em arbitragens *ex ante*, especialmente). Sendo estas informações abertas, as partes evitariam manobras protelatórias e o inadimplemento como forma de protelar um pagamento, por exemplo, pois teriam tal atitude julgada por árbitro especialista e em prazo curto.

Esse incentivo ao adimplemento possibilita uma maximização de ganhos, conferindo a opção da arbitragem *ante facto* às partes “a possibilidade de regular o ambiente normativo a que se submeterão em caso de disputas”, o que coibiria comportamentos oportunistas durante o curso do contrato.[503]Desse modo, não obstante o instituto da arbitragem possa ser juridicamente optado pelas partes a qualquer tempo, a sua convenção *ante facto* proporciona ganhos que justificam a opção pelo seu emprego no momento gênese da relação contratual. Além disto, haveria uma imposição ao árbitro em elevar o nível de dedicação à sentença, visto que o árbitro firma um contrato[504] ao aceitar sua missão, e é pessoalmente responsável pela sentença emitida.

c. Procedimento, Agilidade e Prazo

As partes podem impor as condições que bem entenderem aos árbitros, e ao procedimento, ou seja, podem determinar que a escolha do árbitro, e mesmo que os deveres do árbitro sejam da forma que melhor

[503] PUGLIESE, Antônio Celso Fonseca e SALAMA, Bruno Meyerhof. **A Economia da Arbitragem: escolha racional e geração de valor**. Berkeley Eletronic Press, 2008. p. 7. Disponível em: <http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/>. Acesso em: 07 jun. 2011.

[504] Acerca do contrato e da função do árbitro ler excelente livro de CLAY, Thomas, ***L’Arbitre***.Paris: Dalloz. 2004.

atinja o objetivo das partes, dando às partes mais segurança e previsibilidade.[505]

Outro elemento que reduz o potencial efeito negativo da assimetria de informações entre as partes, tanto no ponto de vista de precaução quanto de mensuração do dano, é a possibilidade de escolha de meios de obtenção de prova mais eficientes e relacionados ao caso, como por caso a adoção do *Discovery*, usando no sistema jurídico norte-americano.

Além disto, as partes costumeiramente definem somente o prazo máximo no qual a arbitragem deverá acontecer, ou seja, a sentença deverá ser proferida em 6 meses, por exemplo, e os demais prazos ficam a critério do árbitro. Philippe Fouchard coloca um exemplo de uma *fast track arbitration*, na CCI, na qual as partes determinaram que a sentença deveria ser dada em 2 meses. A sentença realmente foi proferida em 9 semanas (após a extensão do prazo em 1 semana). Durante esse prazo a administração da CCI e o trabalho do tribunal arbitral foram impecáveis, tratando o tribunal de "uma impugnação ao árbitro, a elaboração da Ata de Missão, questões acerca de sua jurisdição e dos méritos da disputa, memoriais foram apresentados, testemunhas e as partes foram ouvidas, e a sentença foi aprovada pela CCI."[506]

Essa possibilidade de previsão de duração faz que com as partes tenham noção exata do tempo que ficarão vinculados ao processo, do tempo que ficarão, por exemplo, sem a prestação do contrato, ou sem acesso ao ativo, reduzindo, assim, os custos de transação inerentes a esse contrato, sendo que na prestação jurisdicional esses custos não podem ser sequer previstos e adequadamente quantificados.

[505]GAILLARD, Emmanuel e SAVAGE, John. Op cit. pp. 557/628, § 1.048.
[506]Tradução livre de GAILLARD, Emmanuel e SAVAGE, John. Op cit. pp. 655-708, § 1248.

Dessa forma, a agilidade e celeridade do cumprimento ("*enforcement*") do contrato podem ser vistos como "simplesmente a determinante mais crucial para a performance econômica".[507] Assim, busca-se maior eficiência e retorno econômico ao conceder às partes a liberdade para determinar o melhor procedimento para aquele caso específico (considerando os potenciais litígios que possam surgir) e forma de execução do contrato e do método de solução de litígios escolhido.

Um fator primordial para assegurar a eficiência na avaliação e julgamento, e assim um dos principais motivos para a morosidade da Justiça (pelos próprios magistrados), é a insuficiência de recursos, colocando como exemplos de escassez, por exemplo, a falta de informatização e a precariedade de instalações.[508] Ainda, pesquisa publicada nos Cadernos de Direito da Escola de Direito da FGV, em São Paulo[509], apresenta dados alarmantes sobre a morosidade de julgamentos acerca de temas afeitas ao Direito Societário em 1ª e 2ª instância em São Paulo. Em média, um processo em ambas as instâncias levaria aproximadamente 4 anos e meio (1.536,80 dias) para ser julgado – sem contar os recursos para o STJ e STF.

Já os árbitros, "não raro, contam com a infraestrutura necessária para que suas decisões sejam tomadas com grande rapidez."[510]Além disso, a informalidade do procedimento é outro ponto apontado como crítico na prestação judicial ("A maioria dos respondentes (51,1%)

[507] Tradução livre de MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. op cit. p 255.
[508] PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrados... p 253/256.
[509] PRADO, Viviane Muller e BURANELLI, Vinícius Correa. **Relatório da Pesquisa de Jurisprudência sobre Direito Societário e Mercado de Capitais no Tribunal de Justiça de São Paulo**. In: Cadernos Direito GV, v.2 ,n.1. São Paulo: Gráfica FGV, 2006.
[510] PUGLIESE, Antônio Celso Fonseca e SALAMA, Bruno Meyerhof. Op cit. p 5.

considera o excessivo formalismo processual do Judiciário brasileiro uma causa muito importante da morosidade judicial"[511]).

d. Sigilo

Outro ponto comumente indicado como favorável à arbitragem seria a possibilidade de determinação de confidencialidade ao procedimento. Na jurisdição estatal, ao menos no Brasil, os processos judiciais, para serem sigilosos, devem cumprir requisitos muito específicos, não sendo corriqueira a proteção de segredos industriais. Eventual discussão judicial sem garantia de sigilo poderia causar danos concretos à parte, tal como (i) uma perda de competitividade e eficiência à parte ao ver revelados segredos comerciais a concorrentes, (ii) em caso de defeitos de um produto, por exemplo, incentivo a terceiros para litigar contra ela, entre outros.[512]

De qualquer forma, com a inclusão do sigilo na cláusula de arbitragem, por exemplo, a confidencialidade do procedimento estaria assegurada, possibilitando assim ao árbitro acesso a mais documentos com a segurança das partes.[513]

O sigilo do procedimento teria ainda outro efeito (positivo para a parte relacionada, mas negativo à sociedade) que seria a não criação de

[511] PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrados... p 258.

[512] TIMM, Luciano Benetti e JOBIM, Eduardo.Op Cit. p. 92-94.

[513] Vale ressaltar que o sigilo não é visto de forma absoluta como inerente à arbitragem, especialmente em face de conhecidos julgados internacionais que declararam que o procedimento arbitral e documentos somente serão sigilosos se as partes assim o expressamente declararem. Há teorias pela qual, no direito brasileiro em especial, o dever de sigilo e confidencialidade seria inerente à arbitragem com base nos deveres laterais de lealdade, proteção e especialmente da boa-fé objetiva.Neste sentido, PINTO, José Emílio Nunes. **Proposta para a Preservação do Sigilo da Arbitragem na Execução Específica da Cláusula Compromissória**. Disponível em < http://www.ccbc.org.br/download/artarbit20.pdf>. Acesso em 10 de junho de 2011; e PINTO, José Emílio Nunes. **A Confidencialidade na Arbitragem**. Disponível em < http://www.ccbc.org.br/download/artarbit11.pdf>. Acesso em 10 de junho de 2011.

precedentes, ou *leading cases*. Uma parte, por exemplo, uma empresa de tabaco, poderia discutir o tema e ser condenada em um procedimento arbitral sigiloso, pois isto não faria com que outras partes tivessem acesso a tal sentença e a usassem como fundamento para pedidos semelhantes.[514]

e. Mau Pagador no Ramo de Atuação

Além de todas as características aventadas acima, por ser a arbitragem um meio de solução de controvérsias considerado neutro, e muitas vezes a única forma de satisfazer ambas as partes na negociação de um contrato, há uma noção de respeito à decisão arbitral que deve ser seguida pelos membros do ramo de atuação.

Bruce Benson trata de forma exemplar do tema ao estabelecer que o cumprimento voluntário é incentivado pela pressão do grupo comum, como uma forma de autorregulação. O pagamento de uma condenação é visto como um benefício de longo prazo de reciprocidade em situação adversa, quando há a segurança de cumprimento.[515]Levando em conta o equilíbrio de Nash[516] (avaliando as escolhas dos demais agentes envolvidos) e os custos adicionais de transação que potencialmente seriam incorridos em um litígio não executado amigavelmente, as partes contratantes podem evitar contratar com o mau pagador, na expectativa de inadimplementos e demora na execução de uma sentença arbitral.

Dessa forma, gera-se uma pressão para que as empresas efetivamente paguem, espontaneamente, o que é devido, tendo assim a possibilidade de se manter no mercado.

---

[514] Sobre a criação de precedentes e seus reflexos econômicos, TIMM, Luciano Benetti e JOBIM, Eduardo.Op Cit. p. 94.

[515]BENSON, Bruce. Op cit. p 165

[516] "uma situação em que os agentes econômicos que estão interagindo uns com os outros escolhem a melhor estratégia para si com base nas estratégias escolhidas pelos outros." PINDYCK, Robert S. e RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomia**. 6ª ed. Trad. Eleutério Prado, Thelma Guimarães. São Paulo : Pearson Prentice Hall, 2005. p 407.

f. Custos Diretos

Outro ponto a ser levado em consideração trata do direto incorrido na arbitragem, que em regra é mais elevado que o custo do acesso ao Poder Judiciário. Ao se tratar, todavia, de litígios em contratos de valores mais elevados, ou mesmo de temas complexos, os custos do acompanhamento por um escritório de advocacia por anos pode ultrapassar o excedente de valores pagos a títulos de custas e honorários na arbitragem.[517]

Luciano Timm e Eduardo Jobim apresentam, todavia, uma estimativa de custos ,mais neutra (utilizando como base os valores de uma arbitragem perante a CCI e um processo judicial em São Paulo) demonstrando que enquanto os custos em uma arbitragem podem alcançar entre 1,76% a 5,5% do valor da causa, um processo judicial pode somar de 2 a 6% do valor da causa[518]. Somando-se a isso os honorários advocatícios e de assistentes técnicos, percebe-se que a efetiva e apurada análise de custos diretos, caso a caso, pode demonstrar-se neutra ou favorável a qualquer um dos lados.

g. O Valor do Uso da Arbitragem para a Sociedade

Por fim, Antônio Pugliese e Bruno Salama abordam um aspecto relevante, do ponto de vista da análise econômica, acerca da escolha pela arbitragem no que diz respeito à sociedade como um todo.[519]Para os autores, fazendo uso da figura de oferta e demanda, com a oferta de uma possibilidade de resolução de controvérsias mais ágil, mais rápida e mais flexível, percebe-se a existência de uma competição pela prestação jurisdicional entre a arbitragem e o poder judiciário.Ao mesmo tempo em

[517] Neste ponto encaixa-se a crítica que se pode fazer aos incentivos causados pelo Estado Brasileiro ao subsidiar parcialmente e/ou totalmente alguns litigantes, trazendo um aumento no número de litigantes sem reais pretensões jurídicas.
[518] TIMM, Luciano Benetti e JOBIM, Eduardo. Op Cit. p. 91.
[519] PUGLIESE, Antônio Celso Fonseca e SALAMA, Bruno Meyerhof. *Op cit.* p 8.

que a arbitragem traz essas vantagens, mas tende a ser mais cara (sendo esse ponto relativo, não fixo), o judiciário tende a ser menos célere, ser menos especializado. Assim, o “custo total” de cada serviço é calculado, e muitas vezes o custo final do uso pelo Poder Judiciário supera o da arbitragem.

Consequência disto seria que o Poder Judiciário se sentiria compelido a alterar seus rumos, suas estratégias a fim de fazer frente a esse movimento arbitral, buscando assim procedimentos mais céleres, que efetivamente tragam vantagens para as partes. As recentes alterações legislativas brasileiras, tanto de processo civil quanto de direito civil, vêm corroborando com esse entendimento de busca pela evolução, e a competição com outros modelos de prestação jurisdicional é um dos motivos que levam a esse movimento.

Além disto, há um potencial aumento na negociação de acordos, levando-se em consideração os riscos a que cada parte está sujeita na demanda. Supondo que uma parte de fato causou danos à outra no valor de R$ 100.000,00, e é sabedora de sua culpa, mas tem argumentos para tentar convencer o julgador do contrário. Se a parte avalia que a sua chance de perder é de 80%, ele estaria sujeito a aceitar um acordo por menos de R$ 80.000,00. De outro lado, se o ofendido entender, por receio de se ver sem nada, que a sua chance de perder a demanda é de 30%, um acordo por mais de R$ 70.000,00 seria viável, causando uma zona de congruência de interesses. Isto reduziria o custo do procedimento, e aumentando a eficiência da relação como um todo.

Dessa forma, e considerando que, no cômputo geral, acordos são positivos para a Sociedade, pois possibilitam uma maior eficiência e menores custos de transação a ambas as partes (e em especial no processo judicial, pois reduz-se os gastos públicos), vemos que uma maior especialidade do árbitro, somado à agilidade do procedimento,

agiria como forma de incentivar o acordo, aumentando os riscos para o inadimplente.

Em um acordo, o próprio advogado reduzirá as horas incorridas no caso e receberá seus honorários de forma antecipada, servindo como incentivo para uma discussão mais clara com seu cliente. Neste caso, igualmente se está dando uma maior eficiência e justiça, reduzindo custos e trazendo benefícios à Sociedade.

5. Conclusão

Tendo passado mais de uma década de vigência da lei de arbitragem brasileira, permite-se inferir que a interpretação em relação ao instituto e quanto à sua importância como um meio de solução de controvérsia está bastante avançada, senão consolidada.

O presente artigo busca suscitar, a partir dessa percepção, outro enfoque de observação, de modo que, mais do que um mero meio de solução de controvérsias, seja, a opção das partes pela arbitragem *ex ante,* compreendida como um meio de prevenção de controvérsias.

O instrumental hermenêutico da Teoria dos Custos de Transação nos permite apreender, de forma bastante clara, o importante papel que pode ser exercido pela cláusula arbitral nas relações empresariais, como um efetivo meio de salvaguarda para as partes.

A percepção desse fator, tão evidente para a teoria neo-institucionalista, precisa ser mais valorizada pelo Direito, de modo à propiciar a redução dos custos de transação.

6.Referências

ARAÚJO, Fernando. Introdução à Economia. Coimbra: Almedina. 2006.

ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007.

ARENHART, Sergio Cruz. Breves observações sobre o procedimento arbitral .Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 770, 12 ago. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7161>. Acesso em: 05 jun. 2011

BENSON, Bruce. Arbitration. Disponível em <http://encyclo.findlaw.com/7500book.pdf>. Acessoem 29 de maio de 2011.

BLACK, Henry Campbell. Black's Law Dictionary. 6ª Ed. St. Paul: West Publishing, 1990. p 322.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Arbitragem Lei 9.307/96. 4ª ed. Rio de Janeiro : Editora Lúmen Júris, 2005, entre outros

CARMONA, Carlos Alberto, Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96,2 ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2004;

CLAY, Thomas, L'Arbitre. Paris: Dalloz. 2004.

COASE, Ronald H. The Firm, the Market, and the Law. in COASE, Ronald H. The Firm, the Market, and the Law. Chicago: The University of Chicago Press, 1988.

DINAMARCO, Júlia. O árbitro e as normas criadas judicialmente: notas sobre a sujeição do árbitro à súmula vinculante e ao precedente. In: CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma Ferreira (Coords.). Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam. São Paulo: Atlas, 2007.

DOLINGER, Jacob. Direito Internacional Privado: arbitragem comercial internacional. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003.

FORGIONI, Paula A. Contrato de Distribuição.São Paulo: RT, 2005.

FOUCHARD, Philipe, L'arbitrage commercial international, Paris, Dalloz, 1965

FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold.Traité de l´arbitrage commercial international, Paris: Litec, 1996.

JARROSSON, Charles. La notion d´arbitrage.Paris: LGDJ, 1987;

LALIVE, Pierre, Avantages et Inconvénients de l´arbitrage Ad Hoc, publicado no livro Études Offertes à Pierre Bellet, Paris : Litec, 1991

LEE, João Bosco; VALENÇA FILHO, Clávio de Melo, A arbitragem do Brasil. 1ª ed. Programa CACB-BID de fortalecimento da arbitragem e da mediação comercial no Brasil. Brasília: 2001

MACKAAY, Ejan. L'analyse économique du droit.Quebec, Canada : Les Éditions Thémis, 2000, p. 13-15.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism and Beyond. 2ª ed. New Jersey: Princeton University.

MORAIS, J. L. Bolzan de.Mediação e Arbitragem. Alternativas à Jurisdição. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

NORTH, Douglass. Institutions, Institutional Change and Economic Performance, Cambridge: Cambridge University Press.

PINDYCK, Robert S. e RUBINFELD, Daniel L. Microeconomia. 6ª ed. Trad. Eleutério Prado, Thelma Guimarães. São Paulo : Pearson Prentice Hall, 2005.

PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrados, Judiciário e Economia do Brasil. Artigo publicado em Direito e Economia. Análise Econômica do Direito e das Organizações. Org. Decio Zylbersztajn e Rachel Sztajn. Sâo Paulo: Campus/Elsevier, 2005.

PINTO, José Emílio Nunes. A Confidencialidade na Arbitragem. Disponível em < http://www.ccbc.org.br/download/artarbit11.pdf>. Acesso em 10 de junho de 2011.

PINTO, José Emílio Nunes. Proposta para a Preservação do Sigilo da Arbitragem na Execução Específica da Cláusula Compromissória. Disponível em < http://www.ccbc.org.br/download/artarbit20.pdf>. Acesso em 10 de junho de 2011.

PRADO, Viviane Muller e BURANELLI, Vinícius Correa. Relatório da Pesquisa de Jurisprudência sobre Direito Societário e Mercado de Capitais no Tribunal de Justiça de São Paulo. In: Cadernos Direito GV, v.2 ,n.1. São Paulo: Gráfica FGV, 2006.

PUGLIESE, Antônio Celso Fonseca e SALAMA, Bruno Meyerhof. A Economia da Arbitragem: escolha racional e geração de valor. Berkeley Eletronic Press, 2008. Disponível em: <http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/>. Acessoem: 07 jun. 2011.

REDFERN, Alan; HUNTER, Martin.Law and Practice of International Commercial Arbitration.Londres: Sweet & Maxwell, 1986;

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. 2011.Racionalidade Limitada.in RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Org.). O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução. Belo Horizonte : Fórum, 2011, pp. 63-70.

SALOMÃO FILHO, Calixto. O novo direito societário.3. São Paulo : Malheiros, 2006.

SHAVELL, Steven. Foundations of the Economic Analysis of Law.London: Belknap Press, 2004.

STRENGER, Irineu, Comentários à lei brasileira de arbitragem, São Paulo :LTR, 1998.

TIMM, Luciano Benetti e JOBIM, Eduardo. A Arbitragem, os Contratos Empresariais e a Interpretação Econômica do Direito. In: Direito & Justiça, Porto Alegre. v. 33, n. 1, 2007.

VALENÇA Fo, Clávio de Melo. Poder Judiciário e Sentença Arbitral, Curitiba : Juruá, 2002

WILLIAMSON, Oliver. The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach. Publicado no American JournalofSociology, 1981. Disponível em http://www.jstor.org/stable/2778934. Acesso em 26 de Junho de 2011.

WILLIAMSON, Oliver E. The Economic Institutions of Capitalism. New York: The Free Press, 1985.

WILLIAMSON, Oliver. The Transaction Cost Economics: The Governance of Contractual Relations. Publicado no Journalof Law andEconomics, 1979. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/725118>. Acesso em 26 de Junho de 2011.

WILLIAMSON, Oliver E. Porque Direito, Economia e Organizações. in ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro : Elsevier, 2005, pp. 16-59.

Contratos Derivativos e sua Fiscalização

Anne Ruppel[520]

Idevan César Rauen Lopes[521]

Sumário: 1. Introdução. 2. Contratos Derivativos. 2.1. Noções Gerais sobre os Contratos Derivativos. 2.2. Espécies. 2.2.1.Contratos Futuros. 2.2.2. Contratos a Termo; 2.2.3. Contrato de Opções. 2.2.4. Swaps. 3. Contratos Derivativos e o Mercado de Capitais. 3.1. Regulação do Mercado de Capitais. 3.2.Comissão de Valores Mobiliários – CVM. 3.3. Banco Centra do Brasil – BACEN. 3.4. BM&FBOVESPA. 3.5. CETIP S.A. Balcão Organizado de Ativos e Derivativos. 4. Conclusão. Referências.

1. Introdução

O presente trabalho tem por finalidade verificar o funcionamento e a na necessidade de fiscalização das operações do Mercado Derivativo. Os contratos derivativos representam um instrumento financeiro de suma importância nas Bolsas de grande representatividade internacional, pois são responsáveis por uma parte significativa das negociações disponibilizadas nessas Bolsas.

[520]Advogada. E-mail: ruppelanne@hotmail.com

[521] Advogado Empresarial, Professor da PUC-PR, Mestre em Direito Econômico e Social pela PUC-PR, E-mail: idevan@idevanlopes.com.br

Vale ressaltar, desde já, que os contratos derivativos não são criadores de riscos, pois os riscos são intrínsecos à própria atividade econômica. A participação deles é tão somente no tocante a transferênccia do risco, ou seja, a gestão desse elemento dentro de cada operação com derivativos. Para melhor entendê-los é necessário observar o histórico da sua criação, anotar algumas noções gerais para em seguida tratarmos das principais espécies destes contratos, quais sejam: contrato futuro, contrato a termo, contrato de opção e Swap.

É necessário ter um sistema muito bem estruturado quando há uma transferência de risco, mesmo porque esta só ocorrerá quando houver credibilidade para este tipo de mercado. Portanto, os contratos derivativos devem ser bem regulamentados e fiscalizados, para isto é necessário entendermos como devem se comportar alguns órgãos que atuam neste mercado de valores como a Comissão de Valores Mobiliários – CVM, o Banco Central do Brasil – BACEN, a BM&FBOVESPA e o CETIP S.A. Balcão Organizado de Ativos e Derivativos.

Ao final, poderemos compreender melhor a importância da regulação e fiscalização dos contratos derivativos e do mercado do qual participam, isto visando ter uma melhor estabilidade neste mercado, o que propiciará um desenvolvimento econômico mais consubstanciado.

2. Contratos derivativos

2.1 Noções gerais sobre os contratos derivativos

Os contratos derivados são instrumentos financeiros que resultam de um contrato com prazo, no qual são pré-determinados os valores de bens que ainda não estão disponíveis (ativos subjacentes). O que

permite uma certa estabilização econômica, já que com a adoção deste instrumento se pode cobrir risco de possíveis perdas.

Os derivados podem ter como ativos subjacentes mercadorias e matérias-primas, ações, obrigações, taxas de juro, taxas de câmbio, ou índices (tais como índices de ações, índices de preços no consumidor (inflação), índices sobre condições atmosféricas, ou até índices sobre outros derivados). É o desempenho destes ativos e índices que determina tanto o montante como o ritmo dos pagamentos que resultam do derivado.

Tal instituto pode ser remetido ao tempo dos samurais no Japão, século XIX, onde o arroz, além de alimento básico era utilizado como meio de troca, e, consequentemente, servia de parâmetro para o estabelecimento de preço das diversas economias. Entretanto este produto sofria com as fortes oscilações de preço, e essa situação despertou o interesse de um comerciante que, percebendo oportunidades de ganho passou a adquirir o produto em locais onde seu preço estava barato para simultaneamente vendê-lo em outros lugares a um valor superior, tornando-se ponto de referência de comércio e de preço do arroz para todos os interessados em negociar o produto.[522]

Com o aumento das negociações, para facilitar e agilizar a venda dos produtos, os ofertantes passaram a levar apenas amostras do arroz que produziam.

Ao perceberem ser eficaz a negociação com a amostra do produto, perceberam também que podiam negociar o que ainda estava a ser colhido, uma vez que já tinham ideia da qualidade bem como da quantidade do que iriam colher. Neste momento, surge a venda diferida, que é uma venda na qual o comprador paga pela mercadoria e o

[522] NETO, Lauro de Araújo Silva. Derivativos – Definições, Emprego e Riscos - 4º ed. São Paulo: Atlas, 2010, pg. 20 e 21

vendedor promete entregá-la no futuro, em um local e data estipulados previamente.

Mais tarde, com o aumento dos prazos dos contratos, os compradores, receosos, decidiram firmar um contrato onde o pagamento ocorreria na entrega do bem, porém com o preço definido na época do negócio. Este mercado é conhecido como mercado a termo, detalhado mais adiante.

Dessa forma, a comercialização era boa para o fazendeiro, que garantia a venda por um preço conhecido, não correndo o risco da desvalorização do produto, bem como para o comprador, que garantia o fornecimento e não corria o risco de a cotação do arroz subir quando a entrega fosse realizada.

Caso houvesse algum problema que desencadeasse do não cumprimento do contrato, o máximo que as partes perderiam era a variação do preço do bem, sendo que o principal estava protegido. Sendo assim, resta claro que os riscos dessa operação, com o pagamento no ato da entrega do produto, eram menores do que a entrega diferida, na qual o comprador pagava pela mercadoria acreditando que o fazendeiro iria entregar o produto futuramente.

Esse novo contrato ficou conhecido como contrato derivativo a termo, podendo ser definido como uma promessa de compra e venda, estabelecida na data atual, com recebimento da mercadoria e pagamento para uma data futura, pré-estabelecida.

Posteriormente, formou-se uma classe de comerciantes especializados em determinados produtos que ficaram responsáveis pela sua comercialização, estoque, determinação de preços, distribuição e finalmente, a manutenção das feiras. Logo, visando facilitar o negócio

que só tendia a crescer, decidiram criar um local com o objetivo único e específico de comercializar o bem.[523]

A partir dos séculos XVIII e XIX, agentes econômicos estabeleceram códigos de ética e conduta para os participantes do mercado, e dessa forma surgiram as Bolsas de Mercadorias que viabilizavam e concentravam operações com características de derivativos, alimentando cada vez mais o desenvolvimento desse mercado.

A princípio, essas bolsas comercializavam apenas à vista, onde o comprador pagava e o vendedor entregava o produto ou uma *commodity* no mesmo instante. Porém, transações futuras também passaram a ser negociadas no mercado de bolsas.

Dentro de um contexto mais moderno, apesar de a Bolsa de Osaka[524] já negociar futuros de arroz desde o século XVIII, destaca-se a criação da *Chicago Board of Trade* (CBOT)[525], em 1848, que iniciou um processo de disseminação de bolsas que centralizavam operações como *commodities* e alguns derivativos em diversas partes do mundo, como por exemplo, em Nova Iorque (*New York Cotton Exchange* em 1870 *e New York Mercantile Exchange* em 1872) e em Paris (*Paris Commodity Exchange* em 1885).

No Brasil, em 1917 foi criada Bolsa de Mercadorias de São Paulo (BMSP), sucedida pela Bolsa de Mercadorias e Futuros BM&F, fundada em 1985, a qual incorporou a BMSP e diversas outras bolsas de derivativos no país, seguindo a tendência mundial. Em 2008 se fundiu

[523]NETO, Lauro de Araújo Silva. Derivativos – Definições, Emprego e Riscos- 4º ed. São Paulo: Atlas, 2010, pg. 25

[524] A Bolsa de Osaka foi estabelecida em junho de 1878, e começou as transações em agosto do mesmo ano. É uma das duas maiores bolsas do Japão. (http://www.ose.or.jp/e/profile/5467)

[525] A Chicago Board of Trade (CBOT) é a bolsa de mercadorias mais antiga do mundo, e negocia com mais de 50 (cinquenta) diferentes tipos de contratos futuros e de opções. Em 12 de julho de 2007 houve a fusão com a Chicago Mercantile Exchange (CME) para formar a holding CME group (http://wiki.advfn.com/pt/Chicago_Board_of_Trade).

com a Bovespa, constituindo a BM&F BOVESPA S.A., na qual atualmente são negociados os contratos derivativos aqui no Brasil.

A estruturação do mercado de derivativos é muito importante, pois permite aos produtores que se protejam contra riscos supervenientes de um lado e do outro, permite aos investidores realizar aplicações que se resumem em jogar com o mercado futuro, apostando na valoração dos ativos subjacentes bem como na imperfeição dos mercados e instabilidades dos preços dos ativos, extraindo dai as aplicações lucrativas.

O derivativo depende de um determinado ativo-objeto, a oscilação do seu preço está ligada com a flutuação do valor desse ativo correspondente. Portanto, nesse espectro, podem os derivativos ser usados, ao menos, em duas aplicações, quais sejam a assunção dos riscos, na forma de especulação em tendências do ativo-objeto ou proteção contra riscos do ativo-objeto, por intermédio de operações de *hedge* (cobertura de riscos).

Quando a pessoa ou a empresa se utiliza dos derivativos para se proteger de eventuais mudanças no preço de um produto, ou ainda para negociar o bem, de taxas ou índice, valer-se-á do *hedge*.

O *hedge* pode ser feito tanto para a compra como para a venda de um derivativo. Uma operação de *hedge* envolve a posição no contrato que gere resultado positivo quando o preço do produto inflige perda em uma outra posição. Assim, num cenário de excesso de oferta de um determinado produto, o *hedger* teria perda no mercado físico da *commodity*, mas obteria uma compensação no mercado de derivativos.

Pode-se dizer que a cobertura do risco e a especulação são duas faces de uma mesma moeda, pois um empresário só pode cobrir-se de um determinado risco se um investidor, ou um especulador, estiver

disposto a assumi-lo em seu lugar, sendo os derivativos justamente um mecanismo contratual de transferência de riscos.

Por isso é que, o especulador não é nocivo ao mercado, pelo contrário, ele é necessário quando o *hedger* não quer correr um risco. E para que haja um maior equilíbrio no mercado, deve este estar bem regulado.

2.2 Espécies

No presente trabalho, a fim de facilitar a exposição adotaremos quatro castas de derivativos, quais sejam os ***contratos futuros***(no qual se estabelece data e preço para que as partes possam efetuar ou não o negócio), os contratos ***a termo***(no qual o comprador assume a obrigação de pagar o valor previamente contratado ao vendedor na data de entrega do bem), contratos as ***opções***(no qual uma das partes pode optar a compra ou a venda de ativo, por preço previamente ajustado em data futura), e os contratos *"**swaps**"* (que possibilitam a troca de posições relativas a determinados valores em data ou datas futuras previamente fixadas).

2.2.1 Contratos futuros

Os contratos futuros são contratos padronizados negociados entre duas contrapartes por intermédio de uma bolsa, para um determinado vencimento em uma data futura, que deverão ser liquidados financeiramente, em sua grande maioria. Dessa forma, "eventuais variações no preço ajustado em relação a determinado valor de referência são cobradas ou pagas pelos compradores e vendedores". [526]

Eles obedecem a um ajuste diário de posições de pagamento inicial de margens de garantia, ou seja, no final do dia a operação é debitada ou creditada de acordo com a posição do contrato. Esse mecanismo da bolsa diminui o risco de crédito deste mercado, de modo a evitar que uma operação perdedora acumule prejuízo ao longo do tempo. Operando contratos futuros, um exportador pode, antecipadamente, garantir a relação R$/US$ (reais sobre dólares norte americanos), assegurando sua receita em reais, independente das oscilações do mercado até o vencimento da operação.

[526] Neto, Alexandre Assaf . Mercado Financeiro – 9ª ed. São Paulo: Atlas: 2009, p.263.

Esses contratos têm sua origem na necessidade de administrar o risco de alteração de preço que extrapola a banda da previsibilidade dos ativos financeiros. Os mercados futuros, com maior liquidez no Brasil, são aqueles que negociam a taxa de juros (DI – Depósito Interfinanceiro), o dólar comercial e o de ações (Ibovespa futuro).[527]

Climeni e Kimura[528] ressalvam que, por serem negociadas na Bolsa, essas operações estão sujeitas a padronização de cláusulas e especialmente aos mecanismos de garantia que são impostos. Dessa forma, como a Bolsa figura como contraparte das operações, exige-se que os participantes depositem recursos como garantia de que honrarão as possíveis perdas.

O mercado passou a determinar que no contrato futuro deveriam estar especificados, entre outros, os seguintes limites: (i) quantidade: cada contrato passou a representar uma quantidade fixa do produto, não sendo mais permitido negociar qualquer quantidade de mercadorias; (ii) qualidade: ao negociar o produto comprador e vendedor já sabem o que vão entregar e receber; (iii) data do vencimento: as bolsas estabelecem datas específicas para a liquidação do contrato, datas estas que normalmente acompanham o ciclo de comercialização dos produtos; (iv) local de entrega: as bolsas normalmente estabelecem como pontos de entrega os mais próximos dos centros de consumo e de produção do bem. [529]

Todos esses fatores, embora não esgotem todos os itens de padronização de um contrato, são muito importantes no momento da fixação do preço do produto a ser comercializado que em verdade é o

[527] Artigo publicado pela Bovespa – Bolsa de Valores de São Paulo, no caderno de mercado futuro de ações http://www.bmfbovespa.com.br/Pdf/ftmercadofuturo1.pdf

[528] CLIMENI, Luiz Alberto Orsi e KIMURA, Hebert, Derivativos Financeiros e seus Riscos, Editora Atlas S.A., São Paulo, 2008, p. 35.

[529]NETO, Lauro de Araújo Silva. Derivativos – Emprego, Definições e Riscos. 4º ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 35.

único item que está livre para negociação, sendo que se algum dos outros itens não for passível de especificação, dificilmente poderá ser consumada a operação.

Embora a pouca versatilidade dos contratos futuros possam representar uma desvantagem em relação a outros mercados, a agilidade da intercambialidade de posições, compensará essa perda de flexibilidade. Isso porque para se anular direitos e deveres assumidos por uma compra de um futuro para vencimento em determinada data, basta que esse contrato seja vendido para a mesma data. Assim, os direitos de um anularão os deveres de outro.

Juntamente com a intercambialidade, surgiu outra vantagem para o mercado que permite um mercado mais líquido e transparente, qual seja o ajuste diário de posições. O ajuste diário corresponde a um mecanismo garantidor do mercado futuro, pois através dele as partem recebem ou pagam diariamente os valores em função das alterações de expectativas de perda ou ganho neste mercado.

Muitas vezes a liquidação se dá em dinheiro, pagando-se ou recebendo-se a diferença entre o valor fiado de compra e o de venda, não havendo a entrega física do bem negociado, a participação do especulador é muito importante, pois ele assume o risco desses contratos e ainda colabora com as operações de *hedging*, que visam proteção.

2.2.2 Contratos a termo

O mercado a termo muito se assemelha ao mercado futuro. No contrato a termo (*forward price contracts)*, a parte que se compromete a pagar pelo produto assume uma posição “comprada” e a parte que se compromete a vender o item assume uma posição “vendida”.

A grande diferença é que enquanto nos contratos futuros há liberdade para sair da posição, nos contratos a termo o comprador e o vendedor ficam, em regra, obrigados a manter essa posição até a liquidação, que ocorre mediante a entrega física do ativo-objeto.

Os *forward agrements*, como também são conhecidos os contratos a termo, são considerados os mais simples dos derivativos, já que tem como finalidade uma promessa de compra e venda de um ativo, por um preço predefinido, que deverá obrigatoriamente ser cumprida em uma data futura. O objeto dessa operação pode ser uma ação, um índice de uma ação, *commodities*, moedas entre outros, e por se tratar de um mercado de balcão, o preço, bem como ou outros itens de especificação de mercado, devem ser estipulados entre as partes.

No contrato a termo, todas as especificações devem ser clausuladas quando do fechamento do negócio, incluindo o preço, e deverão ser honradas em uma data futura preestabelecida. Dessa forma, o comprador do contrato a termo deve, na data futura, comprar o objeto do derivativo, pagando o valor predeterminado na data inicial, e o vendedor do contrato a termo deverá entregar o produto pelo preço predeterminado no contrato. Ou seja, independente da flutuação do preço no mercado entre a data de vencimento e a data de liquidação do contrato, as partes realizam a transação pelo preço estabelecido na data inicial.

O contrato a termo mantém a natureza jurídica de compra a venda. A compra e venda é perfeita quando as partes ajustam entre si preço e objeto, com o diferencial de que o fato de a operação realizar-se com finalidade distinta daquela prevista na “compra e venda” não teria o poder de tornar o ajuste atípico, uma vez que a primeira operação vislumbra a

transferência da propriedade do bem e a segunda apenas obter *hedge*[530].

Portanto, tem-se por contrato a termo o negócio operado no mercado de balcão, similar à compra e venda, de um ativo financeiro específico com a execução no futuro, cujos detalhes necessários como objeto, preço, prazo e condições de pagamento são definidos na data inicial, sendo que a operação preponderante é a de *hedging*.

2.2.3 Contratos de opções

Quanto ao contrato de opções, pode-se dizer que é o mais diferenciado dos outros derivativos, pois enquanto nesses outros as partes possuem direitos e obrigações correspondentes, no contrato de opção, o titular possui um direito sem uma obrigação correspondente.[531]

Outra diferença evidencia-se no critério temporal. Enquanto no mercado futuro, tanto o comprador como o vendedor estão a negociar um direito e uma obrigação para adimplemento futuro, no mercado de opções, estão negociando direito e deveres realizáveis em datas distintas.

No mercado de opções, são negociados direitos de compra ou venda de um lote de valores mobiliários, com preços e prazos de exercícios pré-estabelecidos contratualmente. Por esses direitos, o titular de uma opção de compra paga um prêmio (termo usado para “preço da opção”), podendo exercê-los até a data de vencimento da mesma ou revendê-los ao mercado.

Dessa forma, o investidor compra a possibilidade de exercer a compra efetiva do ativo no vencimento da opção. Assim, ele consegue

[530] YAZBEK, Otávio. Regulação do Mercado Financeiro e de Capirais, 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 110.
[531] CLIMENI, Luiz Alberto Orsi e KIMURA, Hebert, Derivativos Financeiros e seus Riscos, Editora Atlas S.A., São Paulo, 2008, p. 39

ganhar com a rentabilidade do ativo, com a chance de desembolsar menos dinheiro.

Prêmio é o nome que se dá ao preço do produto pelo qual a opção é negociada, enquanto que o valor futuro pelo qual o produto é negociado é chamado de preço de exercício, bem como a data na qual o titular da opção exerce o seu direito de compra ou de venda é tida como data de exercício.

Pode-se dizer que o vendedor de uma opção está vendendo um direito para que alguém, que é o comprador da opção, faça algo em data futura a suas custas. Isso porque o comprador paga o prêmio em data presente e essa é a remuneração do vendedor do título, por ter assumido a responsabilidade de tomar uma posição no mercado em uma data futura se assim solicitar o comprador da opção. [532]

Percebe-se que nesses contratos os elementos que envolvem as partes são diferentes, por esse motivo, é mister definir quais são esses elementos. Preliminarmente, existem dois contratos básicos de opções quais sejam as de compra e as de venda.

As opções de compra ou *call options* representam o direito de comprar um ativo-objeto, por um determinado preço, em uma determinada data. Já as opções de venda ou *put options* representam o direito de vender o ativo-objeto, por um determinado preço, em uma determinada data.[533]

O agente detentor do direito é chamado de titular da opção, tanto na *call option* quando na *put option*. Assim, o titular da *call* possui o direito, mas não a obrigação de comprar o ativo-objeto pelo preço predeterminado na data futura e o titular da *put* tem o direito, mas não a

[532]NETO, Lauro. Derivativos- 4º ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 87

[533] CLIMENI, Luiz Alberto Orsi e KIMURA, Hebert, Derivativos Financeiros e seus Riscos, Editora Atlas S.A., São Paulo, 2008, p. 39

obrigação de vender o ativo-objeto pelo preço predeterminado na data futura.[534]

Por essa comodidade de deter um direito, sem uma obrigação correspondente, o titular da opção paga um prêmio, que é o preço de exercício definido no contrato.

No caso do *call* é conveniente exercer o direito de compra apenas quando o preço do ativo-objeto no vencimento da opção estiver valendo mais do que o preço de exercício. Ao passo que no *put*, o titular só exerce seu direito de venda quando o preço no exercício estiver acima do preço do preço do mercado.

Dessa forma, resultará em um contrato que dá o direito de compra ou venda de um determinado ativo, numa data específica, a um preço pré-estabelecido. Nesta modalidade, o comprador tem a opção de comprar ou não o item reservado, mas o vendedor tem a obrigação de entregá-lo ao preço acordado. Se o comprador optar por não comprar, perderá o sinal dado como reserva.

Entretanto, diferentemente do que ocorre no mercado das ações, o de opções tem um tempo de vida limitado, ou seja, só são negociadas as opções até a data do vencimento. Sendo assim, o investidor corre o risco perder todo o dinheiro aplicado na opção com a chegada da data da opção, caso a variação tenha sido muito desfavorável para ele. Além disso, seu preço varia conforme as alterações verificadas no preço da ação, o ativo-objeto.

Para se diminuir este risco, pode se fazer uma cobertura. Uma opção está coberta quando possui a mesma quantidade em ações das opções lançadas (vendidas). O risco da venda é coberto pela posse das ações.

[534] CLIMENI, Luiz Alberto Orsi e KIMURA, Hebert, Derivativos Financeiros e seus Riscos, Editora Atlas S.A., São Paulo, 2008, p. 40

O investidor perde no lançamento das opções descobertas, no momento em que é obrigado a cobrir as opções no caso de exercício com a compra do papel a um valor superior do que será vendido a quem possuir a opção que o vendedor lançou. Ou ainda, perde ao fechar posição recomprando as opções com grandes prejuízos se o ativo tiver subido de preço.

Tipicamente em uma operação de venda a descoberta que venha a dar prejuízo, o lançador terá que comprar ações a preço de mercado e vender por um preço menor.

A forma de vender opções sem correr esse risco é vendendo as opções de ações que o investidor já possui, pois dessa forma ele estará coberto. Dessa forma, em caso de o investidor ser obrigado a vender ações na quantidade de opções vendidas a preço estabelecido nas opções, já estará preparado, pois já possui as ações.

Tanto nas opções cobertas ou descobertas, o investidor recebe um prêmio para cada venda de opção. Entretanto, ao operar com uma opção coberta, tem-se a vantagem de estar preparado para o exercício a qualquer preço, tendo em vista que não existe a possibilidade de ter que prover de capital próprio novo para bancar prejuízo, o que pode ocorrer na venda descoberta.

2.2.4*Swaps*

Os *swaps*, que querem dizer troca ou permuta, definem-se pelo contrato cujas partes se obrigam ao pagamento recíproco e futuro de suas quantias na mesma ou em diferentes moedas, em uma ou várias datas pré-determinadas, calculadas por referência a fluxos financeiros associados a um ativo subjacente, geralmente, uma determinada taxa de juro ou câmbio.[535]

[535]CALHEIROS, M. Clara, O Contrato de Swap, Coimbra Editora, 2000.

Conforme descreve Alexandre Assaf Neto "os *swaps* são acordos estabelecidos entre duas partes visando a uma troca de fluxos de caixa futuro por certo tempo, obedecendo a uma metodologia de cálculo previamente definida".[536]

Essencialmente, caracterizam instrumentos financeiros de proteção contra as oscilações desfavoráveis de taxas de juros e de câmbio, embora sejam usados também para a finalidade de arbitragem, especulação ou até mesmo puramente contábeis.

Na prática, os "swaps" são instrumentos financeiros derivados a partir de contratos celebrados entre sujeitos com posições opostas, dessa forma, os investidores são portadores de necessidades ou de previsões extremamente inversas sobre a evolução do ativo subjacente – embora, conforme já mencionado, são usados também para fins arbitragistas ou especuladores a fim de lucrar sobre as imperfeições temporárias dos mercados ("*mispricing*").[537]

Outra diferença dos *swaps* para os futuros e as opções é que esses são típicos derivativos do mercado de balcão[538], ou seja, as compras e vendas acontecem fora da Bolsa de Valores. Além disso, são contratos estruturados bilateralmente, cujas partes são unicamente as empresas contraentes e os termos são ajustados conforme a peculiaridade de cada caso, embora respeitem uma padronização mínima. Em sua maioria, as operações são realizadas mediante a intervenção de instituição financeira.

Algumas empresas optam pelos derivativos *swaps* por não possuírem ajuste diário e podem ser moldados conforme suas

[536] NETO, Alexandre Assaf. Mercado Financeiro, 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 279.
[537] ANTUNES, José A. Engrácia, Os derivados, Cadernos do Mercado dos Valores Mobiliários, nº. 30, 2008, p. 118
[538] ANTUNES, José A. Engrácia, Os derivados, Cadernos do Mercado dos Valores Mobiliários, nº. 30, 2008, p. 119

necessidades. Entretanto, para que um *swap* ocorra, necessariamente devem existir duas partes com riscos mutuamente exclusivos.

O *swap* mais comum é o de taxas de juro "*plain vanilla*". Esse tipo de *swap* consiste na troca de uma taxa fixa por uma taxa flutuante ou o contrário, ou seja, uma empresa acorda em pagar fluxos de caixa iguais aos juros calculados a uma taxa de juro fixa sobre um principal, durante um tempo determinado. Em contrapartida, receberá juros a uma taxa de juro flutuante, sobre o mesmo principal e pelo mesmo período de tempo.

Outra espécie muito comum de *swap* é o de moedas, pelo qual as partes acordam em trocar os juros de uma moeda pelos juros de outra moeda, para fins de redução de riscos, o que é muito costumeiro no mercado brasileiro.

Pelo fato de não estarem positivados na legislação brasileira, os contratos de *swap* são tidos como contratos inominados, motivo pelo qual é regido pela regulamentação geral de negócio jurídico e contratos, bem como pelas regras de órgãos regulamentadores.

3. Contratos derivativos e o mercado de capitais

3.1 Regulação do mercado de capitais

O sistema financeiro é a extensão natural do sistema monetário, cujo objetivo é realizar de forma eficaz a circulação da moeda permitindo a evolução da economia.

A intermediação financeira alicerça-se no binômio poupança–investimento.[539] O fato de existirem no mercado agentes que poupam mais do que investem, ao passo que outros investem mais do que poupam fundamenta a realidade do mercado financeiro.

[539] EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna B.; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. Mercado de Capitais – Regime Jurídico, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pg.1 à 8.

Nelson Eizirik[540] detalha que o sistema financeiro é formado por quatro subsistemas, quais sejam o mercado de crédito, mercado monetário, mercado cambial e mercado de capitais.

Realizam-se no mercado de crédito as operações pura e simplesmente bancárias, nas quais a instituição financeira é parte na relação jurídica e detentora de direitos e obrigações e assumindo os riscos referentes ao inadimplemento dos tomadores de crédito.

Enquanto que no mercado monetário, ocorrem operações de curto ou curtíssimo prazo com títulos públicos, no mercado cambial estão as operações de curto prazo de compra e venda de moeda estrangeira. Por fim, no mercado de capitais, ou de valores mobiliários, efetuam-se as atividades que não tem a natureza de negócios creditícios, mas objetivam prover recursos para entidades emissoras, por meio de operações de risco.

O mercado de capitais tem como função econômica principal possibilitar a capitalização das empresas através do lançamento público de seus valores mobiliários. Como não se trata de empréstimo, a empresa fica obrigada apenas a compensá-los em forma de dividendo no caso de haver lucro. Por esse motivo é que se costuma classificar esse mercado como um mercado de risco, vez que a empresa não tem garantia de retorno dos seus investimentos.[541] Atualmente este mercado contempla também os contratos derivativos que neste ponto devem ser tratados como uma operação de risco.

No Brasil, conforme anteriormente mencionado, em 2008 foi criada a BM&FBOVESPA S.A. - Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros.

[540] EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna B.; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. Mercado de Capitais – Regime Jurídico, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pg.1 à 8.

[541] EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna B.; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. Mercado de Capitais – Regime Jurídico, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pg.8 e 9.

No tocante ao mercado de balcão organizado, a CETIP (CETIP S.A. – Balcão Organizado de Ativos e Derivativos) funciona como administradora bem como a BM&FBOVESPA.

Ocorre que é necessário que este mercado seja regulado. Entendendo regulação como uma modalidade de intervenção estatal ela serve para sanar as falhas do mercado, podendo-se afirmar que "o impulso racional e proclamado da regulação deve ter bases voltadas para o objetivo de maximizar a eficiência econômica ou defender o interesse público quando o mercado não funcionar a contento".[542]

O objetivo apontado como primordial da regulação do mercado de capitais é o da proteção aos investidores, no sentido de prover credibilidade ao sistema como um todo para que esses investidores tenham retornos proporcionais aos riscos dos seus investimentos, evitando-se ilícitos de mercado. Sem credibilidade o mercado não se sustenta, o que no caso impediria que atividade empresarial tivesse uma diminuição dos seus riscos, pela impossibilidade de uso dos contratos derivativos.

Assim, a proteção aos investidores é garantida por normas regulamentadoras de conduta a serem respeitas pelas emissoras de valores mobiliários, pela Bolsa de Valores, pela Bolsa de Mercadorias e Futuros, pela CETIP, por instituições financeiras, por corretoras de valores e pelos demais *players* de mercado.

3.2 Comissão de valores mercantis – CVM

No momento em que admitimos que o Estado possa ter uma postura reguladora em relação à atividade econômica, também é

[542]PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. Direito, Economia e Mercados 1º ed. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2006, p. 458.

necessário admitir que o Estado possa delegar esta função a entidades autônomas e independentes, chamadas de agências reguladoras.

Para que se tenha uma agência reguladora, deve ela atender as funções enumeradas por Fernando Herrem AGUILLAR:

a) São entes reguladores de natureza autárquica especial: recebem competência para formatar determinadas atividades econômicas, criando regras e executando-as, dentro de um contexto de relativa autonomia em relação ao governo;

b) Realizam contratações administrativas relacionadas à sua atividade: concedem, autorizam, realizam licitações públicas;

c) Fiscalizam o cumprimento das regras e contratos sob sua competência;

d) Sancionam os infratores;

e) Ouvem os usuários dos serviços regulados, realizam audiência públicas;

f) Arbitram conflitos;

g) Emitem pareceres técnicos em questões relacionadas à concorrência nos processos sujeitos ao controle do CADE;[543]

A Comissão de Valores Mercantis – CVM é uma autarquia administrativa dotada de autonomia, que atua paralelamente ao Ministério da Fazenda, nos termos no art. 5º da Lei 6.385/76, cuja finalidade principal é o desenvolvimento, a disciplina e a fiscalização das atividades do mercado de valores mobiliários. Assim atende perfeitamente as funções enumeradas acima, devendo ser classificada como uma agência reguladora.

[543] AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 223/224

A partir disto, a CVM tem competência[544] para disciplinar e fiscalizar a emissão, distribuição, negociação, intermediação dos valores mobiliários e contratos derivativos. Além disso, compete a CVM a organização e funcionamento e operação da atividade das Bolsas de Valores bem como de Mercadorias e Futuros.

Também é função desta autarquia disciplinar e fiscalizar a administração de carteiras e a custódia de valores mobiliários, a auditoria das companhias abertas, e os serviços de consultor e analista de valores mobiliários.

Os objetivos fundamentais dessa entidade consistem em:

(i) assegurar o funcionamento eficiente e regular dos mercados de bolsa e de balcão;

(ii) proteger os titulares de valores mobiliários contra emissões irregulares e atos ilegais de administradores e acionistas controladores de companhias ou de administradores de carteira de valores mobiliários;

(iii) evitar ou coibir modalidades de fraude ou manipulação destinadas a criar condições artificiais de demanda, oferta ou preço de valores mobiliários negociados no mercado;

(iv) assegurar o acesso do público a informações sobre valores mobiliários negociados e as companhias que os tenham emitido;

(v) assegurar a observância de práticas comerciais equitativas no mercado de valores mobiliários;

(vi) estimular a formação de poupança e sua aplicação em valores mobiliários;

[544] Art. 1º. da Lei 6.385/76.

(vii) promover a expansão e o funcionamento eficiente e regular do mercado de ações e estimular as aplicações permanentes em ações do capital social das companhias abertas. [545]

A função normativa da CVM está pautada na sua atuação de forma eficiente e ágil, respeitando o princípio da legalidade, o que é extremamente necessário, em face da dinâmica do mercado de capitais, ao ter competência para emitir instruções normativas que deverão ser observadas pelo mercado.

No ano de 2001, em face da sanção da Lei 10.303, foi reformada a Lei 6.385/67, deixando claro a autonomia desta autarquia e ainda ampliando a sua competência, ao esclarecer que os contratos derivativos também deviam ser fiscalizados pela CVM.[546]

A definição de valores mobiliários no direito brasileiro sempre foi operativa, ou seja, da definição normativa de valor mobiliário é que depende a delimitação do âmbito de competência regulamentar da Comissão de Valores Mobiliários, desde a sua fundação.

Com a inclusão dos contratos derivativos no rol dos valores mobiliários toda e qualquer operação envolvendo os derivativos estão sujeitos à competência regulatória da CVM.

A ampliação de competência se justifica na necessidade de regulação dos contratos derivativos, em face da grande utilização deste instrumento junto a Bolsa de Mercadorias e Futuros. Ainda, por disciplinar um mercado com diversas peculiaridades, deve ela manter a sua autonomia.

Também se evidenciou a necessidade de autonomia dada a CVM para melhor cuidar do mercado de capitais, assegurando um

[545]Disponibilizado no Portal da CVM: http://www.cvm.gov.br/indexpo.asp - Acesso em 20/02/2012

[546]Artigo 2º da Lei 6.385/76

funcionamento eficiente e regular, protegendo todo o sistema e impedindo, de forma preventiva, a ocorrência de ilícitos de mercado, para que seja resguardado o interesse dos investidores potencialmente lesados.

Portanto, deve a CVM fiscalizar os contratos derivativos, os quais estão inseridos dentro do conceito de valores mobiliários para este efeito.

A Lei 12.543 de 08 de dezembro de 2011 incluiu o parágrafo 4º[547] na Lei 6.385/76 determinando que é condição de validade[548] para o contrato derivativo estar ele registrado no Banco Central do Brasil e na Comissão de Valores Mobiliários. Esta norma tem como objetivo claro a facilitação da fiscalização destes instrumentos pela CVM.

Em relação a este mercado, a CVM editou a Instrução Normativa 461 em 23 de outubro de 2007, a qual disciplina os mercados de valores mobiliários e dispõe sobre a constituição, organização, funcionamento e extinção das bolsas de valores, bolsas de mercadorias e futuros e mercados de balcão organizado.

3.3 Banco central do Brasil– BACEN

O Banco Central do Brasil – BACEN foi criado em 31.12.64, com a promulgação da Lei 4.595/64, sendo uma autarquia federal integrante do Sistema Financeiro Nacional. As atribuições do BACEN são executar as políticas monetárias, cambial e creditícia, bem assim regular a atuação das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar

[547] § 4º É condição de validade dos contratos derivativos, de que tratam os incisos VII e VIII do caput, celebrados a partir da entrada em vigor da Medida Provisória nº 539, de 26 de julho de 2011, o registro em câmaras ou prestadores de serviço de compensação, de liquidação e de registro autorizados pelo Banco Central do Brasil ou pela Comissão de Valores Mobiliários.

[548] Apesar de que o Conselho Monetário Nacional já exigia este registro, mas não como condição de validade.

pelo Conselho Monetário Nacional, bem como lhes conceder autorizações e supervisionar as atividades.[549]

A Lei 10.214/01 atribui competência para o BACEN dispor sobre a atuação das câmaras e dos prestadores de serviços de compensação e liquidação. As obrigações financeiras relacionadas com os contratos derivativos são liquidadas por intermédio da Câmara de Derivativos da BM&FBOVESPA – Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros. Portanto cabe ao BACEN fiscalizar as emissões dos contratos derivativos.

Em 28 de outubro de 2010 o BACEN e a CVM firmaram um convênio de cooperação operacional e de intercâmbio de informações, com a finalidade de melhorar a regulação e a supervisão dos mercados financeiros e de valores mobiliários. Por este convênio se esclareceu que cabe também ao BACEN "o exame de modelos de contratos de derivativos admitidos para negociação em mercados organizados, cujo ativo objeto esteja referenciado em ouro, moedas, taxas de juros ou em outros ativos que tenham reflexos na formulação e na gestão das políticas monetária, cambial e creditícia".[550]

Com a finalidade de facilitar ainda mais esta fiscalização foi sancionada Lei 12.543/11, a qual atribui ao BACEN a competência para registrar os contratos derivativos, o que dá condição de existência para estes instrumentos. A partir disto, o BACEN deverá editar circulares e resoluções para que possa fazer o devido registro e também a efetiva fiscalização deste mercado, o que ainda não ocorreu.

Além do mais a Lei 12.543/11 também atribuiu competência ao Conselho Monetário Nacional para editar regras dentro da política

[549] Leis 4.595/64, 4728/65 e 6.099/74.

[550] http://www.bcb.gov.br/textonoticia.asp?codigo=2763&idpai=noticias – Acessado em 08 de março de 2012

nacional monetária e cambial para a contratação de contratos derivativos, o que ainda não foi feito até o momento.

3.4 BM&FBOVESPA

A BM&FBOVESPA – Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros, foi formada em 2008, a partir da integração da Bolsa de Mercadorias & Futuros (BM&F) com a Bolsa de Valores de São Paulo (BOVESPA). É a principal instituição de intermediação no mercado de capitais no Brasil e a maior da América Latina, abrangendo operações que negociam "ações, derivativos de ações, títulos de renda fixa, títulos públicos federais, derivativos financeiros, moedas à vista e commodities agropecuárias".[551]

Os derivativos, como já explicitado anteriormente, podem ser negociados no mercado de bolsa de valores ou no mercado de balcão, de acordo com a sua categoria. Dessa forma, os contratos realizados no Mercado de Balcão Organizado podem ser registrados na BM&FBOVESPA – Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros, objetivando facilitar a liquidez dos contratos, uma vez que negociando fora das bolsas de valores, a revenda destes resta mais difícil.

Portanto, o mercado de bolsa de derivativos e de futuros é administrado pela BM&FBOVESPA e é regulado pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) junto com o Banco Central do Brasil.

Enquanto que a BOVESPA é o segmento do mercado no qual são negociados os Derivativos à Termo, Opções de Ações e Futuro de Ações, a BM&F é o segmento responsável pelos mercados derivativos financeiros, derivativos commodities, títulos públicos federais e moeda estrangeira, sendo disponibilizados na BM&FBOVESPA derivativos

[551] Texto publicado pela BM&FBOVESPA. http://www.bmfbovespa.com.br/pt-br/intros/intro-sobre-a-bolsa.aspx?idioma=pt-br – Acessado em 13 de março de 2012.

financeiros de Ouro, Índices, Taxas de Câmbio, Taxas de Juro e Títulos de Dívida Externa.[552]

Dentro do mercado de Ouro, existe o Contrato Padrão, Contratos Fracionários, Contrato Futuro de Ouro, Opções de Compra e Venda de Ouro e por fim Contrato à Termo de Ouro.

Quanto aos derivativos de Índice, encontram-se Contrato Futuro de Ibovespa, Opções de Compra e Venda sobre Futuro de Ibovespa, Contrato Futuro de Índice Brasil, Futuro de Índice Geral de Preço de Mercado e ainda Futuro de Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo.

Já os derivativos financeiros de Taxas de Câmbio, a BM&FBOVESPA enumera um rol taxativo bastante extenso, disponibilizando tanto Contratos Futuros quanto *Put Options* e *Call Options* de Taxa de Câmbio de Reais por diversas moedas estrangeiras.

No tocante ao mercado de Taxas de Juro, têm-se Opções de Compra e Venda de Taxa Média de Depósito Interfinanceiro de um dia, ocorrendo o mesmo com Contrato Futuro, que negocia também Cupom Cambial, Cupom IGP-M e Cupom de IPCA e ainda Taxa Média de Depósito Interfinanceiro a Longo Prazo.

O mercado de Taxas de Juro dispõe também dos *Swaps*, que apesar de serem negociados no Mercado de Balcão, a instituição financeira contratada pela empresa providencia o registro do *Swap* na BM&FBOVESPA ou na CETIP. Portanto, os *Swaps* não são negociados na BM&FBOVESPA, que apenas detém o seu registro eletrônico, cabendo ao segmento BM&F estabelecer seus contratos como se "à termo" fossem, quais sejam Contrato de *Swap* Cambial com Ajuste

[552] Informações contidas no site da BM&FBOVESPA http://www.bmfbovespa.com.br/shared/iframe.aspx?altura=600&idioma=pt-br&url=www.bmf.com.br/bmfbovespa/pages/contratos1/contratos_tabelas.asp?contrato=financeiros – Acessado em 13 de março de 2012.

Periódico, *Swap* Cambial com Futuro de Dólar e Contrato de *Swap* Cambial míni com Ajuste Diário.

Por fim, os derivativos financeiros de Títulos da Dívida Externa, dispõem Contrato Futuro de A-Bond, Contratos Futuros Globais, Contrato Futuro de US Treasury Note de 10 Anos, e também Futuros de *Swaps* da Dívida Soberana da República Federativa do Brasil.

As obrigações financeiras relacionadas com os contratos derivativos são liquidadas por intermédio da Câmara de Derivativos, a qual é operada pela BM&FBOVESPA.[553] O que faz com que a BM&FBOVESPA seja responsável pelas operações e as Corretoras pelas garantias constituídas nas operações realizadas. A garantia é elemento primordial em face da essência dos contratos derivativos, qual seja o risco.

Assim quando ocorre qualquer inadimplência pelo não atendimento à chamada de garantia ou pelo não pagamento de ajuste diário a BM&FBOVESPA realiza as garantias constituídas pelo participante por intermédio da Câmara de Derivativos. E se estas garantias não forem suficientes a câmara deverá arcar com este prejuízo, razão pela qual mantém fundos de reserva constituídos para esta finalidade com aportes da própria Câmara, das corretoras e dos membros de compensação.[554]

3.5 CETIP S.A. – Balcão organizado de ativos e derivativos

A CETIP é uma companhia de capital aberto[555] integradora de mercado financeiro que oferece produtos e serviços de emissão, registro, resgate, custódia, negociação e liquidez de ativos e títulos. Ela opera mercado de balcão organizado para registro da negociação de títulos e valores mobiliários de renda fixa.

---

[553] http://www.bcb.gov.br/htms/novapaginaspb/bmfderivativos.asp - Acessado em 08 de março de 2012

[554] http://www.bcb.gov.br/htms/novapaginaspb/bmfderivativos.asp - Acessado em 08 de março de 2012

[555] Com classificação no novo mercado da BM&FBOVESPA.

O mercado de balcão é considerado organizado, no Brasil, quando o ambiente operacional é informatizado e transparente de registro ou de negociação e tem mecanismos de auto-regulamentação, o que propicia um mercado de menor risco quando comparado ao mercado de balcão não-organizado. As instituições que administram esse mercado precisam de autorização da CVM e do BACEN e ainda são fiscalizadas por estas entidades. [556]

Os derivativos de balcão devem ser registrados, o que é feito pela Unidade de títulos e Ativos Mobiliários da CETIP, a qual analisa as potenciais emissões, realiza o registro destes títulos e faz a guarda eletrônica dos ativos.[557]

A CETIP faz a custódia eletrônica das emissoras de valores mobiliários e ainda proporciona a liquidação das operações transferindo a titularidade do vendedor para o comprador dos títulos negociados. Tal operação deve encontrar amparo nas contas dos participantes, eis que a CETIP fará o crédito e o débito respectivo.

De outro lado, a CETIP também registra os títulos emitidos pelas instituições participantes, disponibilizando-as num mercado de balcão organizado, cujo ambiente proporciona mecanismos de diminuição de risco, e ainda promove a liquidez desse título transferindo a titularidade e depositando e creditando os valores correspondentes ao comprador e vendedor.

Assim, a CETIP, dentro do que determina a Comissão de Valores Mobiliários – CVM é responsável pela fiscalização e supervisão das operações realizadas dentro dos seus sistemas, devendo manter

[556]http://www.portaldoinvestidor.gov.br/Acad%C3%AAmico/EntendendooMercadodeValoresMobili%C3%A1rios/Oque%C3%A9MercadodeBalc%C3%A3oOrganizado/tabid/188/Default.aspx - Acessado em 13 de março de 2012.

[557] http://www.cetip.com.br/Mercados/TVM/Mercado-de-Capitais - Acessado em 13 de março de 2012.

inclusive uma auditoria para evitar que sejam evitadas operações fora dos padrões estabelecidos.[558]

4. Conclusão

Os contratos derivativos são instrumentos financeiros criados para a gestão do risco financeiro. Entretanto, pode ser utilizado também para especulação, por isto é necessário que este mercado seja devidamente regulado e estruturado, para evitar danos aos investidores, que fogem o risco regular do instituto a ser utilizado.

Os contratos futuros são contratos padronizados no qual se estabelece data e preço para que as partes possam efetuar ou não um negócio determinado. Trata-se de um contrato, com pouca versatilidade na sua forma, porem a agilidade da intercambialidade de posições, compensa essa perda de flexibilidade.

Nos contratos a termos o comprador assume obrigação de pagar valor previamente contratado ao vendedor na data de entrega do bem, portanto as partes ficam obrigadas a manter essa posição até a liquidação, que ocorre mediante a entrega física do ativo-objeto. Nos contratos de opções uma das partes pode optar a compra ou a venda de ativo, por preço previamente ajustado em data futura. Se diferencia dos demais contratos derivativos pois as partes estão negociando direito e deveres realizáveis em datas distintas e o titular possui um direito sem uma obrigação correspondente. Por esse direito paga um prêmio.

Já os *swaps* permitem a troca de recursos em várias datas de vencimento, previamente determinadas, caracterizam-se como instrumentos financeiros de proteção contra as oscilações desfavoráveis de taxas de juros e de câmbio. As operações deste contrato derivativo

[558] Instrução Normativa CVM n. 461/2007.

deverão se dar em mercado de balcão e geralmente por intermédio de corretoras ligadas as instituições financeiras.

Os contratos derivativos fazem parte de um mercado que deve ser regulado, para que sejam sanadas eventuais falhas, devendo gerar proteção aos investidores para que todo este mercado tenha credibilidade.

A Comissão de Valores Mobiliários e o Banco Central do Brasil são as principais agências reguladoras para este mercado, devendo emitir normas e medidas para harmonizar o mercado, prevenindo práticas abusivas, corrigindo assimetrias e aplicando as sanções necessárias. Dentro ainda do sistema, é importante que a BM&FBovespa junto com a CETIP forneçam ambiente necessário as transações dos contratos derivativos.

Assim, os contratos derivativos são instrumentos necessários para as empresas tentarem reduzir os seus riscos, devendo o mercado ser devidamente regulamentado para que tenha credibilidade e, por consequência crie um ambiente propicio ao desenvolvimentos destes instrumentos econômicos.

5. Referências

AGUILLAR, Fernando Herren. Direito Econômico. São Paulo: Atlas, 2009

ANTUNES, José A. Engrácia, Os derivados, Cadernos do Mercado dos Valores Mobiliários, nº. 30, 2008.

BEIER, Greg. Chapter Three: A View for de Top, the Role of the Board of Directionsand Senior Management in the Derivatives Business. In Derivatives Risks and Responsibility. The Complete Guide to Effective Derivatives Management and Decisions Making. 1996.

CALHEIROS, Maria Clara, O Contrato de Swap, Coimbra Editora, 2000.

CLIMENI, Luiz Alberto Orsi e KIMURA, Hebert, Derivativos Financeiros e seus Riscos, Editora Atlas S.A., São Paulo, 2008.

DUBIL, Robert, Arbitrage Guide to Financial Markets, 1ª ed. New York: John Wiley & Sons, 2004.

EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna B.; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. Mercado de Capitais – Regime Jurídico, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

HULL, John. Introdução aos Mercados Futuros e de Opções. 1ª ed. Cultura Editores Associados, 1994.

NASSETTI, F. Caputo, I Contratti Derivati Finanziari, 21 e segs., Giuffrè, Milano, 2007.

NETO, Alexandre Assaf. Mercado Financeiro, 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA NETO, Lauro de Araújo. Derivativos – Definições, Emprego e Riscos - 4º ed. São Paulo: Atlas, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de Direito Civil, volume III, 10. Edição, editora Forense, 1987.

PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. Direito, Economia e Mercados 1º ed. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2006.

YAZBEK, Otávio. Regulação do Mercado Financeiro e de Capitais, 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

Sites:

http://www.bcb.gov.br/

http://www.bmfbovespa.com.br/

http://www.cetip.com.br/

http://www.comoinvestir.com.br/

http://www.cvm.gov.br/

http://www.planalto.gov.br/

http://www.portaldoinvestidor.gov.br

http://www.valor.com.br/

Comércio Internacional e a Jurisprudência Brasileira: o Exemplo da demora na devolução do Conteiner

Frederico E. Z. Glitz[559]

Sumário: 1. Introdução. 2. O contrato de transporte e a responsabilidade do agente. 3. Dados jurisprudenciais. 4. Conclusão. 5. Referências.

1. Introdução

Qual operador jurídico que pretenda entender a relação entre o Direito e o Comércio internacional, precisa, antes, entender como a linguagem jurídica apreende as ferramentas próprias do desenvolvimento econômico. Este é o caso da logística e eis o principal objetivo do presente artigo.

[559]Advogado. Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais (UFPR); Especialista em Direito e Negócios Internacionais (UFSC) e em Direito Empresarial (IBEJ). Professor do Programa de Mestrado da UNOCHAPECÓ e Professor convidado do Programa de Mestrado do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Coordenador dos Cursos de Pós-graduação em Direito Civil e Processo Civil (2011, 2012 e 2013), Direito Contratual (2013) e Direito Empresarial (2011) do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Professor dos cursos de Graduação e Pós-graduação do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA) e da Faculdade de Direito da Universidade Positivo (UP). Professor convidado de diversos cursos de Pós-graduação. Membro do Conselho Editorial da Revista Education and Science without Borders (Cazaquistão). Vice-presidente da Comissão de Propriedade Intelectual da OAB/PR. Membro do Instituto dos Advogados do Paraná (IAP). Membro do Conselho de Comércio Exterior da Associação Comercial do Paraná. Diretor Científico do INTER (Instituto de Pesquisas em Comércio Internacional e Desenvolvimento).frederico@fredericoglitz.adv.br.

O contêiner desempenha no comércio internacional, em termos logísticos, importante papel: serve, ao mesmo tempo, de recipiente e métododе facilitação do carregamento para as mercadorias transportadas.

Na perspectiva brasileira, segundo dados da ANTAQ (Agência Nacional de Transporte Aquaviário), em 2012, foram movimentadas 71.169.489 (Setenta e um milhões, cento e sessenta e nove mil, quatrocentas e oitenta e nove) toneladas conteinerizadas (de 20' e 40'), entre embarques e desembarques de longo curso, nos portos brasileiros[560]. Em termos comparativos, entre os anos de 2010 e 2011, levando-se em conta o total de cargas conteinerizadas, houve incremento no volume total movimentado.Se incluirmos, no entanto, os dados de 2012, singela queda dos números pode ser percebida (perto de 1%). [561]

Apesar da tendência histórica de ampliação do número destas operações, poucas controvérsias acabam chegando e sendo solucionadas pelo Poder Judiciário brasileiro a cada ano. Pesquisa levada a cabo no acervo do Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, revelou33 (trinta e três) casos em que se mencionaram demandas envolvendo contêineres e, destas, menos de uma dezena deles se relacionava à temática do comércio exterior.[562]

Se não bastassem os poucos casos analisados, a maior parte deles foi apreciada sob a perspectiva do Direito positivo revogado.

---

[560] Dados disponíveis ao público por meio do site da ANTAQ: http://www.antaq.gov.br/Portal/Anuarios/Anuario2011/body/index.htm. Acesso em 31 de julho de 2012.

[561] Dados disponíveis ao público por meio do site da ANTAQ: http://www.antaq.gov.br/Portal/Anuarios/Anuario2011/body/index.htm. Acesso em 31 de julho de 2012.

[562] A pesquisa não limitou período de julgamento e utilizou-se dos verbetes: "container" (total de 17 casos); "contêiner" (total de 14 casos); "sobreestadia" (1 caso) e "sobre-estadia" (1 caso). Para este resultado foram excluídos os casos de natureza estritamente penal, administrativa ou tributária.

Aparentemente se poderia concluir, então, que o comércio internacional brasileiro, quando nos referirmos a aspectos específicos da logística internacional, não motivaria a densificação do tema no Judiciário nacional.

Por outro lado, algumas dessas questões são de suma importância para as atividades quotidianas dos operadores logísticos, especialmente em termos de avaliação de riscos, custos e, consequentemente, oportunidades.

Da plêiade de possíveis complexidades existentes no comércio internacional, uma das possíveis interrogações que pode surgir no Direito brasileiro é se o transportador (*carrier*) ou se o agente de transporte internacional (*shipper*) seriam responsáveis por indenizar ou suportar o prejuízo de eventual atraso (*demurrage*[563]) na liberação dos containers que contivessem a mercadoria transportada .

O questionamento é relevante não só em razão do crescente número de operações envolvendo a movimentação portuária, como o papel crescente do comércio internacional na balança de pagamentos brasileira.

Para que possamos, então, responder a esta indagação, parece oportuno o aprofundamento da pesquisa jurisprudencial anteriormente mencionada, especialmente buscando diretrizes que possam conduzir a uma conclusão geral sobre o tema.

2. O contrato de transporte e a responsabilidade do agente

2.1 Responsabilidade contratual

[563] "Demora, atraso, retenção de navio ao largo ou no porto, devido à falta de condições de atracação." (MURTA, Roberto. Princípios e contratos em comércio exterior. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 406).

Ao lado da compra e venda, talvez seja o contrato de transporte a principal forma de se instrumentalizar a operação econômica de exportação ou importação.

Dadas as peculiaridades da geografia e do comércio internacional brasileiro, boa parte deste transporte é feita por meio de navegação de longo curso. Além disso, em razão da distância entre os centros produtores e os principais portos do país, torna-se necessária a contratação de outro modal de transporte, normalmente o rodoviário (ainda que não se descarte completamente o ferroviário).

As principais fontes normativas internacionais do contrato de transporte internacional são, ao lado do direito costumeiro e da jurisprudência do tribunal marítimo, as regras de Haia/Visby, as regras de Hamburgo e as regras de Rotterdam. Quando aplicável o Direito doméstico brasileiro, além da legislação geral, deve-se mencionar a Lei n° 9.611/1998 que não só estabelece os contornos do contrato de transporte multimodal, como define o operador deste transporte e suas responsabilidades.

Como não poderia deixar de ser, dada a natureza contratual da operação, o agente de transporte multimodal é responsável pelos danos que vier a causar ao contratante em razão de avarias, perda ou mora na entrega da mercadoria ou pelo agravamento dos prejuízos do contratante (art. 11, *caput* e incisos e art. 16, parágrafo único da Lei n° 9.611/1998), ainda que guarde direito de regresso em face de terceiros contratados ou subcontratados que causaram o dano, para se ressarcir da eventual indenização paga (art. 12, parágrafo único).

O atraso na entrega por sua vez é caracterizado pelo descumprimento do termo contratual ou, em sua falta, pelo prazo razoável para que a referida entrega ocorresse (art. 14 da Lei n°

9.611/1998). Além disso, o operador de transporte responde pelos prejuízos causados até a efetiva entrega da mercadoria.

Como é da tradição brasileira no transporte de coisas, a responsabilidade do transportador é objetiva pelos danos causados ao contratante (art. 736 do Código Civil). O mesmo tipo de responsabilidade é atribuído ao operador de transporte, cujas excludentes ligam-se à ausência de nexo de causalidade entre sua conduta e o dano experimentado (art. 16, *caput*e incisos da Lei n° 9.611/1998).

Lembre-se, ainda, que em casos de responsabilidade civil internacional a legislação conflitual brasileira determina a aplicação do Direito do local onde se verificou o ato ilícito (dano).Tendo sido verificada a retenção dos *contêineres* em porto nacional brasileiro, portanto, aqui estaria acontecendo a *demurrage*, ou seja, o inadimplemento do contrato de transporte com a violação do prazo de entrega da mercadoria. Desta forma, em razão do art. 9º do Decreto-lei n° 4.657/1942, mister a apreciação do ato ilícito (existência ou não e quais os requisitos) sob as lentes do Direito contratual brasileiro. Esta hipótese, contudo, se limitaria aos casos em que o juiz brasileiro fosse competente para apreciar a questão.

Por outro lado, é extremamente comum que os *bills of landing* prevejam cláusulas de eleição de foro fazendo remissão à legislação e jurisdição alienígenas.

Em termos de jurisdição brasileira, disso se extrairia outra possível complicação: a possibilidade de dois foros se julgarem competentes para apreciar o caso e a aplicação de duas legislações (L*ex Fori*) distintas. Isso porque o art. 88 do Código de Processo Civil brasileiro estabelece a possibilidade de jurisdição brasileira apreciar variadas temáticas, sem

exclusividade.[564] Entende-se, normalmente, que entre tais temáticas encontram-se aquelas relacionadas à responsabilidade por danos causados. Também é usual, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o reconhecimento da validade de cláusula de eleição de foro.

A cláusula de eleição de legislação (*Paramount*[565]), por outro lado, precisaria ser apreciada de acordo com a legislação de cada país em que se formaram os contratos, embora seus contornos, em tese, limitar-se-iam à interpretação das obrigações contratuais, sua definição, conteúdo e legalidade.

A legislação chinesa, por exemplo, expressamente admite a escolha do Direito aplicável às relações civis com repercussão internacional[566]. Já a legislação brasileira tende a não aceitar tal liberdade segundo a majoritária doutrina[567]. Tratar-se-ia, então, de nova discussão que

[564] Neste sentido: LAMY, Eduardo de Avelar. Contrato de transporte maritime internacional: foro e legislação aplicável. *In* CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. Temas atuais de Direito do Comércio Internacional. Florianópolis: OAB/SC, 2005, Vol. II, p.423-425.

[565] Tal cláusula define a legislação aplicável ao BL e, portanto, "questões de suma importância, tais como: o regime de responsabilidade do transportador marítimo (situações em que será responsável perante o usuário por perdas e danos nas mercadorias e situações em que não o será); os limites de indenização existentes em caso de ser apurada uma responsabilidade do transportador; a definição dos prazos para o usuário efetuar reclamações por danos ou faltas de mercadorias e interpor ações decorrentes desses fatos." (BORGES VIEIRA, Guilherme Bergmann. Regulamentação no Comércio internacional: aspectos contratuais e implicações práticas. São Paulo: Aduaneiras, 2002, p. 69-70).

[566]"Article 3. The parties may explicitly choose the laws applicable to foreign-related civil relations in accordance with the provisions of law". CHINA, law of the application of law for foreign-related civil relations of the People's Republic of China.Adotada em 28 de outubro de 2010. Disponível em: <http://asadip.files.wordpress.com/2010/11/law-of-the-application-of-law-for-foreign-of-china-2010.pdf.>.

[567] MIRANDA, Pontes de. Fontes e evolução do direito civil brasileiro, 2. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 113; FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. A lei e o foro de eleição em tema de contratos internacionais. *In* RODAS, João Grandino (Coord.). Contratos internacionais, 3. Ed., São Paulo: RT, 2002, p. 114; BASSO, Maristela. Autonomia da vontade nos contratos Internacionais do Comércio. In BAPTISTA, Luiz Olavo; HUCK, Hermes Marcelo; CASELLA, Paulo Borba (Coord.). Direito e Comércio Internacional: tendências e perspectivas. Estudos em homenagem ao Prof. Irineu Strenger. São Paulo: LTr, 1994, p. 48; ARAUJO, Nadia. Contratos internacionais: autonomia da vontade, MERCOSUL e Convenções Internacionais, 3. Ed., Rio de Janeiro, 2004, p. 201-205; ARAUJO, Nadia de. Contratos internacionais no Brasil: posição atual da jurisprudência no Brasil. In Revista Trimestral de Direito Civil, n° 34. Abril/Junho 2008, p.

poderia ser estabelecida, cuja solução dependeria mais da jurisdição do que da técnica negocial.

Para o presente artigo, interessar-nos-iam os casos julgados pela jurisdição brasileira com aplicação do Direito doméstico de regência (nos termos anteriormente citados).

2.2 O contêiner e a demurrage

O contêiner, por sua vez, é descrito como "cofre de carga no qual são acondicionadas mercadorias".[568] Trata-se de recipiente em que é organizada a mercadoria para transporte facilitando-se seu manejo e organização em veículos de carga, dada certa padronização internacional de seu tamanho (volume e comprimento).

Outro dado interessante é que a titularidade do contêiner pode ser independente daquela do meio de transporte. Daí se extrai, por exemplo, que o contêiner pode ser de titularidade do próprio transportador, do

267; ENGELBERG, Esther. Contratos Internacionais do Comércio, 3. Ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 23; MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. A CIDIP-V e o Direito aplicável aos contratos internacionais. In Revista de Direito de Empresa, n° 1. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 79; BASSO, Maristela. Introdução às fontes e instrumentos do comércio internacional. In Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, n° 77, julho/setembro 1996, p. 68. Ressalvam que se pode admitir indiretamente a autonomia desde que a lei do local de constituição do contrato o faça: RODAS, João Grandino. Direito Internacional Privado Brasileiro. São Paulo: RT, 1993, p.44; STRENGER, Irineu. Direito Internacional Privado, 4. Ed., São Paulo: LTr, 2000, p. 658; PEREIRA, Luis Cezar Ramos. Aspectos gerais sobre as regras nacionais de Direito Internacional privado, relativas às obrigações (análise do art. 9º, da LICC). In Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n° 18. Janeiro/Março 1997, p. 211; ROVIRA, Suzan Lee Zaragoza de. Estudo comparativo sobre os contratos internacionais: aspectos doutrinários e práticos. In RODAS, João Grandino (Coord.). Contratos Internacionais, 2. Ed., São Paulo: RT, 1995, p. 60-61. BASTOS e KISS e HUCK lembram a possibilidade, negada por muitos por se tratar de fraude, de se escolher indiretamente a lei aplicável via eleição do local de constituição da obrigação (BASTOS, Celso Ribeiro; KISS, Eduardo Amaral Gurgel. Contratos internacionais. São Paulo: Saraiva, 1990, p.07; HUCK, Hermes Marcelo. Contratos internacionais de financiamento: a lei aplicável. In Revista de Direito Mercantil, nº 53. São Paulo: RT, Jan/Mar 1984, p. 86-87).

[568] MARTINS, Eliane M. Octaviano. Curso de Direito Marítimo. Barueri: Manole, 2008, Vol. II, p. 343.

exportador ou, mesmo, do importador. Há, ainda, verdadeiro valor econômico na cessão do uso do container dada sua escassez mundial, daí o porquê da exigência de pagamento indenizatório em caso de mora na devolução do recipiente.

Uma vez acondicionada, a mercadoria, no container (ovação), este é lacrado e a mercadoria só será retirada (desovação) no destino definido pelos termos contratuais. As cláusulas contratuais que regem a responsabilidade pela operação de embarque (ovação) e desembarque (desovação) também têm natureza costumeira e são expressas por termos usuais no comércio internacional.[569]

Segundo WILSON uma das cláusulas mais importantes do transporte de mercadorias é a definição do tempo necessário para o embarque e desembarque da mercadoria. Este período temporal seria, normalmente, entendido como já tendo sido pago pelo contratante do frete.[570] Tendo sido ultrapassado tal período, contudo, o fretador teria que compensar o armador pelos eventuais danos causados pelo atraso (*demurrage*). Tal previsão, assim como seu respectivo montante, normalmente é expressamente consignada em contrato (assim como as hipóteses de sua exclusão). Segundo WILSON, aliás, na tradição da *Common law*, tratar-se-ia de criação puramente contratual para compensação pelos prejuízos causados pela detenção do contêiner além dos dias contratados.[571]

Parece claro que tal compensação teria natureza indenizatória e não se confundiria com preço para o exercício de direito deretenção do

[569] São os termos: FCL/FCL, LCL/LCL, FCL/LCL e LCL/FCL, significando, respectivamente a responsabilidade do exportador pela ova e do importador pela desova; responsabilidade pela ova e desova por conta do transportador e demais variações. (MARTINS, Eliane M. Octaviano. Curso de Direito Marítimo. Barueri: Manole, 2008, Vol. II, p. 347).
[570] WILSON, John F. Carriage of goods by sea, 7. Ed., Essex: Longman, 2010, p. 51.
[571] WILSON, John F. Carriage of goods by sea, 7. Ed., Essex: Longman, 2010, p. 76.

contêiner.[572] Embora se reconheça essa natureza indenizatória, ainda se discute se poderia ser entendida como cláusula penal[573] (especialmente por conta da limitação prevista pela legislação brasileira).

As hipóteses para tal atraso podem variar significativamente e podem mesmo atingir tal situação concreta em que frustrem o objetivo econômico do contrato ou se tornem um atraso "não razoável" de modo a justificar a resolução do contrato de transporte.[574]

Reconhecida a existência e relevância do problema, convém entender como a jurisprudência brasileira o reconhece e instrumentaliza sua solução. Eis o que se propõe a derradeira parte do presente estudo.

3. Dados jurisprudenciais

Como salientado anteriormente, poucos são os casos, solucionados pelos tribunais brasileiros, envolvendo controvérsias relacionadas a temas típicos do comércio internacional.

Quando são chamados a fazê-lo, os tribunais nacionais parecem construir racionalidade que não destone da lógica tipicamente associada aos contratos nacionais. Em alguns casos, no entanto, tal aculturação produz consequências que merecem maior destaque. Assim, por exemplo, é o caso da chamada *demurrage* pela sobreestadia do container, ou seja, a mora na devolução do contêiner.

Esta afirmação fica muito clara, por exemplo, quando se discute a prescrição da pretensão indenizatória. Nos casos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça, todos eles apreciados sob fundamento legislativo anterior à entrada em vigor do Código Civil de 2002, a sobreestadia do

[572] DOCKRAY, Martin. Carriage of Goods by sea, 3. Ed., London: Cavendish, 2004, p. 261.
[573] MARTINS, Eliane M. Octaviano.Curso de Direito Marítimo. Barueri: Manole, 2008, Vol. II, p. 351.
[574] BAUGHEN, Simon. Shipping Law, 4. Ed., London: Routledge-Cavendish, 2009, p. 250.

contêiner é equiparada a do navio para fins de prescrição (art. 449, III do Código Comercial e art. 3º da Lei 6288/1975[575]). Além disso, dois desses casos foram apreciados já com o Código Civil de 2002 em vigor[576] e, em um deles, a matéria foi objeto de apreciação e manifestação: o Código Comercial não estaria revogado[577].

É o que se depreende claramente do voto do Min. Carlos Alberto Menezes Direito:

> Na verdade, o que se verifica é que o contêiner é um instrumento de guarda da mercadoria transportada, uma unidade de carga, que permite utilização por vários meios de transporte de modo que a mercadoria sai do vendedor até o destino, com uma combinação possível de transporte rodoviário, ferroviário, marítimo, aeronáutico etc. Ele adere, portanto, ao veículo transportador.[578]

---

[575] Texto normativo revogado pela Lei n° 9611/1998, tinha a seguinte redação: "**Art. 3º O container, para todos os efeitos legais, não constitui embalagem das mercadorias, sendo considerado sempre um equipamento ou acessório do veículo transportador**. Parágrafo único. A conceituação de container não abrange veículos, acessórios ou peças de veículos e embalagens, mas compreende seus acessórios e equipamentos específicos, tais como trailers, boogies, racks, ou prateleiras, berços ou módulos, desde que utilizados como parte integrante do container."

[576] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n° 678100/SP. RECURSO ESPECIAL. SOBREESTADIA DE "CONTAINERS" (DEMURRAGES). DECRETO 80.145/77. PRESCRIÇÃO. ARTIGO 449, INCISO III, DO CÓDIGO COMERCIAL. I - O artigo 5º do Decreto 80.145/77 dispõe que "container" não constitui embalagem das mercadorias e sim parte ou acessório do veículo transportador. II - Por analogia, é de se aplicar aos "containers" a legislação pertinente a sobreestadia do navio. Num caso e noutro, as ações que buscam a indenização pelos respectivos prejuízos estão sujeitas à regra do artigo 449, inciso III, do Código Comercial. Recurso especial provido." ADVANCE INDÚSTRIA TÊXTIL LTDA *versus* HAMBURG - SÜDAMERIKANISCHE DAMPSCHIFFFAHRTS GESSELLSCHAFT EGGERT & AMSINCK. Relator Min. Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 04 de agosto de 2005.

[577] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no Agravo de Instrumento n°1.315.180. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO – SOBREESTADIA DE "CONTAINERS" - PRESCRIÇÃO - APLICAÇÃO DO CÓDIGO COMERCIAL - ACÓRDÃO RECORRIDO EM DESACORDO COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE - RECURSO IMPROVIDO. Nuno Ferreira Cargas Internacionais Ltda *versus* Felinto Indústria e Comércio Ltda. Relator Min. Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 28 de setembro de 2010.

[578] BRASIL. Recurso Especial n° 176.903. DIREITO COMERCIAL. PRESCRIÇÃO. SOBREESTADIA DE "CONTAINERS". CÓDIGO COMERCIAL, ART. 449, INCISO 3º. LEI Nº 6.288, DE 1975, ART. 3º. Na sobreestadia do navio, a carga ou a descarga excedem o prazo contratado; na sobreestadia do "container", a devolução deste se dá após o prazo usual no porto de

Aliás, a conclusão parece independer do atraso do navio:

> Mesmo diante de uma situação de transporte intermodal, a sobreestadia refere-se necessariamente à permanência do navio no porto porque não chegaram os contêineres, que, segundo a própria inicial alega, passaram meses após o desembarque para serem retirados das dependências portuárias. E, ademais, o questionamento posto está sob o ângulo das cartas de correção a determinado número de "BillsofLading", para que os contêineres pudessem ser liberados. (Voto do Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Recurso Especial n° 176903/PR).

No caso que foi apreciado sob o novo fundamento legislativo, o termo inicial do prazo prescricional foi fixado na data de devolução dos containers, dando interpretação ao art. 22[579] da Lei 9.611/1998[580].

---

destino. Num casoe noutro, as ações que perseguem a indenização pelos respectivos prejuízos estão sujeitas à regra do artigo 449, inciso 3º, do Código Comercial. Recurso especial não conhecido. AS Ivarans Rederi *versus* Trombini Papel e Embalagens S/A, Relator Min. Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado em 20 de fevereiro de 2001.

[579] "Art. 22. As ações judiciais oriundas do não cumprimento das responsabilidades decorrentes do transporte multimodal deverão ser intentadas no prazo máximo de um ano, contado da data da entrega da mercadoria no ponto de destino ou, caso isso não ocorra, do nonagésimo dia após o prazo previsto para a referida entrega, sob pena de prescrição."

[580] **(i)**BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no agravo de instrumento n . AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMERCIAL. SOBREESTADIA DE CONTAINER. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. DEVOLUÇÃO DO CONTAINER. FALTA DE ELEMENTOS NO ACÓRDÃO PARA AFERIR O PRAZO PRESCRICIONAL. ALTERAÇÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO AO ART. 22 DA Lei 9.611/98. INOVAÇÃO PROCESSUAL. RECURSO IMPROVIDO. I.- O prazo prescricional para a cobrança de sobreestadia inicia-se com a devolução do container , sendo irrelevante a data da entrega da carga (REsp 163.897/SP). Não havendo no Acórdão dados de quando ocorrida a devolução, torna-se impossível a alteração do julgado, como pretendido pela recorrente, uma vez que necessário o revolvimento de matéria de prova dos autos. Aplicação da Súmula 7/STJ. II.- É descabida a alegação de ofensa ao art. 22 da Lei 9.611/98, uma vez que não apresentada nas razões do Recurso Especial, não podendo, pois, ser invocada referida violação em Agravo Regimental, por tratar-se de inovação da tese recursal. III.- Agravo Regimental improvido. Center Cargo Transportes Internacionais Ltda *versus* Montemar Marítima S/A. Relator Min. Sidnei Beneti, julgado em 19 de outubro de 2010. No mesmo sentido: **(ii)** BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n° 1.220.719/SP. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE

Em outro ponto, o Superior Tribunal de Justiça afirma que o container não pode ser confundido com mera embalagem, com a mercadoria transportada[581], nem se trata de acessório desta última.[582]

Em resumo, então, se de um lado se enfatiza que para fins de prescrição se poderia compreender o contêiner como acessório do meio de transporte (navio nos casos apreciados), para fins das consequências administrativas do abandono da carga ou da ilicitude da operação, por exemplo, ele teria existência autônoma.[583]

INSTRUMENTO. COMERCIAL. SOBREESTADIA DE CONTAINER. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. DEVOLUÇÃO DO CONTAINER. FALTA DE ELEMENTOS NO ACÓRDÃO PARA AFERIR O PRAZO PRESCRICIONAL. ALTERAÇÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO AO ART. 22 DA Lei 9.611/98. INOVAÇÃO PROCESSUAL. RECURSO IMPROVIDO. Relator Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, Julgado em 19 de outubro de 2010.

[581] Mesmo em matéria puramente administrativa, o Superior Tribunal de Justiça, em reiteradas oportunidades, manifestou-se pela impossibilidade de a Fazenda Nacional reter o container em caso de abandono da mercadoria (pois não se confundiriam), como, por exemplo, nos Recursos Especiais n°s 1.049.270; 908.890; 1.050.273; 932.219; 250.010;

[582]Embora fuja do escopo da pesquisa, citem-se: os Recursos Especiais ns° 526.767; 949.019; 1.114.944 e 1.056.063 e Agravo de Instrumento n° 950.681.

[583]Embora fuja do escopo da pesquisa, cite-se: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n° 526.767/PR. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PERDIMENTO DE MERCADORIA. APREENSÃO DO CONTÊINER (UNIDADE DE CARGA). ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 24, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 9.611/98. NÃO-OCORRÊNCIA. INEXISTE RELAÇÃO DE ACESSORIEDADE ENTRE O CONTÊINER E A MERCADORIA NELE TRANSPORTADA. EXEGESE DO ART. 92 DO CÓDIGO CIVIL. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. A questão controvertida consiste em saber se o contêiner utilizado no transporte de carga é acessório da mercadoria nele transportada e, por consequência, deve sofrer a pena de perdimento aplicada à mercadoria apreendida por abandono. 2. O Tribunal a quo entendeu que o contêiner não se confunde com a mercadoria nele transportada, razão pela qual considerou ilícita sua apreensão em face da decretação da pena de perdimento da carga. A recorrente, em vista disso, pretende seja reconhecido o contêiner como acessório da carga transportada, aplicando-se-lhe a regra de que o acessório segue o principal. 3. "Principal é o bem que existe sobre si, abstrata ou concretamente; acessório, aquele cuja existência supõe a do principal" (CC/02, art. 92). 4. Definido, legalmente, como qualquer equipamento adequado à unitização de mercadorias a serem transportadas e não se constituindo embalagem da carga (Lei 9.611/98, art. 24 e parágrafo único), o contêiner tem existência concreta, destinado a uma função que lhe é própria (transporte), não dependendo, para atingir essa finalidade, de outro bem juridicamente qualificado como principal. 5. Assim, a interpretação do art. 24 da Lei 9.611/98, à luz do disposto no art. 92 do Código Civil, não ampara o entendimento da recorrente no sentido de que a unidade de carga é acessório da mercadoria transportada, ou seja, que sua existência depende desta. Inexiste, pois, relação de acessoriedade que legitime sua apreensão ou perdimento porque decretada a perda da carga.

Assim, em resumo, a suposta/eventual falta de instrumento normativo próprio motivaria a busca de analogias por parte do julgador no momento da aculturação do fenômeno da *demurrage*. A explicação, contudo, variaria a depender do questionamento a ser solucionado.

Por fim, deve-se mencionar que no caso mais recente em que a matéria da mora na devolução de contêineres foi levada ao crivo do E. Superior Tribunal de Justiça, este acabou por afirmar a obrigatoriedade de tradução da íntegra dos contratos a ele submetidos.[584] Em outro caso que merece destaque, o referido tribunal reconheceu a ilegitimidade ativa do agente marítimo para cobrança de demurrage.[585]

Em termos locais as analogias coincidem. Assim, por exemplo, o Tribunal de Justiça do Paraná não só considera que há responsabilidade pela sobreestadia quando o contratante retém o contêiner por prazo

6. Recurso especial conhecido e desprovido. Fazenda Nacional *versus* Companhia Sud Americana de Vapores S/A, Relatora Min. Denise Arruda, Primeira Turma, Julgado em 23 de agosto de 2005.

[584] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n° 1.227.053/SP. RECURSO ESPECIAL. EMPRESARIAL E PROCESSUAL CIVIL. TRANSPORTE MARÍTIMO INTERNACIONAL. ATRASO NA DEVOLUÇÃO DE CONTÊINERES. DESPESA DE SOBRE-ESTADIA (OU "DEMURRAGE"). CONTRATO CELEBRADO EM LÍNGUA ESTRANGEIRA. TRADUÇÃO INCOMPLETA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE DO DOCUMENTO. AUSÊNCIA DE PROVA DE FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO DO AUTOR. 1. Segundo o princípio da indivisibilidade do documento, este deve ser interpretado como um todo, não podendo ser fracionado para que se aproveite a parcela que interessa à parte, desprezando-se o restante. 2. Ineficácia probante da tradução parcial de contrato celebrado em idioma estrangeiro. 3. Inviabilidade de se dispensar a tradução na hipótese em que o documento estrangeiro apresenta-se como fato constitutivo do direito do autor. 4. Doutrina e jurisprudência acerca do tema. 5. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. MaerskLine versus BM Trans Transitários Internacionais Ltda. Relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, Julgamento em 22 de maio de 2012.

[585] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n° 1.002.811/SP. PROCESSO CIVIL. ILEGITIMIDADE AD CAUSAM . A empresa que no país representa outra, ainda que do mesmo grupo econômico, não pode postularem nome próprio direito que é da representada. Recurso especial conhecido e provido. Alca Atacadista de Alimentos Ltda *versus* Maersk do Brasil Ltda. Relator Min. Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado 07 de agosto de 2008.

superior ao costumeiro como considera este “costume” verdadeira “multa”, totalmente válida do ponto de vista da responsabilidade civil.[586]

[586]**(i)** PARANA, Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 509.802-0. APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA - TARIFA DE SOBRESTADIA "DEMURRAGE" - PRAXE COMERCIAL. COMPROVADA - OBRIGAÇÃO DA APELANTE - IMPOSSIBILIDADE DA CONVERSÃO DA MOEDA ESTRANGEIRA PARA MOEDA NACIONAL NA DATA DA DEVOLUÇÃO DOS CONTEINERES, MOMENTO EM QUE SE TORNOU DEVIDA A OBRIGAÇÃO PELO PAGAMENTO - "NON REFORMATIO IN PEJUS" - DATA DA SENTENÇA PARA CONVERSÃO EM MOEDA ESTRANGEIRA EM RESPEITO AO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA REFORMA EM PREJUÍZO DA PARTE RECORRENTE - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DE APELAÇÃO IMPROVIDA. TREVO NEWS COMÉRCIO DE PAPEL LTDA *versus* COMPAÑIA SUD AMÉRICANA DE VAPORES S/A. Relator Des. Antenor Demeterco Júnior, Sétima Câmara Cível, julgado em 14 de abril de 2009; **(ii)** PARANA, Tribunal de Justiça. Apelação Cível n° 496440-3. APELAÇÃO. COBRANÇA. CONTRATO DE TRANSPORTE MARÍTIMO. OBRIGAÇÃO DE DEVOLUÇÃO DE CONTÊINERES NO PERÍODO LIVRE ""FREE TIME"". TARIFA DE SOBRESTADIA ""DEMURRAGE"". PRAZO DE ""FREE TIME"" E VALOR DA MULTA DIÁRIA FIXADO ENTRE AS PARTES. PROCEDÊNCIA. PRAXE COMERCIAL. COMPROVADA OBRIGAÇÃO DA APELADA. CONVERSÃO DA MOEDA ESTRANGEIRA PARA MOEDA NACIONAL. DATA DA DEVOLUÇÃO DOS CONTÊINERES. APERFEIÇOAMENTO DA OBRIGAÇÃO. RECURSO PROVIDO I. É prática comercial a cobrança de ""demurrage"" em face da demora na devolução dos contêineres após a entrega efetiva da carga transportada. II. Em havendo previsão expressa da cobrança de tarifa de sobrestadia no instrumento contratual e a existência de tabela em que está consignado os dias de ""free time"" e o valor das tarifas praticadas pela empresa transportadora, impõe-se reconhecer comprovado o crédito da transportadora. III. A obrigação pelo pagamento de ""demurrage"", quando fixada em moeda estrangeira, deve observar a conversão cambial pela data da entrega dos contêineres, posto que este é o momento em que se consolida a obrigação, evitando-se eventual enriquecimento sem causa. Relator Des. D´Artagnan Serpa Sá, Décima Segunda Câmara Cível, julgado em 19 de novembro de 2008; **(iii)** PARANA, Tribunal de Justiça. Apelação Cível n° 589.669-9. APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – TARIFA DE SOBRESTADIA "DEMURRAGE" – PRAXE COMERCIAL COMPROVADA – OBRIGAÇÃO DA APELANTE – INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA A PARTIR DA CITAÇÃO – SENTENÇA MODIFICADA NESTE TOCANTE – RECURSO DE APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDO. Tecnicare Indústria e Comércio Ltda*versus* Aliança Navegação e Logística Ltda. Relator Des. Antenor Demeterco Júnior, Sétima Câmara Cível, julgado em 09 de fevereiro de 2010; **(iv)** PARANA, Tribunal de Justiça. Apelação Cível n° 477907-1. APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA - TRANSPORTE MARÍTIMO INTERNACIONAL - PRESCRIÇÃO ÂNUA - INOCORRÊNCIA - VALIDADE DO PROTESTO INTERRUPTIVO DA PRESCRIÇÃO - DESNECESSIDADE DA TRADUÇÃO DE DOCUMENTOS NA MEDIDA CAUTELAR PREPARATÓRIA - DEVOLUÇÃO DE COMPARTIMENTOS DE CARGA FORA DO PRAZO DE LIVRE UTILIZAÇÃO ("FREETIME") - INCIDÊNCIA DE SOBRESTADIA ("DEMURRAGE") - INDENIZAÇÃO CONVENCIONADA PARA O CASO DE ATRASO NA DESOCUPAÇÃO DOS COFRES DE CARGA IMPEDINDO A REUTILIZAÇÃO PELA TRANSPORTADORA - DEMORA NO DESCARREGAMENTO DOS CONTEINERES INCONTROVERSA - CULPA DE TERCEIRO PELO ATRASO NA DEVOLUÇÃO DOS EQUIPAMENTOS NÃO EVIDENCIADA - MULTA DIÁRIA PREVISTA EM COMPROMISSO DE DEVOLUÇÃO DOS CONTÊINERES VAZIOS FIRMADO PELO DESPACHANTE ADUANEIRO RESPONSÁVEL PELO DESEMBARAÇO DAS MERCADORIAS IMPORTADAS - AUSÊNCIA DE NEGATIVA QUANTO AO RECEBIMENTO DA CARGA - INSUBSISTÊNCIA DA ALEGAÇÃO DE DESCONHECIMENTO DA INCIDÊNCIA DE MULTA PELA DEMORA NA DEVOLUÇÃO DOS COFRES DE CARGA - PRÁTICA USUAL E COSTUMEIRA NO COMÉRCIO MARÍTIMO - DEVER

O referido Tribunal também já entendeu aplicável o prazo prescricional do art. 205 do Código Civil sob o fundamento de que o Código Comercial estaria revogado e a lei 9.611/1998 só se aplicaria para casos com mais de um modal de transporte.[587] O entendimento prevalente, contudo, parecer ser o que consolida a posição já externada pelo Superior Tribunal de Justiça: de que a prescrição da pretensão para *demurrage* do contêiner se equipara à prescrição pela *demurrage* do navio. O termo inicial seria, contudo, o da devolução do contêiner.[588]

DE INDENIZAR OS DIAS EXCEDENTES AO PRAZO COSTUMEIRO - FALTA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA ACERCA DOS VALORES COBRADOS - COBRANÇA CONDIZENTE E DE ACORDO COM OS VALORES DE MERCADO - AUSÊNCIA DE EXCESSO OU INCORREÇÃO - VALORES ESTABELECIDOS EM MOEDA ESTRANGEIRA - CONVERSÃO NA DATA DO VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.AlimentosZaeliLtda*versus* HAMBURG SÜDAMERIKANISCHE DAMPFSCHIFFFAHRTS-GESELLCHAFT KG. Relator Des. Clayton Camargo, Décima Segunda Câmara Cível, julgado em 24 de setembro de 2008.

[587]**(i)**PARANÁ, Tribunal de Justiça. Apelação Cível n°540.179-2. APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – TRANSPORTE MARÍTIMO – SOBREESTADIA DE CONTÊINER ("DEMURRAGE") - PRESCRIÇÃO – INAPLICABILIDADE POR EXPRESSA DISPOSIÇÃO LEGAL – ART. 205, DO CC. INOCORRÊNCIA. ILEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA. CARÊNCIA DE AÇÃO. PRELIMINARES REPELIDAS. MÉRITO. A DEMORA NA DEVOLUÇÃO DO CONTÊINER, APÓS O PRAZO CONVENCIONADO PARA TAL, ENSEJA A COBRANÇA DE SOBRESTADIA. INEXISTÊNCIA DE CULPA DA PARTE AUTORA. PERDAS E DANOS INDEVIDOS. SENTENÇA MANTIDA. APELO DESPROVIDO. Transportadora Vantroba Ltda *versus* Global Transporte Oceânico S/A. Relatora JuizaConv. Dilmari Helena Kessler, Sétima Câmara Cível, 27 de julho de 2010; **(ii)** PARANA, Tribunal de Justiça. Apelação Cível n° 490128-8. APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA - CONTRATO MERCANTIL DE TRANSPORTE MARÍTIMO SOBRESTADIA DE CONTAINERS - INAPLICABILIDADE DA LEI 9611/98 COM RELAÇÃO À PRESCRIÇÃO - ART. 206, §3°, V, CC - NOTIFICAÇÃO VÁLIDA NOS TERMOS DA TEORIA DA APARÊNCIA CODECON - NÃO INCIDÊNCIA - NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO E AO AGRAVO RETIDO. Perfil Pneus Grande Auto Center recapagens Ltda *versus* MSC Mediterranean Shipping do Brasil Ltda, Des. Antenor Demeterco Junior, Sétima Câmara Cível, julgado em 02 de dezembro de 2008.

[588]**(i)**PARANÁ, Tribunal de Justiça. Apelação Cível n° 289329-4. AÇÃO DE COBRANÇA - TRANSPORTE MARÍTIMO - SOBREESTADIA DE CONTÊINERES ("DEMURRAGE") - PRESCRIÇÃO - INOCORRÊNCIA - TERMO INICIAL DO PRAZO - DEVOLUÇÃO DOS CONTÊINERES - CÓDIGO COMERCIAL, ART. 449, III - AGRAVO RETIDO - DESPROVIMENTO - COMPROVAÇÃO DE PAGAMENTO DA QUANTIA DE R$ 10.000,00, QUE NÃO FOI ABATIDA DA DÍVIDA - RECURSO PROVIDO. A sobrestadia de "contêiner" se equipara, para os efeitos da prescrição, à sobreestadia de navio (REsp n. 176.903-PR), mas o termo inicial do prazo só inicia após a devolução do "contêiner", porque antes disso o respectivo proprietário não sabe qual a extensão do seu direito. Recurso especial não conhecido" (REsp 163897/SP, Relator Ministro Ari Pargendler). Centro Color Comércio de Materiais Fotográficos Ltda. *Versus* Evergreen Marine Corporation (Taiwan Ltd). Relator Des. Ronald Schulman, Décima Câmara Cível, julgado em 10 de maio de 2005; **(ii)** PARANA, Tribunal de Justiça. Apelação Cível n° 563166-3.

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA - SOBRESTADIA DE CONTÊINERES - DEMURRAGE -- ART. 449, III, CÓDIGO COMERCIAL - ART. 22, DA LEI Nº. 9.611/98 - TERMO INICIAL - A CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL DEVE INICIAR NA DATA DA DEVOLUÇÃO DO CONTÊINER - PRESCRIÇÃO - PRAZO ÂNUO ADOTADO PELO RELATOR - AFASTADO PELA DOUTA MAIORIA - AGRAVO RETIDO - IMPOSSIBILIDADE DA DENUNCIAÇÃO À LIDE - ART. 70, III, DO CPC - AGRAVO DESPROVIDO - APELAÇÃO - ALEGAÇÃO DE EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE PELA DEMORA NA DEVOLUÇÃO DOS CONTÊINERES - SUPOSTA GREVE DOS FUNCIONÁRIOS DA RECEITA FEDERAL E DO IBAMA - SITUAÇÃO NÃO COMPROVADA - ART. 333, II, DO CPC - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MINORADOS - AGRAVO RETIDO CONHECIDO E DESPROVIDO - RECURSO DESPROVIDO - VENCIDO O DESEMBARGADOR RELATOR NO CONCERNENTE À PRESCRIÇÃO. INDÚSTRIAS PEDRO N PIZZATO versus CARGOS LOGISTCS DO BRASIL LOGISTICA INTERNACIONAL DE CARGA. Relator Des. Luiz Sérgio Neiva de Lima Vieira, Sétima Câmara Cível, julgado em 13 de outubro de 2009; **(iii)**PARANA, Tribunal de Justiça. Apelação Cível n° 541974-1. APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA - SOBRESTADIA DE CONTÊINERES - DEMURRAGE - PRESCRIÇÃO PRAZO ÂNUO - ART. 449, III, CÓDIGO COMERCIAL - ART. 22, DA LEI Nº. 9.611/98 - TERMO INICIAL - A CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL DEVE INICIAR NA DATA DA DEVOLUÇÃO DO CONTÊINER - PRELIMINAR AFASTADA - LAPSO TEMPORAL INFERIOR A UM ANO ENTRE A DEVOLUÇÃO DOS CONTÊINERS E O AJUIZAMENTO DA DEMANDA - DEVER DE INDENIZAR OS DIAS EXCEDENTES AO PERIODO LIVRE (FREE TIME) - SOBRESTADIA CONFIGURADA - VALOR EM DÓLAR AMERICANO - CONVERSÃO PELA DATA DO VENCIMENTO - CLÁUSULAS LEONINAS - ABUSO DE PODER ECONÔMICO - EXCESSO DE ONEROSIDADE DE ENCARGOS FINANCEIROS - ALEGAÇÕES AFASTADAS - A QUESTAO NÃO É DE INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL - O FATO DE SER CONTRATO DE ADESÃO NÃO EXCLUI O CONTRATANTE DE SUAS OBRIGAÇÕES - A COBRANÇA DE DEMURRAGE CONSTITUI PRÁTICA COSTUMEIRA NO CÍRCULO DAS RELAÇÕES COMERCIAIS E TRANSPORTES MARÍTIMOS - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - NÃO CARACTERIZADA - OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 514, II, DO CPC - RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.1. "A sobreestadia de 'contêiner' se equipara, para os efeitos da prescrição, à sobreestadia de navio (REsp n. 176.903-PR), mas o termo inicial do prazo só inicia após a devolução do 'contêiner', porque antes disso o respectivo proprietário não sabe qual a extensão do seu direito. Recurso especial não conhecido" (REsp 163897/SP, Relator Ministro Ari Pargendler).2. "Recebendo a mercadoria, na condição de proprietária ou destinatária, anui-se ao pacto de transporte e respectivo conhecimento marítimo, afigurando-se como responsável pelas despesas de translado, dentre elas, a de transporte da mercadoria acondicionadas em containers, que devem ser devolvidos em prazo assinalado pelo comércio internacional e cuja sobreestadia acarreta despesas de demurrage." (TJPR - 12ª C.Cível - AC 0387160-9 - Paranaguá - Rel.: Des. José Cichocki Neto - Unanime - J. 19.03.2008). 3. O valor diário da multa até a efetiva devolução dos containers ao seu proprietário possui cotação em dólares americanos, situação que pode permanecer enquanto estão sendo computados os dias de utilização indevida dos contêineres. Cessado o fato que gera o débito com a entrega dos bens ao seu proprietário passa a ser exigível o valor correspondente, momento em que deve ser feita a conversão para a moeda corrente nacional com a cotação do dia e, a partir de então, sendo esse atualizado com juros legais de mora e correção monetária pelos índices oficiais. Front End Cargo Service Ltda*versus* MSc Mediterranean Shipping Company S.A. Relator Des. Luiz Sérgio Neiva de Lima Vieira, Sétima Câmara Cível, julgado em 7 de julho de 2009.

Também já se admitiu a possibilidade de denunciação da lide[589], embora as regras atinentes à *demurrage* somente pudessem ser aplicadas entre armador e afretador[590].

A questão inicialmente proposta parece, então, poder ser resolvida pelo regime básico da responsabilidade civil contratual. Em outros termos, dever-se-ia discutir a própria existência de um ato ilícito. Possível discussão que ainda não foi satisfatoriamente respondida, contudo, é se a previsão contratual da *demurrage* pode sofrer a limitação legislativa prevista para cláusulas penais.

Outra particularidade deste tipo de contrato, contudo, é seu encadeamento em mais de um vínculo negocial. Assim, por exemplo, poder-se-ia questionar se o agente poderia ser responsabilizado pela devolução extemporânea dos *contêineres*, considerando que se constituísse em inadimplemento do contrato entre o afretador e o transportador, por exemplo.

O Tribunal de Justiça do Paraná, por exemplo, quando enfrentou a temática, foi claro a exigir a demonstração que atraso no carregamento

[589] PARANÁ, Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento n°648824-6. Agravo de instrumento. Ação de cobrança. Sobrestadia de contêineres. Demurrage. Denunciação da lide. Amparo legal. Decisão mantida. Recurso desprovido. COMPAÑIA LIBRA DE NAVEGACIÓN (URUGUAY) AS *versus* GPSB ASSESSORIA E CONSULTORIA EM PROJETOS LOGÍSTICOS ESPECIAIS LTDA. Relator Des. JOATAN MARCOS DE CARVALHO, Sétima Câmara Cível, julgado em 20 de julho de 2010.

[590] PARANA, Tribunal de Justiça. Apelação Cível n° 441914-3. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - AÇÃO DE COBRANÇA - SOBRESTADIA DE NAVIO (DEMURRAGE) - PRESCRIÇÃO ÂNUA (ART. 449, 3 DO CÓDIGO COMERCIAL) - NÃO OCORRÊNCIA - CONTRATO FIRMADO ENTRE AFRETADOR E CONSIGNATÁRIO - INTELIGÊNCIA, NO CASO, DOS ARTS. 449 (PARTE FINAL) E 442 DO CÓDIGO COMERCIAL - SENTENÇA ANULADA EM PARTE - RECURSO DA FERTIKOLA TRADING PROVIDO E PREJUDICADA A APELAÇÃO DE GIRASSOL IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA. Não se pode jamais aplicar a regra da prescrição de que trata o inc. III do art. 449 do CCo brasileiro, pois esta se aplica especificamente nas relações entre armador e o afretador em decorrência do demurrage. É bom alvitrar que não existe demurrage ente o afretador e o importador. O que pode ser pactuado é o importador, por disposição contratual, assumir o ressarcimento do que o afretador pagar ao armador a título de demurrage (Edson Antonio Miranda). Fertikola Trading *versus* Girassol Importação e exportação Ltda, Relator Des. Costa Barros, Décima Segunda Câmara Cível, julgado em 16 de janeiro de 2008.

decorreria de desídia da parte[591] ou de greve de autoridade ambiental e fiscal.[592] Destaque-se, no entanto, que em ambos os casos seria imprescindível a demonstração do evento, embora neste último não se tenha autorizado a denunciação da lide.

Também o Superior Tribunal de Justiça julgou caso em que a *demurrage* pôde ser imputada apenas ao contratante culpado, isto é, sabendo que seria impossível o fornecimento de determinada quantidade de produto, manteve o contrato.[593]

---

[591] PARANA, Tribunal de Justiça. Apelação Cível n° 114665-2. COMERCIAL - AFRETAMENTO MARÍTIMO - TRANSPORTE DE MADEIRA AÇÃO DE COBRANÇA - SOBRESTADIA (DEMURRAGE) - ATRASO NO CARREGAMENTO - FATO DAS AFRETADORAS - RESPONSABILIDADE DESTAS - FRETE - PAGAMENTO FEITO COM BASE EM DECLARAÇÃO DE VOLUME INFERIOR AO MÍNIMO CONTRATADO E AO QUE FOI EFETIVAMENTE CARREGADO - COBRANÇA DE ADICIONAL - CASO EM QUE É DEVIDO - MULTAS - PRETENSÕES CONTRAPOSTAS - ATRASO NA DISPONIBILIZAÇÃO DO DINHEIRO DO FRETE E FALTA DE EMBARQUE DE PARTE DA CARGA - FATOS INCOMPROVADOS - ENCARGOS CONTRATUAIS INEXIGÍVEIS - SUCUMBÊNCIA - RECIPROCIDADE E PROPORCIONALIDADE - ADEQUAÇÃO - REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA. Coesa - Comercial e Exportação S/A *versus* Sealine Transportes Marítimos de Cabo Verde Ltda., Relator Des. Luiz Cesar de Oliveira, Quinta Câmara Cível, julgado em 02 de dezembro de 2003.

[592] PARANA, Tribunal de Justiça. Apelação Cível n° 563166-3. APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA - SOBRESTADIA DE CONTÊINERES - DEMURRAGE -- ART. 449, III, CÓDIGO COMERCIAL - ART. 22, DA LEI Nº. 9.611/98 - TERMO INICIAL - A CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL DEVE INICIAR NA DATA DA DEVOLUÇÃO DO CONTÊINER - PRESCRIÇÃO - PRAZO ÂNUO ADOTADO PELO RELATOR - AFASTADO PELA DOUTA MAIORIA - AGRAVO RETIDO - IMPOSSIBILIDADE DA DENUNCIAÇÃO À LIDE - ART. 70, III, DO CPC - AGRAVO DESPROVIDO - APELAÇÃO - ALEGAÇÃO DE EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE PELA DEMORA NA DEVOLUÇÃO DOS CONTÊINERES - SUPOSTA GREVE DOS FUNCIONÁRIOS DA RECEITA FEDERAL E DO IBAMA - SITUAÇÃO NÃO COMPROVADA - ART. 333, II, DO CPC - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MINORADOS - AGRAVO RETIDO CONHECIDO E DESPROVIDO - RECURSO DESPROVIDO - VENCIDO O DESEMBARGADOR RELATOR NO CONCERNENTE À PRESCRIÇÃO. INDÚSTRIAS PEDRO N PIZZATO *versus* CARGOS LOGISTCS DO BRASIL LOGISTICA INTERNACIONAL DE CARGA. Relator Des. Luiz Sérgio Neiva de Lima Vieira, Sétima Câmara Cível, julgado em 13 de outubro de 2009.

[593] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n°266.504. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. INSTITUTO DO AÇÚCAR E DO ÁLCOOL. CONTRATO DE PERMUTA DE SACAS DE AÇÚCAR. ATRASO NO CARREGAMENTO (DEMURRAGE). NAVIO CARGUEIRO. AUSÊNCIA DE CONTRATO DE INTERMEDIAÇÃO OU OBRIGAÇÃO DE ENTREGAR AS SACAS A TERCEIRO ADQUIRENTE. NEXO CAUSAL NÃO-CONFIGURADO. União *versus* Companhia Industrial do Nordeste Brasileiro. Relator Min. Franciulli Netto, julgado em 18 de maio de 2004.

4. Conclusão

O crescimento da participação brasileira no comércio internacional exigirá maior compreensão acerca de instrumentos logísticos e complexidades específicas. Algumas tentativas de uniformização ou harmonização de ferramentas normativas próprias existem, mas nem sempre foram apropriadas pelo Ordenamento jurídico brasileiro.

Aliada a complexidade normal de um ambiente normativo plural, a relativa desatualização internacional brasileira torna o desafio de solucionar, as poucas controvérsias que batem as portas do Judiciário, ainda mais desafiador.

Apesar disso, no exemplo específico da mora na devolução do contêiner, percebe-se que os tribunais brasileiros buscam instrumentais conhecidos e relativamente consagrados para, ainda que de forma analógica, justificarem as soluções encontradas.

Neste exemplo específico, ainda, pode-se perceber a forma de aculturação de um fenômeno. Assim, por exemplo, se a tradição anglo-saxã enfatiza sua natureza contratual e, portanto, sua previsibilidade a depender da liberdade criativa dos contratantes (seja para valorá-lo, seja para excluí-lo), a natureza contratual é percebida, no Brasil, pelo inadimplemento, típico da construção continental europeia.

Desta forma, portanto, se a solução judicialmente encontrada conduz a um resultado parecido (a compensação de danos), por outro precisa buscar apoio para sustentar os prazos prescricionais ou para atribuir “culpa” e, portanto, responsabilidade.

O exemplo escolhido, portanto, para ajudar a sustentar a ideia de que a soberania estatal na produção normativa que não pode mais ser entendida como absoluta, passando-se a admitir a possibilidade da existência de outras fontes normativas concorrentes (pluralismo).

5. Referências

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coord.) Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais. São Paulo Aduaneiras, 2004.

ARAUJO, Nadia. Contratos internacionais: autonomia da vontade, MERCOSUL e Convenções Internacionais, 3. Ed., Rio de Janeiro, 2004.

ARAUJO, Nadia de. Contratos internacionais no Brasil: posição atual da jurisprudência no Brasil. In Revista Trimestral de Direito Civil, n° 34. Abril/Junho 2008, p. 267-280.

BASSO, Maristela. Autonomia da vontade nos contratos Internacionais do Comércio. In BAPTISTA, Luiz Olavo; HUCK, Hermes Marcelo; CASELLA, Paulo Borba (Coord.).Direito e Comércio Internacional: tendências e perspectivas. Estudos em homenagem ao Prof. Irineu Strenger. São Paulo: LTr, 1994, p. 42-66.

BASSO, Maristela. Introdução às fontes e instrumentos do comércio internacional. In Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, n° 77, julho/setembro 1996, p. 60-71.

BASTOS, Celso Ribeiro; KISS, Eduardo Amaral Gurgel. Contratos internacionais. São Paulo: Saraiva, 1990.

BAUGHEN, Simon. Shipping Law, 4. Ed., London: Routledge-Cavendish, 2009.

BORGES VIEIRA, Guilherme Bergmann. Regulamentação no Comércio internacional: aspectos contratuais e implicações práticas. São Paulo: Aduaneiras, 2002.

BRASIL. Recurso Especial n° 176.903. DIREITO COMERCIAL. PRESCRIÇÃO. SOBREESTADIA DE "CONTAINERS". CÓDIGO COMERCIAL, ART. 449, INCISO 3º. LEI Nº 6.288, DE 1975, ART. 3º. Na sobreestadia do navio, a carga ou a descarga excedem o prazo contratado;na sobreestadia do "container", a devolução deste se dá após o prazo usual no porto de destino. Num caso e noutro, as ações que perseguem a indenização pelos respectivos prejuízos estão sujeitas à regra do artigo 449, inciso 3º, do Código Comercial. Recurso especial não conhecido. AS IvaransRederi versus Trombini Papel e Embalagens S/A, Relator Min. Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado em 20 de fevereiro de 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n° 163.897-SP. COMERCIAL. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. SOBREESTADIA DE 'CONTAINERS'. CÓDIGO COMERCIAL, ART. 449, INCISO 3o. LEI N° 6.288, DE 1975, ART. 3o. A sobrestadia de 'container' se equipara, para os efeitos da

prescrição, à sobreestadia de navio (REsp n° 176.903, PR), mas o termo inicial do prazo só inicia após a devolução do 'container', porque antes disse o respectivo proprietário não sabe qual a extensão do seu direito. Recurso especial não conhecido. PROGRESSO INTERNACIONAL IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO SRL versus HAMBURG SUDAMERIKANISCHE DAMPSCHIFEFAHRTS GESELLSCHAFT GMBH. Relator Min. Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado em 29 de maio de 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n°266.504. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. INSTITUTO DO AÇÚCAR E DO ÁLCOOL. CONTRATO DE PERMUTA DE SACAS DE AÇÚCAR. ATRASO NO CARREGAMENTO (DEMURRAGE). NAVIO CARGUEIRO. AUSÊNCIA DE CONTRATO DE INTERMEDIAÇÃO OU OBRIGAÇÃO DE ENTREGAR AS SACAS A TERCEIRO ADQUIRENTE. NEXO CAUSAL NÃO-CONFIGURADO. União versus Companhia Industrial do Nordeste Brasileiro. Relator Min. Franciulli Netto, julgado em 18 de maio de 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n° 678100/SP. RECURSO ESPECIAL. SOBREESTADIA DE "CONTAINERS" (DEMURRAGES). DECRETO 80.145/77. PRESCRIÇÃO. ARTIGO 449, INCISO III, DO CÓDIGO COMERCIAL. I - O artigo 5º do Decreto 80.145/77 dispõe que "container" não constitui embalagem das mercadorias e sim parte ou acessório do veículo transportador. II - Por analogia, é de se aplicar aos "containers" a legislação pertinente a sobreestadia do navio. Num caso e noutro, as ações que buscam a indenização pelos respectivos prejuízos estão sujeitas à regra do artigo 449, inciso III, do Código Comercial. Recurso especial provido.” ADVANCE INDÚSTRIA TÊXTIL LTDA versus HAMBURG - SÜDAMERIKANISCHE DAMPSCHIFFFAHRTS GESSELLSCHAFT EGGERT & AMSINCK. Relator Min. Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 04 de agosto de 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n° 526.767/PR. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PERDIMENTO DE MERCADORIA. APREENSÃO DO CONTÊINER (UNIDADE DE CARGA). ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 24, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 9.611/98. NÃO-OCORRÊNCIA. INEXISTE RELAÇÃO DE ACESSORIEDADE ENTRE O CONTÊINER E A MERCADORIA NELE TRANSPORTADA. EXEGESE DO ART. 92 DO CÓDIGO CIVIL. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. A questão controvertida consiste em saber se o contêiner utilizado no transporte de carga é acessório da mercadoria nele transportada e, por conseqüência, deve sofrer a pena de perdimento aplicada à mercadoria apreendida por abandono. 2. O Tribunal a quo entendeu que o contêiner não se confunde com a mercadoria nele transportada, razão pela qual considerou ilícita sua apreensão em face da

decretação da pena de perdimento da carga. A recorrente, em vista disso, pretende seja reconhecido o contêiner como acessório da carga transportada, aplicando-se-lhe a regra de que o acessório segue o principal. 3. "Principal é o bem que existe sobre si, abstrata ou concretamente; acessório, aquele cuja existência supõe a do principal" (CC/02, art. 92). 4. Definido, legalmente, como qualquer equipamento adequado à unitização de mercadorias a serem transportadas e não se constituindo embalagem da carga (Lei 9.611/98, art. 24 e parágrafo único), o contêiner tem existência concreta, destinado a uma função que lhe é própria (transporte), não dependendo, para atingir essa finalidade, de outro bem juridicamente qualificado como principal. 5. Assim, a interpretação do art. 24 da Lei 9.611/98, à luz do disposto no art. 92 do Código Civil, não ampara o entendimento da recorrente no sentido de que a unidade de carga é acessório da mercadoria transportada, ou seja, que sua existência depende desta. Inexiste, pois, relação de acessoriedade que legitime sua apreensão ou perdimento porque decretada a perda da carga. 6. Recurso especial conhecido e desprovido. Fazenda Nacional versus Companhia Sud Americana de Vapores S/A, Relatora Min. Denise Arruda, Primeira Turma, Julgado em 23 de agosto de 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n° 1.002.811/SP. PROCESSO CIVIL. ILEGITIMIDADE AD CAUSAM . A empresa que no país representa outra, ainda que do mesmo grupo econômico, não pode postularem nome próprio direito que é da representada. Recurso especial conhecido e provido. Alca Atacadista de Alimentos Ltda versus Maersk do Brasil Ltda. Relator Min. Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado 07 de agosto de 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no Agravo de Instrumento n°1.315.180. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO – SOBREESTADIA DE "CONTAINERS" - PRESCRIÇÃO - APLICAÇÃO DO CÓDIGO COMERCIAL - ACÓRDÃO RECORRIDO EM DESACORDO COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE - RECURSO IMPROVIDO. Nuno Ferreira Cargas Internacionais Ltda versus Felinto Indústria e Comércio Ltda. Relator Min. Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 28 de setembro de 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no agravo de instrumento n . AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMERCIAL. SOBREESTADIA DE CONTAINER. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. DEVOLUÇÃO DO CONTAINER. FALTA DE ELEMENTOS NO ACÓRDÃO PARA AFERIR O PRAZO PRESCRICIONAL. ALTERAÇÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO AO ART. 22 DA Lei 9.611/98. INOVAÇÃO PROCESSUAL. RECURSO IMPROVIDO. I.- O prazo prescricional para a cobrança de sobreestadia inicia-se com a devolução do container , sendo irrelevante a data da entrega da carga (REsp 163.897/SP).

Não havendo no Acórdão dados de quando ocorrida a devolução, torna-se impossível a alteração do julgado, como pretendido pela recorrente, uma vez que necessário o revolvimento de matéria de prova dos autos. Aplicação da Súmula 7/STJ. II.- É descabida a alegação de ofensa ao art. 22 da Lei 9.611/98, uma vez que não apresentada nas razões do Recurso Especial, não podendo, pois, ser invocada referida violação em Agravo Regimental, por tratar-se de inovação da tese recursal. III.- Agravo Regimental improvido. Center Cargo Transportes Internacionais Ltda versus Montemar Marítima S/A. Relator Min. Sidnei Beneti, julgado em 19 de outubro de 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n° 1.220.719/SP. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMERCIAL. SOBREESTADIA DE CONTAINER . PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. DEVOLUÇÃO DO CONTAINER. FALTA DE ELEMENTOS NO ACÓRDÃO PARA AFERIR O PRAZO PRESCRICIONAL. ALTERAÇÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO AO ART. 22 DA Lei 9.611/98. INOVAÇÃO PROCESSUAL. RECURSO IMPROVIDO. Relator Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, Julgado em 19 de outubro de 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n° 1.227.053/SP. RECURSO ESPECIAL. EMPRESARIAL E PROCESSUAL CIVIL. TRANSPORTE MARÍTIMO INTERNACIONAL. ATRASO NA DEVOLUÇÃO DE CONTÊINERES. DESPESA DE SOBRE-ESTADIA (OU "DEMURRAGE"). CONTRATO CELEBRADO EM LÍNGUA ESTRANGEIRA. TRADUÇÃO INCOMPLETA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE DO DOCUMENTO. AUSÊNCIA DE PROVA DE FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO DO AUTOR. 1. Segundo o princípio da indivisibilidade do documento, este deve ser interpretado como um todo, não podendo ser fracionado para que se aproveite a parcela que interessa à parte, desprezando-se o restante. 2. Ineficácia probante da tradução parcial de contrato celebrado em idioma estrangeiro. 3. Inviabilidade de se dispensar a tradução na hipótese em que o documento estrangeiro apresenta-se como fato constitutivo do direito do autor. 4. Doutrina e jurisprudência acerca do tema. 5. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. MaerskLine versus BM TransTransitários Internacionais Ltda. Relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, Julgamento em 22 de maio de 2012.

CHINA, law of the application of law for foreign-related civil relations of the People's Republic of China.Adotada em 28 de outubro de 2010. Disponível em: <http://asadip.files.wordpress.com/2010/11/law-of-the-application-of-law-for-foreign-of-china-2010.pdf.>. Acesso em 31 de julho de 2012.

DOCKRAY, Martin. Carriage of Goodsbysea, 3. Ed., London: Cavendish, 2004.

ENGELBERG, Esther. Contratos Internacionais do Comércio, 3. Ed., São Paulo: Atlas, 2003.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. A lei e o foro de eleição em tema de contratos internacionais. In RODAS, João Grandino (Coord.). Contratos internacionais, 3. Ed., São Paulo: RT, 2002, p. 66-121.

HUCK, Hermes Marcelo. Contratos internacionais de financiamento: a lei aplicável. In Revista de Direito Mercantil, nº 53. São Paulo: RT, Jan/Mar 1984, p. 81-87.

LAMY, Eduardo de Avelar. Contrato de transporte marítimo internacional: foro e legislação aplicável. In CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. Temas atuais de Direito do Comércio Internacional. Florianópolis: OAB/SC, 2005, Vol. II, p.407-431.

MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. A CIDIP-V e o Direito aplicável aos contratos internacionais. In Revista de Direito de Empresa, n° 1. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 75-124.

MARTINS, Eliane M. Octaviano. Curso de Direito Marítimo. Barueri: Manole, 2008, Vol. II.

MIRANDA, Pontes de. Fontes e evolução do direito civil brasileiro, 2. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MURTA, Roberto. Princípios e contratos em comércio exterior. São Paulo: Saraiva, 2005.

PARANÁ, Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 716.748-6. AÇÃO DE COBRANÇA. TRANSPORTE MARÍTIMO INTERNACIONAL. TARIFA DE SOBRESTADIA DE CONTÊINERES (DEMURRAGE). A DEMORA NA DEVOLUÇÃO DO CONTÊINER, ENSEJA A COBRANÇA DE SOBRESTADIA. DESNECESSIDADE DE PREVISÃO DO TEMPO LIVRE (FREE TIME) NO CONHECIMENTO DE EMBARQUE. DIAS E VALORES CONSTANTES NA TABELA PADRÃO DE SOBRESTADIA DE CONTÊINER DE CONHECIMENTO DO APELANTE. RESPONSABILIDADE DO TRANSPORTADOR. USOS E COSTUMES DO TRANSPORTE MARÍTIMO - `BILL OF LADING' NULIDADE DA DECISÃO POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO E CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. JUIZ DESTINATÁRIO DA PROVA. IRREGULARIDADE NA REPRESENTAÇÃO. PROTESTO INTERRUPTIVO DA PRESCRIÇÃO. PRAZO PRESCRICIONAL ÂNUO. ART. 449, §3º, DO CÓDIGO COMERCIAL E ART. 22 DA LEI Nº 9611/98. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. AVENÇA EM MOEDA ESTRANGEIRA. CONVERSÃO REALIZADA NA DATA DO EFETIVO PAGAMENTO. CABIMENTO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. RECURSO DESPROVIDO. GIANT TRANSPORTES NACIONAIS E INTERNACIONAIS LTDA versus COMPAÑIA SUD

AMERICANA DE VAPORES. Relatora Des. Ângela Khury Munhoz da Rocha, Sexta Câmara Cível, julgado em 03 de maio de 2011.

PARANÁ, Tribunal de Justiça. Apelação Cível n°540.179-2. APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – TRANSPORTE MARÍTIMO – SOBREESTADIA DE CONTÊINER ("DEMURRAGE") - PRESCRIÇÃO – INAPLICABILIDADE POR EXPRESSA DISPOSIÇÃO LEGAL – ART. 205, DO CC. INOCORRÊNCIA. ILEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA. CARÊNCIA DE AÇÃO. PRELIMINARES REPELIDAS. MÉRITO. A DEMORA NA DEVOLUÇÃO DO CONTÊINER, APÓS O PRAZO CONVENCIONADO PARA TAL, ENSEJA A COBRANÇA DE SOBRESTADIA. INEXISTÊNCIA DE CULPA DA PARTE AUTORA. PERDAS E DANOS INDEVIDOS. SENTENÇA MANTIDA. APELO DESPROVIDO.TransportadoraVantrobaLtda versus Global Transporte Oceânico S/A. Relatora JuizaConv. Dilmari Helena Kessler, Sétima Câmara Cível, 27 de julho de 2010.

PARANÁ, Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento n°648824-6. Agravo de instrumento. Ação de cobrança. Sobrestadia de contêineres. Demurrage. Denunciação da lide. Amparo legal. Decisão mantida. Recurso desprovido. COMPAÑIA LIBRA DE NAVEGACIÓN (URUGUAY) AS versus GPSB ASSESSORIA E CONSULTORIA EM PROJETOS LOGÍSTICOS ESPECIAIS LTDA. Relator Des. JOATAN MARCOS DE CARVALHO, Sétima Câmara Cível, julgado em 20 de julho de 2010.

PARANA, Tribunal de Justiça. Apelação Cível n° 589.669-9. APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – TARIFA DE SOBRESTADIA "DEMURRAGE" – PRAXE COMERCIAL COMPROVADA – OBRIGAÇÃO DA APELANTE – INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA A PARTIR DA CITAÇÃO – SENTENÇA MODIFICADA NESTE TOCANTE – RECURSO DE APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDO. Tecnicare Indústria e Comércio Ltda versus Aliança Navegação e Logística Ltda. Relator Des. Antenor Demeterco Júnior, Sétima Câmara Cível, julgado em 09 de fevereiro de 2010.

PARANA, Tribunal de Justiça. Apelação Cível n° 563166-3. APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA - SOBRESTADIA DE CONTÊINERES - DEMURRAGE -- ART. 449, III, CÓDIGO COMERCIAL - ART. 22, DA LEI Nº. 9.611/98 - TERMO INICIAL - A CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL DEVE INICIAR NA DATA DA DEVOLUÇÃO DO CONTÊINER - PRESCRIÇÃO - PRAZO ÂNUO ADOTADO PELO RELATOR - AFASTADO PELA DOUTA MAIORIA - AGRAVO RETIDO - IMPOSSIBILIDADE DA DENUNCIAÇÃO À LIDE - ART. 70, III, DO CPC - AGRAVO DESPROVIDO - APELAÇÃO - ALEGAÇÃO DE EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE PELA DEMORA NA DEVOLUÇÃO DOS CONTÊINERES - SUPOSTA GREVE DOS FUNCIONÁRIOS DA RECEITA FEDERAL E DO IBAMA - SITUAÇÃO NÃO

COMPROVADA - ART. 333, II, DO CPC - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MINORADOS - AGRAVO RETIDO CONHECIDO E DESPROVIDO - RECURSO DESPROVIDO - VENCIDO O DESEMBARGADOR RELATOR NO CONCERNENTE À PRESCRIÇÃO.INDÚSTRIAS PEDRO N PIZZATO versus CARGOS LOGISTCS DO BRASIL LOGISTICA INTERNACIONAL DE CARGA. Relator Des. Luiz Sérgio Neiva de Lima Vieira, Sétima Câmara Cível, julgado em 13 de outubro de 2009.

PARANA, Tribunal de Justiça. Apelação Cível n° 541974-1. APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA - SOBRESTADIA DE CONTÊINERES - DEMURRAGE - PRESCRIÇÃO PRAZO ÂNUO - ART. 449, III, CÓDIGO COMERCIAL - ART. 22, DA LEI Nº. 9.611/98 - TERMO INICIAL - A CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL DEVE INICIAR NA DATA DA DEVOLUÇÃO DO CONTÊINER - PRELIMINAR AFASTADA - LAPSO TEMPORAL INFERIOR A UM ANO ENTRE A DEVOLUÇÃO DOS CONTÊINERS E O AJUIZAMENTO DA DEMANDA - DEVER DE INDENIZAR OS DIAS EXCEDENTES AO PERIODO LIVRE (FREE TIME) - SOBRESTADIA CONFIGURADA - VALOR EM DÓLAR AMERICANO - CONVERSÃO PELA DATA DO VENCIMENTO - CLÁUSULAS LEONINAS - ABUSO DE PODER ECONÔMICO - EXCESSO DE ONEROSIDADE DE ENCARGOS FINANCEIROS - ALEGAÇÕES AFASTADAS - A QUESTAO NÃO É DE INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL - O FATO DE SER CONTRATO DE ADESÃO NÃO EXCLUI O CONTRATANTE DE SUAS OBRIGAÇÕES - A COBRANÇA DE DEMURRAGE CONSTITUI PRÁTICA COSTUMEIRA NO CÍRCULO DAS RELAÇÕES COMERCIAIS E TRANSPORTES MARÍTIMOS - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - NÃO CARACTERIZADA - OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 514, II, DO CPC - RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. "A sobreestadia de 'contêiner' se equipara, para os efeitos da prescrição, à sobreestadia de navio (REsp n. 176.903-PR), mas o termo inicial do prazo só inicia após a devolução do 'contêiner', porque antes disso o respectivo proprietário não sabe qual a extensão do seu direito. Recurso especial não conhecido" (REsp 163897/SP, Relator Ministro Ari Pargendler).2. "Recebendo a mercadoria, na condição de proprietária ou destinatária, anui-se ao pacto de transporte e respectivo conhecimento marítimo, afigurando-se como responsável pelas despesas de translado, dentre elas, a de transporte da mercadoria acondicionadas em containers, que devem ser devolvidos em prazo assinalado pelo comércio internacional e cuja sobreestadia acarreta despesas de demurrage." (TJPR - 12ª C.Cível - AC 0387160-9 - Paranaguá - Rel.: Des. José Cichocki Neto - Unanime - J. 19.03.2008). 3. O valor diário da multa até a efetiva devolução dos containers ao seu proprietário possui cotação em dólares americanos, situação que pode permanecer enquanto estão sendo computados os dias de utilização indevida dos contêineres. Cessado o fato que gera o débito com a

entrega dos bens ao seu proprietário passa a ser exigível o valor correspondente, momento em que deve ser feita a conversão para a moeda corrente nacional com a cotação do dia e, a partir de então, sendo esse atualizado com juros legais de mora e correção monetária pelos índices oficiais. Front End Cargo Service Ltda versus MSc Mediterranean Shipping Company S.A. Relator Des. Luiz Sérgio Neiva de Lima Vieira, Sétima Câmara Cível, julgado em 7 de julho de 2009.

PARANA, Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 509.802-0. APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA - TARIFA DE SOBRESTADIA "DEMURRAGE" - PRAXE COMERCIAL. COMPROVADA - OBRIGAÇÃO DA APELANTE - IMPOSSIBILIDADE DA CONVERSÃO DA MOEDA ESTRANGEIRA PARA MOEDA NACIONAL NA DATA DA DEVOLUÇÃO DOS CONTEINERES, MOMENTO EM QUE SE TORNOU DEVIDA A OBRIGAÇÃO PELO PAGAMENTO - "NON REFORMATIO IN PEJUS" - DATA DA SENTENÇA PARA CONVERSÃO EM MOEDA ESTRANGEIRA EM RESPEITO AO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA REFORMA EM PREJUÍZO DA PARTE RECORRENTE - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DE APELAÇÃO IMPROVIDA. TREVO NEWS COMÉRCIO DE PAPEL LTDA versus COMPAÑIA SUD AMÉRICANA DE VAPORES S/A. Relator Des. Antenor Demeterco Júnior, Sétima Câmara Cível, julgado em 14 de abril de 2009.

PARANA, Tribunal de Justiça. Apelação Cível n° 490128-8. APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA - CONTRATO MERCANTIL DE TRANSPORTE MARÍTIMO SOBRESTADIA DE CONTAINERS - INAPLICABILIDADE DA LEI 9611/98 COM RELAÇÃO À PRESCRIÇÃO - ART. 206, §3°, V, CC - NOTIFICAÇÃO VÁLIDA NOS TERMOS DA TEORIA DA APARÊNCIA CODECON - NÃO INCIDÊNCIA - NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO E AO AGRAVO RETIDO. Perfil Pneus Grande Auto Center recapagens Ltda versus MSC MediterraneanShipping do Brasil Ltda, Des. Antenor Demeterco Junior, Sétima Câmara Cível, julgado em 02 de dezembro de 2008.

PARANA, Tribunal de Justiça. Apelação Cível n° 496440-3. APELAÇÃO. COBRANÇA. CONTRATO DE TRANSPORTE MARÍTIMO. OBRIGAÇÃO DE DEVOLUÇÃO DE CONTÊINERES NO PERÍODO LIVRE ""FREE TIME"". TARIFA DE SOBRESTADIA ""DEMURRAGE"". PRAZO DE ""FREE TIME"" E VALOR DA MULTA DIÁRIA FIXADO ENTRE AS PARTES. PROCEDÊNCIA. PRAXE COMERCIAL. COMPROVADA OBRIGAÇÃO DA APELADA. CONVERSÃO DA MOEDA ESTRANGEIRA PARA MOEDA NACIONAL. DATA DA DEVOLUÇÃO DOS CONTÊINERES. APERFEIÇOAMENTO DA OBRIGAÇÃO. RECURSO PROVIDO I. É prática comercial a cobrança de ""demurrage"" em face da demora na devolução dos contêineres após a entrega efetiva da carga transportada. II. Em havendo previsão expressa da

cobrança de tarifa de sobrestadia no instrumento contratual e a existência de tabela em que está consignado os dias de ""free time"" e o valor das tarifas praticadas pela empresa transportadora, impõe-se reconhecer comprovado o crédito da transportadora. III. A obrigação pelo pagamento de ""demurrage"", quando fixada em moeda estrangeira, deve observar a conversão cambial pela data da entrega dos contêineres, posto que este é o momento em que se consolida a obrigação, evitando-se eventual enriquecimento sem causa. Relator Des. D´Artagnan Serpa Sá, Décima Segunda Câmara Cível, julgado em 19 de novembro de 2008.

PARANA, Tribunal de Justiça. Apelação Cível n° 477907-1. APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA - TRANSPORTE MARÍTIMO INTERNACIONAL - PRESCRIÇÃO ÂNUA - INOCORRÊNCIA - VALIDADE DO PROTESTO INTERRUPTIVO DA PRESCRIÇÃO - DESNECESSIDADE DA TRADUÇÃO DE DOCUMENTOS NA MEDIDA CAUTELAR PREPARATÓRIA - DEVOLUÇÃO DE COMPARTIMENTOS DE CARGA FORA DO PRAZO DE LIVRE UTILIZAÇÃO ("FREETIME") - INCIDÊNCIA DE SOBRESTADIA ("DEMURRAGE") - INDENIZAÇÃO CONVENCIONADA PARA O CASO DE ATRASO NA DESOCUPAÇÃO DOS COFRES DE CARGA IMPEDINDO A REUTILIZAÇÃO PELA TRANSPORTADORA - DEMORA NO DESCARREGAMENTO DOS CONTEINERES INCONTROVERSA - CULPA DE TERCEIRO PELO ATRASO NA DEVOLUÇÃO DOS EQUIPAMENTOS NÃO EVIDENCIADA - MULTA DIÁRIA PREVISTA EM COMPROMISSO DE DEVOLUÇÃO DOS CONTÊINERES VAZIOS FIRMADO PELO DESPACHANTE ADUANEIRO RESPONSÁVEL PELO DESEMBARAÇO DAS MERCADORIAS IMPORTADAS - AUSÊNCIA DE NEGATIVA QUANTO AO RECEBIMENTO DA CARGA - INSUBSISTÊNCIA DA ALEGAÇÃO DE DESCONHECIMENTO DA INCIDÊNCIA DE MULTA PELA DEMORA NA DEVOLUÇÃO DOS COFRES DE CARGA - PRÁTICA USUAL E COSTUMEIRA NO COMÉRCIO MARÍTIMO - DEVER DE INDENIZAR OS DIAS EXCEDENTES AO PRAZO COSTUMEIRO - FALTA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA ACERCA DOS VALORES COBRADOS - COBRANÇA CONDIZENTE E DE ACORDO COM OS VALORES DE MERCADO - AUSÊNCIA DE EXCESSO OU INCORREÇÃO - VALORES ESTABELECIDOS EM MOEDA ESTRANGEIRA - CONVERSÃO NA DATA DO VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.AlimentosZaeliLtda versus HAMBURG SÜDAMERIKANISCHE DAMPFSCHIFFFAHRTS-GESELLCHAFT KG. Relator Des. Clayton Camargo, Décima Segunda Câmara Cível, julgado em 24 de setembro de 2008.

PARANA, Tribunal de Justiça. Apelação Cível n° 441914-3. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - AÇÃO DE COBRANÇA - SOBRESTADIA DE NAVIO (DEMURRAGE) - PRESCRIÇÃO ÂNUA (ART. 449, 3 DO CÓDIGO

COMERCIAL) - NÃO OCORRÊNCIA - CONTRATO FIRMADO ENTRE AFRETADOR E CONSIGNATÁRIO - INTELIGÊNCIA, NO CASO, DOS ARTS. 449 (PARTE FINAL) E 442 DO CÓDIGO COMERCIAL - SENTENÇA ANULADA EM PARTE - RECURSO DA FERTIKOLA TRADING PROVIDO E PREJUDICADA A APELAÇÃO DE GIRASSOL IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA. Não se pode jamais aplicar a regra da prescrição de que trata o inc. III do art. 449 do CCo brasileiro, pois esta se aplica especificamente nas relações entre armador e o afretador em decorrência do demurrage. É bom alvitrar que não existe demurrage ente o afretador e o importador. O que pode ser pactuado é o importador, por disposição contratual, assumir o ressarcimento do que o afretador pagar ao armador a título de demurrage (Edson Antonio Miranda). Fertikola Trading versus Girassol Importação e exportação Ltda, Relator Des. Costa Barros, Décima Segunda Câmara Cível, julgado em 16 de janeiro de 2008.

PARANÁ, Tribunal de Justiça. Apelação Cível n° 289329-4. AÇÃO DE COBRANÇA - TRANSPORTE MARÍTIMO - SOBREESTADIA DE CONTÊINERES ("DEMURRAGE") - PRESCRIÇÃO - INOCORRÊNCIA - TERMO INICIAL DO PRAZO - DEVOLUÇÃO DOS CONTÊINERES - CÓDIGO COMERCIAL, ART. 449, III - AGRAVO RETIDO - DESPROVIMENTO - COMPROVAÇÃO DE PAGAMENTO DA QUANTIA DE R$ 10.000,00, QUE NÃO FOI ABATIDA DA DÍVIDA - RECURSO PROVIDO. A sobrestadia de "contêiner" se equipara, para os efeitos da prescrição, à sobreestadia de navio (REsp n. 176.903-PR), mas o termo inicial do prazo só inicia após a devolução do "contêiner", porque antes disso o respectivo proprietário não sabe qual a extensão do seu direito. Recurso especial não conhecido" (REsp 163897/SP, Relator Ministro Ari Pargendler). Centro Color Comércio de Materiais Fotográficos Ltda. versus Evergreen Marine Corporation (Taiwan Ltd). Relator Des. Ronald Schulman, Décima Câmara Cível, julgado em 10 de maio de 2005.

PARANA, Tribunal de Justiça. Apelação Cível n° 114665-2. COMERCIAL - AFRETAMENTO MARÍTIMO - TRANSPORTE DE MADEIRA AÇÃO DE COBRANÇA - SOBRESTADIA (DEMURRAGE) - ATRASO NO CARREGAMENTO - FATO DAS AFRETADORAS - RESPONSABILIDADE DESTAS - FRETE - PAGAMENTO FEITO COM BASE EM DECLARAÇÃO DE VOLUME INFERIOR AO MÍNIMO CONTRATADO E AO QUE FOI EFETIVAMENTE CARREGADO - COBRANÇA DE ADICIONAL - CASO EM QUE É DEVIDO - MULTAS - PRETENSÕES CONTRAPOSTAS - ATRASO NA DISPONIBILIZAÇÃO DO DINHEIRO DO FRETE E FALTA DE EMBARQUE DE PARTE DA CARGA - FATOS INCOMPROVADOS - ENCARGOS CONTRATUAIS INEXIGÍVEIS - SUCUMBÊNCIA - RECIPROCIDADE E PROPORCIONALIDADE - ADEQUAÇÃO - REFORMA PARCIAL DA

SENTENÇA. Coesa - Comercial e Exportação S/A versus Sealine Transportes Marítimos de Cabo Verde Ltda., Relator Des. Luiz Cesar de Oliveira, Quinta Câmara Cível, julgado em 02 de dezembro de 2003.

PARANA, Tribunal de Alçada. Apelação Cível n° 181048-0. AÇÃO CAUTELAR DE SUSTAÇÃO DE PROTESTO E NULIDADE DE TÍTULO DE CRÉDITO. COBRANÇA A TÍTULO DE SOBRESTADIA DE CONTÊNEIRES NO PORTO, QUE CONFIGURA MULTA. IMPOSSIBILIDADE DE SUA COBRANÇA POR ESTA VIA. PARÁGRAFO 1°, DO ARTIGO 2° DA LEI DE DUPLICATAS. INEXISTÊNCIA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO QUE AUTORIZE SUA EMISSÃO. NULIDADE DECRETADA E SUSTAÇÃO DEFINITIVA. APELAÇÃO PROVIDA. 1. O entendimento doutrinário confirma que a sobrestadia nada mais é do que multa. Nessa condição, ela não preenche os requisitos contidos na Lei de Duplicatas, para sua emissão, sendo de rigor a decretação de sua nulidade, com a sustação em definitivo. 2. Eventual crédito deverá ser reclamado por via própria, para discussão, inclusive, da legitimidade passiva. Relator Des. Carvilio da Silveira Filho, Sexta Câmara Cível, julgado em 27 de maio de 2002.

PEREIRA, Luis Cezar Ramos. Aspectos gerais sobre as regras nacionais de Direito Internacional privado, relativas às obrigações (análise do art. 9º, da LICC). In Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n° 18. Janeiro/Março 1997, p. 204-223.

RODAS, João Grandino. Direito Internacional Privado Brasileiro. São Paulo: RT, 1993.

ROVIRA, Suzan Lee Zaragoza de. Estudo comparativo sobre os contratos internacionais: aspectos doutrinários e práticos. In RODAS, João Grandino (Coord.). Contratos Internacionais, 2. Ed., São Paulo: RT, 1995, p. 51-90.

STRENGER, Irineu. Direito Internacional Privado, 4. Ed., São Paulo: LTr, 2000.

WILSON, John F. Carriage of goods by sea, 7. Ed., Essex: Longman, 2010.

Direitos Fundamentais versus Custos:

o Dilema entre Direito e Economia no Caso Enem[594]

Marilia Pedroso Xavier[595]

William Soares Pugliese[596]

Sumário:1.Introdução; 2. O caso ENEM; 3. As alternativas do Poder Judiciário no caso ENEM; 4. Conclusão – por um resgate do papel do Poder Judiciário.

1.Introdução:

Após um histórico recente de fraude, o Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) ganhou novo destaque na mídia por conta de novas denúncias que colocaram em xeque a idoneidade do exame.

Se em 2009 a polêmica resumiu-se ao vazamento da prova por conta de furto do caderno de questões ocorrido dentro das dependências

[594]Trabalho apresentado para o Núcleo de Direito Empresarial Comparado (NEMCO) da Universidade Federal do Paraná (UFPR), coordenado pela Professora Doutora Marcia Carla Pereira Ribeiro.

[595]Mestre em Direito das Relações Sociais pelo Programa de Pós graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Professora de Direito Civil nas Faculdades Integradas do Brasil - UniBrasil, no Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA e no Curso Professor Luiz Carlos. Contato: marilia@lxp.adv.br

[596]Doutorando em Direitos Humanos e Democracia pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito das Relações Sociais pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Professor Adjunto de Direito Processual Civil e Supervisor do Núcleo de Prática Jurídica da Universidade Positivo. Advogado militante em Curitiba. Contato: william@lxp.adv.br

da gráfica responsável pela impressão, o que redundou no adiamento do exame, em 2010 teve-se um cenário verdadeiramente caótico.

As falhas no processo de aplicação aumentaram exponencialmente. Novas irregularidades eram denunciadas diariamente. A situação tornava-se ainda mais dramática ao se constatar que a prova passou a ser adotada por inúmeras instituiçõesde ensino superior como critério único de ingresso nos cursos de graduação, incluindo-se neste rol uma série de univerisidades federais.[597]

Apuraram-se nada menos que erros de impressão, de montagem e de aplicaçãonas provas do ENEM. Além de exemplares com folhas repetidas ou erradas (com questões repetidas ou ausentes) os próprios gabaritos estavam incorretamente identificados. Ademais, houve utilização por parte dos examinados de aparatos proibidos pelo edital, razão pela qual o Ministério da Educação (MEC) viu-se obrigado a desclassificar alunos pela utilização do Twitter durante a realização da prova.[598]

Não bastassem as falhas nas provas impressas e nos cartões de resposta, os fiscais do exame não estavam minimamente aptos a orientar com precisão os candidatos que receberam provas maculadas.

Somavam-se aos fatos a suspeita de vazamento de prova em Petrolina (PE).[599] A Polícia Federal investigava dois professores que teriam passado ao filho o tema da redação e o gabarito das questões objetivas. No caso em apreço, o estudante acertou mais de 95% da avaliação.

---

[597]UNIVERSIA. **Veja como as universidades federais adotarão o novo Enem**. Disponível em: <http://www.vestibulandoweb.com.br/enem/universidades-adotarao-novo-enem.asp>. Acesso em: 1.º dez. 2010.

[598]VEJA. **MEC desclassifica três alunos por usar o Twitter durante o Enem**. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/educacao/tres-alunos-sao-eliminados-por-usar-o-twitter-durante-o-enem-2010>. Acesso em: 1.º dez. 2010.

[599]ESTADO DE SÃO PAULO. **PF investigará nova fraude no Enem**.Disponível em: <http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20101127/not_imp645989,0.php>. Acesso em: 1.º dez. 2010.

A simples narrativa fática do ENEM 2010 – que mais se assemelha a uma "comédia de erros" – já se mostrava suficiente para qualquer leigo concluir pela anulação da prova aplicada e a necessidade de um novo exame.

Não foi esse, porém, o entendimento do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. A decisão do Desembargador Presidente desta corte ignorou as violações de direitos fundamentais dos estudantes que prestaram o exame. A *ratio* foi no sentido de considerar que a aplicação de uma nova avaliação implicaria o dispêndio de R$ 180.000.000,00 (cento e oitenta milhões de reais), o que se revelava um argumento *jurídico* suficiente para dar razão ao recorrente, MEC.

Dentro dessa discussão, cabe questionar qual deve ser o papel do Poder Judiciário nas demandas em que se colocam frente a frente direitos fundamentais e custos de efetivação destes direitos. Também, é preciso refletir acerca dos riscos de se tomar como um imperativo o argumento econômico.

Foi a partir desta reflexão que se originou o presente trabalho. Sabe-se que a situação do ENEM 2010 já foi resolvida, mas o passar do tempo não retira a relevância dos questionamentos propostos. Na verdade, trata-se de analisar, a partir de uma situação jurídica concreta, os efeitos causados por uma interpretação estritamente econômica do direito, o que pode causar sérios prejuízos ao ordenamento jurídico pela falta de corência das decisões.

No presente artigo, em um primeiro momento será apresentado o desdobramento jurídico do caso ENEM. Em seguida, serão examinadas as possibilidades do Judiciário diante da situação concreta, com a apresentação de fatores positivos e negativos de cada solução. Por fim, destaca-se a necessidade de um poder jurisdicional que proteja os

direitos fundamentais dos cidadãos, e não uma extensão do Poder Executivo que meramente ratifique as opções políticas.

2. O caso ENEM [600]

Após receber comunicado oficial de diretores de escolas de nível médio do Ceará, o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública em face do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP), da Fundação Cesgranrio e da Fundação Universidade de Brasília (UNB), com pedido de liminar paraa não realização do ENEM. O pedido final visava à correção de irregularidades apontadas pelo Ministério Público acerca da prova.

Em um primeiro momento, o juízo competente indeferiu a liminar pleiteada, sob o fundamento de que "não havia fato palpável que traduzisse justo receio quanto à segurança do certame."[601] Esta decisão foi proferida em 26 de outubro de 2010.

No entanto, após a aplicação das provas do ENEM, nos dias 06 e 07 de novembro do mesmo ano, o justo receio do Ministério Público Federal lamentavelmente confirmou-se e ainda foi além do esperado. Ou seja, as deficiências na prova foram muito maiores do que se suspeitava.

Diante destes fatos, a magistrada deferiu o pedido liminar de suspensão do ENEM. Para tanto, apontou que as falhas na aplicação das provas tornaram concreto o justo receio, traduzido em erros palpáveis e bem delineados, justificadores de uma decisão de urgência.

A juíza destacou os erros que motivaram sua decisão. Em primeiro lugar, houve erro de impressão. Explica-se: o caderno de provas

[600] O presente artigo foi encaminhado para publicação na data de 1º de dezembro de 2010. Por esta razão não serão analisados os desdobramentos posteriores.
[601] Fls. 570 dos autos n. 0012704-67.2010.4.05.8100.

apresentava as questões divididas entre o cabeçalho de ciências da natureza e o de ciências humanas. O cartãode resposta tinha a mesma divisão de cabeçalho. No entanto, sua ordem estava trocada, pois trazia primeiro as questões de ciências humanas e após as de ciências da natureza. A ordem numérica das questões, porém, foi mantida. Por esta razão, alguns fiscais do exame orientaram os candidatos a preencher o gabarito invertendo a ordem das respostas, o que é absolutamente incorreto, pois não houve alteração na ordem das questões, somente dos cabeçalhos.

Outro erro de impressão concentrou-se no caderno de provas amarelo, em que se observou a duplicação de três ou quatro perguntas e a ausência de questões – em várias provas a questão 29 era seguida pela questão 33.

O ENEM também foi marcado por erros de aplicação. No dia 07 de novembro, domingo, um repórter do Jornal do Commercio de Comunicação de Pernambuco entrou na sala de aula para fazer a prova. Ele portava um celular ligado no bolso e obteve, dentro das dependências da escola em que o exame seria aplicado, informações acerca do tema da redação. Em seguida, divulgou por mensagem de celular estes dados antes do início da avaliação. Por fim, o repórter levou consigo um lápis para realizar a prova, o que era proibido pelo edital.

Todos os erros de impressão, montagem e aplicação das provas foram admitidos pelo INEP que, segundo a juíza, manifestou-se de forma pífia, dizendo apenas que estudaria uma forma de realizar novas provas para os candidatos prejudicados pelo caderno amarelo. Para os demais que se sentiram lesados, abriu-se prazo recursal.

Para a magistrada, o ingresso do candidato repórter que obteve anteci-padamente o tema da redação, divulgando-o pelo celular, provou a falta de segurança durante a realização do exame. Seu entendimento foi

reforçado pelo fato de que os jornais de outras regiões também noticiaram a ausência de qualquer tipo de fiscalização aos candidatos no momento de ingresso nas salas de prova.

A juíza considerou espantosa a declaração do presidente do INEP, que considerou o certame um sucesso, limitando-se a afirmar que "falhas acontecem". De fato, a manifestação do presidente do Instituto dá a entender que a real gravidade dos erros cometidos simplesmente não foi considerada.

A solução oferecida pelo INEP – disponibilizar recurso aos estudantes prejudicados pelo caderno amarelo de provas e a intenção de realizar nova avaliação apenas aos que reclamarem administrativamente – não soluciona o problema. Em primeiro lugar, porque a aplicação de uma prova diferente traria desigualdade em relação aos candidatos remanescentes. Além disso, o problema da segurança não seria resolvido. A juíza ainda afirma que em algumas situações o candidato perdeu tempo para a solução da prova, mas que este prejuízo não seria reparado pelas medidas anunciadas pelo INEP. Ao contrário, essa transgressão aos direitos públicos subjetivos seria confirmada.

Diante de todos estes argumentos, o juízo da 7ª Vara Federal de Fortaleza, Seção Judiciária do Ceará, entendeu que era necessário suspender o processo do ENEM, "a fim de se avaliarem, de modo percuciente, as soluções efetivas".[602]

Inconformado, o INEP opôs embargos de declaração alegando suposta omissãona decisão. Em verdade, o pedido buscava a alteração dos termos da liminar concedida, para que a suspensão do exame fosse entendida como proibição à divulgação do resultado oficial do ENEM. Com isso, seria possível que o INEP divulgasse os gabaritos, recebesse os recursos

[602]Fl. 571 dos autos n. 0012704-67.2010.4.05.8100.

administrativos relativos ao cartão-resposta e realizasse as etapas administrativas até a última fase do exame: a publicação do Boletim de Desempenho Individual.

A juíza de primeiro grau rejeitou os embargos, com argumento que merece destaque: a divulgação do gabarito alteraria os ânimos dos candidatos, pois a conferência do resultado dividiria os alunos entre os que tiveram bons resultados e os que desejariam um novo exame para buscar uma nota maior. E isso só agravaria este cenário caótico.

Em seguida, afirmou que as falhas constatadas na aplicação do ENEM se operaram contra todos, pois a conduta displicente dos fiscais das salas de prova ensejou inúmeras transgressões às normas do edital. Com isso, manteve-se a decisãoliminar, negando ao INEP a possibilidade de prosseguir com as demais fases do exame.

Após o julgamento dos embargos de declaração, o INEP apresentou pedido de suspensão de liminar ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Alegou lesão à ordem pública e à ordem financeira da União, insegurança jurídica e comoção nacional.

A respeito da ordem administrativa, apontou que a decisão liminar que suspendeu o ENEM produziria um efeito dominó, uma vez que a todos os concluintes do ensino médio e que pretendem ingressar no ensino superior dependem do resultado do ENEM, e que seriam prejudicados pelo descumprimento do cronograma necessário para a viabilização do início do ano letivo de 2011. Alegou também que a suspensão total do exame impede a adoção de qualquer procedimento administrativo capaz de corrigir distorções.

Enfim, chega-se ao argumento principal do INEP: os dados financeiros. A realização de um novo ENEM implicaria o dispêndio de

mais de R$ 180.000.000,00 (cento e oitenta milhões de reais), dada a complexidade logística envolvida.

O pedido de suspensão de liminar foi acolhido pelo presidente do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, o qual, surpreendentemente, acatou os argumentos do INEP. Com efeito, afirmou que há possibilidade de lesão à ordem pública, uma vez que a suspensão de um certame já em andamento envolvendo mais de 3 milhões de candidatos implica transtornos a todos os envolvidos: organizadores e estudantes. Mais do que isso, destacou que diversas instituições de ensino superior utilizarão as notas do ENEM como critério de ingresso de novos alunos e a alteração do cronograma afetaria todo o sistema de ensino.

Em seguida, foi examinado o problema do custo do ENEM. Para o Desem-bargador, o prejuízo ao erário é inconteste. A realização de um novo exame demanda contratação logística que soma um valor estimado de, como informado pelo próprio INEP, mais de R$ 180.000.000,00 (cento e oitenta milhões de reais).

Após a exposição destes dois argumentos foram feitas outras considerações adicionais. O Desembargador entende que não há prejuízo na realização de novas provas apenas pelos candidatos prejudicados, de acordo com a opção sugerida pelo INEP, pois a Teoria da Resposta ao Item, utilizada na sistemática de avaliação do ENEM, afasta a quebra do princípio da isonomia.

Ainda, foi destacado na decisão que a irregularidade nas provas afetou cerca de 0,05% dos candidatos, o que equivale a cerca de dois mil alunos, o que não prejudicaria os demais inscritos no ENEM. Ao revés, o problema seria maior se todos fossem obrigados a refazer o exame e aí sim haveria violação ao princípio da proporcionalidade.

Com esta decisão, proferida no dia 12 de novembro de 2010, o INEP retomouos trabalhos do ENEM. Neste mesmo dia foi divulgado o gabarito oficial, fato amplamente noticiado mas não isento de críticas. O Procurador da República Oscar Costa Filho, que ajuizou a ação civil pública no Ceará, declarou, por exemplo, que uma nova prova para apenas parte dos alunos seria insuficiente.[603]

Enquanto a discussão jurídica acontecia no Ceará, estudantes de todo o Brasilencontravam-se divididos. A União Nacional dos Estudantes (UNE), a União Brasileira dos Estudantes Secundaristas (UBES), a Associação Nacional de Pós-graduandos (ANPG) e a Nova Organização Voluntária Estudantil (NOVE) posicionaram-se contra a anulação do ENEM, além de afirmar que o exame deve ser ainda mais fortalecido.[604]

Por outro lado, um movimento que teve início no Colégio Notre Dame, de Ipanema, Rio de Janeiro, pregava o fim da prova nacional como meio de ingresso nas universidades. O MOVA-SE (Movimento dos Vestibulandos Ativistas Sem Enem) espalhou-se pelas redes sociais e, somente no primeiro dia, mobilizou mais de trezentos mil estudantes que buscavam a volta do vestibular diante da má organização do Exame Nacional do Ensino Médio.[605]

---

[603]São as palavras do Procurador: "A prova tem que ser nula, independentemente de qualquer coisa". UOL. **Candidato que se sentir prejudicado poderá fazer Enem novamente, diz Justiça; AGU vai recorrer**. Disponível em: <http://educacao.uol.com.br/ultnot/2010/11/17/candidato-que-se-sentir-prejudicado-podera-fazer-enem-novamente-segundo-justica.jhtm>. Acesso em: 1.º dez. 2010.

[604]O posicionamento da ANPG, em palavras da sua presidente Elisangela Lizardo: "A ANPG valoriza o Enem enquanto instrumento que representa um acúmulo no sentido da democratização do ensino superior brasileiro e, por isso, reiteramos a opinião da UNE e da UBES, nossas entidades irmãs, de exigir a realização de uma segunda prova para todos os estudantes que se sintam prejudicados". ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUANDOS. **ENEM 2010 é liberado, ANPG se soma à luta para que nenhum estudante seja prejudicado.** Disponível em: <http://www.anpg.org.br/gera_noticia.php?codigo=598&tipo=1>. Acesso em: 1.º dez. 2010.

[605] O GLOBO. **Enem 2010**: caos no exame faz surgir novo grupo estudantil. <http://oglobo.globo.com/ educacao/mat/2010/11/09/enem-2010-caos-no-exame-faz-surgir-novo-grupo-estudantil-922992163.asp>. Acesso em: 23 nov. 2010.

Após a decisão do dia 12 de novembro, o Ministério Público Federal procurououtra forma de suspender o ENEM. Para tanto, ajuizou nova ação, desta vez ordinária, em que requereu o reconhecimento liminar do direito à feitura de nova prova por parte dos candidatos prejudicados pelas falhas ocorridas, especificamente i) inversão nos cabeçalhos nos cartões-resposta; e ii) erros de impressão e montagem no caderno de prova da cor amarela.

A magistrada, ao decidir, expôs o entendimento de que cada estudante prejudicado pelas falhas apontadas merece ter assegurado o direito de se submeter a uma segunda prova, se assim o requerer junto à organização do evento. Afirmou, para tanto, que a mera disponibilização de protocolo, no site do ENEM, para que a folha de respostas seja corrigida na ordem inversa, ou seja, primeiro as Ciências da Natureza e em seguida as Ciências Humanas, não atende a algumas situações peculiares. Primordialmente, porque alguns fiscais orientaram candidatos a responder o cartão de forma incorreta. Outros fiscais deram uma informação no início da prova e mudaram a orientação ao longo de sua aplicação.

Com relação às provas amarelas, o INEP divulgou que irá analisar caso a caso se o aluno participará do novo exame. Isto porque a análise levará em consideração os registros dos aplicadores nas atas de sala de prova. Para a magistrada, a triagem prévia não se justifica, primeiro porque o prejuízo existe e é incontroverso na lide. Em segundo lugar, destacou a juíza que é um contrasenso vincular a análise casuística a documentos redigidos por fiscais evidentemente mal preparados. Ora, basta lembrar da falta de segurança nos locais de prova, que receberam celulares e outros objetos proibidos para se constatar a incapacidade dos fiscais.

Com isso, foi deferida a liminar para que o INEP aplique prova substitutiva ao ENEM a todos os candidatos prejudicados pela inversão da ordem do cabeçalho do cartão-reposta e aos estudantes que receberam a prova amarela com erros de impressão e montagem. A condição prevista pelo juízo foi o prévio requerimento administrativo no site do próprio ENEM.

A referida liminar produziu efeitos por menos de um dia, pois o INEP obteve, em pedido de aditamento, a extensão da suspensão de liminar previamente obtida à ação ordinária ajuizada pelo Ministério Público Federal. O Presidente do Tribunal Regional Federal da 5.ª Região novamente suspendeu a liminar, garantindo o prosseguimento do ENEM conforme bem entendesse o INEP.

Em 19 de novembro, o INEP divulgou nota oficial. Nela, foram mantidos os posicionamentos defendidos por esta instituição: a aplicação da prova somente aos alunos prejudicados pela prova amarela com ocorrências devidamente registradas pelos fiscais de prova e a possibilidade de requisitar, via site, a correção dos cartões-resposta de acordo com a disposição do cabeçalho.[606] As provas foram marcadas

[606]"1. Os procedimentos regulares com relação às provas do Enem, realizadas nos dias 6 e 7 de novembro passado, seguem seu curso previsto;
2. Hoje, à meia-noite (horário de Brasília), termina o prazo para os alunos requisitarem a correção das provas de ciências humanas e ciências da natureza, de acordo com a disposição do cabeçalho, ao invés da numérica;
3. Informamos ainda que segue, por parte do consórcio Cespe/Cesgranrio, a análise das 116.626 atas dos locais de prova e que os estudantes eventualmente prejudicados pelos erros de impressão no caderno de questões de cor amarela, da prova de sábado (dia 6), estão sendo identificados. Eles serão informados, pelos meios habituais (SMS, e-mail, telefone e carta) que poderão, se assim desejarem, realizar uma nova prova;
4. A identificação e qualificação desses alunos devem continuar ao longo da próxima semana;
5. Quanto à data da prova, o Ministério da Educação marcará a data da sua realização para a primeira quinzena de dezembro. O dia exato será anunciado até a próxima quarta-feira, dia 24;
6. Reafirmamos ainda que o calendário do Enem 2010 segue rigorosamente dentro dos prazos estabelecidos, com a divulgação dos resultados prevista para a primeira quinzena de janeiro de 2011, e o início do processo da Seleção Unificada (Sisu) na segunda quinzena de janeiro de

para o dia 15 de dezembro de 2010, para evitar maiores problemas com o calendário.

Ainda que a prova tenha sido aplicada em dezembro, a questão de fundo do caso ENEM merece reflexão. Neste sentido, questiona-se qual é o papel do Judiciário diante de situações como esta. Seria mais adequada a postura da juíza de primeiro grau, que procurou garantir direitos como a igualdade dos candidatos e evitar a validação de um exame com inúmeras irregularidades? Ou é a decisão do Tribunal Regional Federal a mais correta, pois procurou aproveitar o exame e preservar os cofres públicos? Diante destas alternativas é que se coloca o problema analisado a seguir.

3. As alternativas do poder judiciário no caso ENEM

No momento em que os problemas acerca do ENEM foram levados ao Judiciário é certo que a questão não poderá ser deixada sem resposta.[607] Resta saber quais são os meios viáveis para tutelar a situação.

A primeira opção foi apresentada pelo Ministério Público Federal, ao ajuizar a ação civil pública, e consiste na suspensão imediata do exame. Uma segunda alternativa, apresentada pelo INEP, é a realização de uma nova prova somente aos alunos que comprovarem que foram prejudicados na avaliação. Em terceiro lugar, há a possibilidade de realização de um novo exame para todos os inscritos. Cada uma destas opções tem pontos positivos e negativos, que serão analisados a seguir.

2011."ENEM 2010 - Nota oficial do dia 19/11/2010. Disponível em http://www.inep.gov.br/imprensa/noticias/enem/news10_35.htm Acesso 23/11/2010.

[607]Faz-se referência ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, segundo o qual as questões levadas ao Judiciário não podem ser deixadas sem resposta. O princípio encontra fundamento legal no art. 5.º, XXXV, da Constituição: "a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito".

A suspensão do exame tem como principal mérito o fato de solucionar o problema de forma absoluta, eliminando-se o ENEM do ano de 2010. No entanto, uma decisão como esta causaria danos ainda maiores para o sistema de ensino nacional. Vale lembrar que inúmeras instituições pretendem adotar a nota do ENEM como critério para o ingresso dos alunos em seus corpos discentes. Este fato se torna ainda mais grave ao observar-se que inúmeras instituições públicas de ensino publicaram editais prevendo a média do exame em substituição ao vestibular. Assim, constata-se que os efeitos da mera suspensão do exame podem causar danos ainda maiores, obrigando as instituições de ensino superior a formular testes de admissão em menos de dois meses para o início do novo ano letivo.

A segunda alternativa, como mencionado, é a aplicação de uma nova prova somente para os alunos que foram prejudicados no primeiro exame. O INEP, autor desta proposta, destaca que esta saída não acarretará qualquer violação à igualdade do exame, pois o método com que as questões são formuladas – a Teoria da Resposta ao Item – permite que provas diferentes tenham o mesmo grau de dificuldade. Além disso, destaca o fator econômico, apontando que a realização de um novo exame para todos os inscritos implicaria o dispêndio de mais de R$ 180.000.000,00 (cento e oitenta milhões de reais) em face das necessidades envolvidas, como contratação de pessoal, locação de salas para a aplicação do exame e distribuição das provas. Por fim, esta solução garantiria a aplicação do ENEM e evitaria alteração do método de escolha do ingresso de novos alunos nas universidades.

De acordo com a ótica da Analise Econômica do Direito esta última opção parece ser a que fornece maior riqueza social.[608] Estes

[608]Para Posner, a maximização de riqueza é alcançada no momento em que os bens e demais recursos estão nas mãos daqueles que mais os valorizam. E uma pessoa dá maior valor ao bem

argumentos convenceram o Presidente do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, o qual suspendeu a eficácia da liminar anteriormente concedida que suspendeu a realização do exame.

No entanto, deve-se investigar um pouco mais a fundo se a aplicação de um exame parcial realmente não viola a igualdade entre os candidatos. Em primeiro lugar, é evidente que o grau de dificuldade da prova não é o mesmo. A Teoria da Resposta ao Item[609] pode muito bem servir como parâmetro para avaliar a evolução do nível dos alunos de ensino médio ano a ano. Ocorre que a aplicação que o INEP propôs causa um evidente transtorno: a prova não é igual. Sua dificuldade pode ser a mesma, mas as questões aplicadas certamente serão diferentes. Com isso, viola-se uma exigência mínima de qualquer concurso, qual seja, a igualdade de condições. Ora, a única certeza dos candidatos que prestam um exame para admissão no curso superior é a de que os demais concorrentes serão submetidos à mesma avaliação, o que

---

apenas quando ela *quer* e *pode* pagar mais por ele. O indivíduo aumenta sua riqueza no momento em que adquire um bem por valor monetário menor do que ele estaria disposto a pagar por ele. Portanto, se o a pessoa pagaria até $5 por um bem, mas o compra por $4, sua riqueza foi aumentada em $1.

Nas palavras do próprio autor: "[...] dou o nome de 'maximização da riqueza' à doutrina que usa a análise de custo-benefício para orientar a decisão judicial. Esse termo pode facilmente ser entendido, de modo equivocado, como um simples critério financeiro, o que significaria que qualquer coisa que produzisse um aumento da receita pecuniária maximizaria a riqueza e, portanto, seria boa. Na verdade, porém, a essência dessa abordagem está em insistir que todos os custos e benefícios, inclusive os não pecuniários, sejam levados em conta para decidir o que é uma norma ou prática eficiente; e que sejam pecuniarizadas – apenas para possibilitar uma comparação entre eles traduzindo-os numa unidade comum, o dinheiro". (POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.xiii-xiv).

[609]A Teoria da Resposta ao Item é um modelo matemático para aferir o resultado de indivíduos em avaliações. Diz a literatura especializada: "*a TRI é um conjunto de modelos matemáticos que procuram representar a probabilidade de um indivíduo dar uma certa resposta a um item como função dos parâmetros do item e da habilidade (ou habilidades) do respondente. Essa relação é sempre expressa de tal forma que quanto maior a habilidade, maior a probabilidade de acerto no item*". (ANDRADE, Dalton Francisco de; TAVARES, Heliton Ribeiro; VALLE, Raquel da Cunha. **Teoria da resposta ao item**: conceitos e aplicações. SINAPE, 2000).

garante idoneidade ao resultado final. Neste sentido afirmou o Procurador da República Oscar da Costa Filho:

> A metodologia da Teoria da Resposta ao Item tem a finalidade de agrupar questões com o índice de dificuldades semelhantes. Essa equivalência entre as questões não significa que sejam iguais, exigência para avaliar candidatospara a mesma vaga nas universidades sob pena de desrespeito à igualdade constitucional. Equivalência não significa igualdade.[610]

Somam-se ao referido Procurador demais autoridades públicas que questionam a idoneidade da Teoria da Resposta ao Item. Nesse sentido é o posicionamento do deputado Raul Henry (PMDB-PE), que relatou ter se convencido de que esta metodologia garante somente isonomia na comparação de sistemas, mas não na seleção de pessoas para vagas limitadas, conformem defendem especialistas na área.[611]

Fatalmente, a aplicação de um novo exame para parte dos candidatos acarretará um impasse. Os estudantes submetidos à nova avaliação alegarão que a prova foi mais difícil, frisando que o mal rendimento é fruto do desgaste que representa a repetição de um exame. Por outro lado, os candidatos que não prestaram o novo exame sustentarão que, pela análise das questões, o nível da prova estava mais fácil, o que poderá lhe tolher a vaga almejada. Estas situações são, de fato, limítrofes, mas opiniões como estas já foram divulgadas por toda a imprensa. Seria decorrência natural, portanto, a impetração de mandados de segurança e

[610]FOLHA DE SÃO PAULO. **Justiça libera Enem, mas pedido de anulação da prova continua em tramitação**. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/saber/829726-justica-libera-enem-mas-pedido-de-anulacao-da-prova-continua-em-tramitacao.shtml>. Acesso em: 23 nov. 2010.

[611]EPTV. **Datas de novas provas do Enem saem na próxima semana, diz Haddad.** Disponível em: <http://eptv.globo.com/noticias/NOT,0,0,324179,Datas+de+novas+provas+do+Enem+saem+na+proxima+semana+diz+Haddad.aspx>. Acesso em: 1.º dez. 2010.

de ações autônomas parase corrigir a desigualdade da decisão que restringir o novo exame a alguns candidatos.

Ainda neste âmbito, vale destacar as condições que os candidatos deveriam preencher para realizar a nova prova. Não bastava ao aluno que tivesse recebido a prova sem questões, ou que o gabarito estivesse incorreto. Deveria ser constatado que o fiscal de prova anotou esta ocorrência no diário. Pois bem, se o fiscal de uma determinada sala de prova não fez constar em ata o problema em uma das provas, por sua desídia ou qualquer outra razão, o candidato não poderia realizar o exame. Trata-se de restrição administrativa aos meios probatórios, uma vez que o INEP decidiu, unilateralmente, quais seriam os candidatos aptos a realizar a nova avaliação.

Além de pregar a desigualdade dos candidatos, reitera-se que o argumento do INEP se sustenta em justificativas econômicas. A mera alegação de que a realização de um novo exame custaria mais de $ 180.000.000,00 (cento e oitenta milhões de reais) não possui respaldo jurídico imediato, mas ainda assim pode influenciar a decisão dos magistrados. Certamente, a solução de restringir o novo exame aos candidatos prejudicados viola o direito à igualdade, como foi demonstrado. Entretanto, ao se deparar com os custos, é bem possível que o julgador considere como aceitável a violação a um direito fundamental, o que é bastante incoerente com o papel do Judiciário.

A incorporação de dados financeiros no processo de tomada de decisão pode desvirtuar a jurisdição e é por isso que se faz um alerta com relação à Análise Econômica do Direito. Como afirma Dworkin, a decisão correta, de acordo com esta doutrina, independe tanto do plano jurídico, ao dispensar critérios normativos, quanto do plano moral, ao

levar em consideração somente os dados econômicos.[612] Em outras palavras, ao juiz não é dado dispensar direitos fundamentais em razão da economia. De acordo com Paula Forgioni:

> Portanto, o postulado máximo da AED, que prega o *fim único* do sistema, não pode ser admitido pelos juristas que acreditam que o direito – posto e pressuposto – não existe apenas para corroborar os determinismos econômicos. Há situações em que o mais fraco merece proteção; ainda se acredita que *gente é feita para brilhar e não para passar fome.* Há coisas [como a vida humana e a liberdade] que *ainda* não foram transformadas em mercadorias e não podem ser submetidas à lógica de mercado.[613]

No mesmo sentido, José Reinaldo de Lima Lopes aduz que poderia ser economicamente mais eficiente "abandonar parte da população à própria sorte, eliminar sujeitos não desejados, impedir o acesso de etnias a certos lugares e assim por diante".[614] Em seguida, o autor conclui que "a pergunta sobre a obrigatoriedade ou não de tais ações não se pode resolver com o critério do custo. **Em certas circunstâncias o custo não pode ser a razão (ou sentido) da ação**. Algumas coisas simplesmente não se fazem."[615]

Além disso, deve-se destacar que Dworkin considera legítimos os julgamentos do Poder Judiciário baseados em princípios (uma espécie de padrão de justiça)[616,617]. É absolutamente inadmissível, porém, que as

[612]DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985. p. 252.
[613]FORGIONI, Paula A. Análise econômica do direito: paranóia ou mistificação? In: COUTINHO, JacintoNelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (Org.). **Diálogos constitucionais**: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.434.
[614]LOPES, José Reinaldo de Lima. Raciocínio Jurídico e Economia. **Revista de Direito Público da Economia RDPE**, Belo Horizonte, v.2, n.8, p.142, out./dez. 2004.
[615]*Id.*
[616]DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

decisões judiciais venham fundamentadas em argumentos de política, assim entendidos os argumentos que estabelecem um objetivo a ser alcançado, seja ele econômico, político ou social da comunidade.[618]

Estes argumentos, apesar de expostos de forma sintética, demonstram que a opção de se aplicar o exame somente aos alunos prejudicados na primeira prova pode causar uma desigualdade ainda maior ao se aplicar duas provas diferentes com um mesmo objetivo. Além disso, espera-se que o custo do exame não seja um óbice para que o Judiciário faça valer os direitos fundamentais previstos na Constituição.

Há, por fim, como terceira alternativa, a realização de um novo exame para todos os inscritos. Esta opção tinha como pontos positivos o fato de manter a igualdade entre os candidatos e preservar o ENEM, de modo a evitar maiores problemas com o ingresso dos candidatos no ensino superior.

Seus problemas: o prejuízo a todos os candidatos, que deveriam realizar uma nova prova, e o custo envolvido. Certamente, o transtorno causado aos mais de três milhões de estudantes deve ser levado em consideração. De qualquer forma, deve-se observar que só não haveria irresignação dos candidatos se a aplicação do ENEM tivesse ocorrido sem qualquer irregularidade. Diante da conjuntura da época, qualquer decisão tomada seria vista com maus olhos por muitos.

É ainda possível imaginar uma quarta solução para o impasse, mais democrática. Seria o caso de facultar aos candidatos a realização de uma nova avaliação. Ou seja, todos podem se inscrever para a realização de uma nova prova, que substituirá o exame anterior. O candidato que optasse pela primeira nota reconhecia que poderia haver uma

[617]KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia. **Revista Seqüência**, n.56, p.159, jun. 2008.
[618]KOZICKI; BARBOZA, 2008, p.159.

desigualdade, mas com ela consentia, tendo em vista seu desempenho na primeira avaliação. Já aquele que optasse pela segunda prova abdicaria de sua nota na primeira avaliação.

Esta opção poderia gerar custos ainda maiores, pois envolvia um processo consultivo por parte da organização do ENEM. Nem por isso, porém, deixa de ser uma solução democrática, preocupada com a opinião de todos os estudantes.

Em síntese, resta claro que, independentemente da decisão tomada pelo Judiciário, não há uma solução perfeita para o caso. Todas as respostas jurisdicionais causarão danos a alguns e beneficiarão outros.

4. Conclusão - por um resgate do papel do poder judiciário

Diante do panorama do ENEM, questiona-se qual o papel do Judiciário na solução deste e de outros conflitos em que direitos são colocados frente a frente não com outros direitos, mas com a economia.

No caso ENEM, o que deve ser observado é que a organização do exame, representada pelo INEP, pretendia impor uma solução que se restringia à aplicação de uma nova prova somente a alguns candidatos prejudicados na primeira prova. Seus argumentos claramente afrontam o direito fundamental à igualdade e não haveria razão de defender esta opção não fosse por uma importante questão: trata-se da alternativa mais econômica, pois a elaboração de um novo exame para todos os concorrentes implicaria um dispêndio de mais de cento e oitenta milhões de reais.

Diante disso, é preciso questionar se o Judiciário também foi tomado pela regrada economicidade. Devem as suas decisões necessariamente implicar o menor custo possível? É esta a *ratio* que se espera da função estatal que procura realizar justiça?

A resposta negativa deve prevalecer. O raciocínio econômico subverte a lógica jurídica ao impor um juízo de custos, e não de legalidade.[619] E é justamente para conter os abusos do poder econômico e do poder político que o Judiciário foi concebido. Esta posição é assumida pelos fundamentalistas, que defendem a garantia os direitos fundamentais, ainda que isso importe limitação dos poderes do Executivo e do Legislativo. Estes autores, como Dworkin, defendem que o Judiciário deve decidir com base em critérios jurídicos, e não por razões políticas,[620] e ainda sustentam que o papel precípuo do Poder Jurisdicional é o de proteger a Constituição e os direitos nela previstos.

Para Dworkin, mesmo nos casos difíceis existem princípios a ser aplicados pelo juiz, o que evitará a discricionariedade. Evidentemente, a demonstração destes princípios deve vir acompanhada de fundamentação adequada, que permita o controle até mesmo das decisões da corte constitucional.[621] Era isto que se esperava no caso ENEM. Ao invés de razões econômicas, aguardava-se um posicionamento fundado em razões jurídicas que demonstrassem os motivos da decisão e que justificassem a escolha por uma das alternativas – ou, ainda, que apresentassem uma opção mais eficaz.

Ao final da história, o argumento econômico prevaleceu e o ENEM foi aplicado somente para a minoria dos candidatos prejudicados pelas falhas na impressão e montagem das provas. Os vícios de aplicação do exame, porém, não foram corrigidos e não mais foram discutidos.

Fica evidente, portanto, que o Poder Judiciário serviu, neste caso, para ratificar opções políticas e atuou como um administrador público

[619]LOPES, 2004, p.142.
[620]Ver DWORKIN, 1985.
[621]MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord.). **Comentários à constituição federal de 1988**.Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.1187-1193.

preocupado exclusivamente com custos. A pena sofrida por esta escolha, porém, não é o Judiciário quem sofre, mas a população brasileira, que vê uma vez mais seus direitos serem desrespeitados em homenagem a outros interesses.

O que se deve compreender é que, embora o Estado seja um só, o Judiciário não é uma extensão do Executivo, responsável por ratificar suas escolhas, nem do Legislativo, e por isso obrigado a aplicar todas as leis aprovadas e publicadas. Pelo contrário, a jurisdição deve funcionar como um freio, impondo limites a abusos e a violações dos direitos fundamentais. Caso contrário, será desnecessário ENEM para avaliar a qualidade da educação brasileira: se o custo de um exame é mais importante do que os direitos das pessoas nele examinadas, não há mais razão para educar, e não há mais razão de ser da própria educação.

Mais do que isso, se o Poder Judiciário adotar a postura de mero árbitro com relação aos gastos do Poder Público, não há mais razão para chamá-lo de poder. É mais simples, neste caso, reduzir suas instalações e o número de funcionários, posteriormente demoninando-o de departamento financeiro.

O Poder Judiciário precisa reencontrar seu verdadeiro papel. Certo é que suas funções não mais se resumem a aplicar a lei, mas também não é possível afirmar que no século XXI a única alteração sofrida pelo Direito é a mudança de fontes de um monismo jurídico: do Legislativo para o Mercado. Reconhecer esta afirmação como correta, ou como natural, é decretar a derrota da Constituição, da Democracia e do próprio Poder Judiciário.

Logo, conclui-se que os direitos fundamentais devem prevalecer, sob pena de tornar letra morta os ditames constitucionais. O caso em análise envolvendo o ENEM parece indicar os perigos da adoção de uma lógica que priveligia o viés econômico em detrimento de outros aspectos

muito mais valiosos.[622] Trata-se de um precedente que oferece considerável risco às futuras tomadas de decisões do Poder Judiciário. Defende-se que este Poder possui uma missão mais nobre do que o mero papel de garantir baixos custos.

5.Referências

ANDRADE, Dalton Francisco de; TAVARES, Heliton Ribeiro; VALLE, Raquel da Cunha. Teoria da resposta ao item: conceitos e aplicações. São Paulo: SINAPE, 2000.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUANDOS. ENEM 2010 é liberado, ANPG se soma à luta para que nenhum estudante seja prejudicado. Disponível em: <http://www.anpg.org.br/gera_noticia.php?codigo=598&tipo=1>. Acesso em: 1.º dez. 2010.http://www.anpg.org.br/gera_noticia.php?codigo=598&tipo=1

DWORKIN, Ronald. A matter of principle. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

_____. Law's Empire. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

_____. Taking rights seriously. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

EPTV. Datas de novas provas do Enem saem na próxima semana, diz Haddad. Disponível em: <http://eptv.globo.com/noticias/NOT,0,0,324179,Datas+de+novas+ provas+do+Enem+saem+na+proxima+semana+diz+Haddad.aspx>. Acesso em: 1.º dez. 2010.

FARACO; Alexandre Ditzel; SANTOS, Fernando Muniz. Análise econômica do direito e possibilidades aplicativas no Brasil. Revista de Direito Público da Economia RDPE. Belo Horizonte, v.3, n.9, p.27-61, jan./mar. 2005.

FOLHA DE SÃO PAULO. Justiça libera Enem, mas pedido de anulação da prova continua em tramitação. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/saber/ 829726-justica-libera-enem-mas-pedido-de-anulacao-da-prova-continua-em-tramitacao.shtml>. Acesso em: 23 nov. 2010.

[622]Nas palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Grau, "creio que a nós não cabe senão aplicar a Constituição. E o Poder Público que desenvolva políticas públicas sempre adequadas aos preceitos constitucionais" (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 407688-8).

FORGIONI, Paula A. Análise econômica do direito: paranóia ou mistificação? In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (Org.). Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.419-442.

FRIEDMAN, David. Direito e ciência econômica. Sub judice/idéias, p.31-39, 1992.

GRAU, Eros. Sobre a prestação jurisdicional. In: COUTINHO; Aldacy Rachid et al. (Orgs.). Liber Amicorum: homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p.120-125.

KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia. Revista Seqüência, n.56, p.151-176, jun. 2008.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Raciocínio Jurídico e Economia. Revista de Direito Público da Economia RDPE, Belo Horizonte, v.2, n.8, p.137-170, out./dez. 2004.

MERCADO PACHECO, Pedro. El análisis económico Del derecho. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord.). Comentários à constituição federal de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.1187-1193.

O GLOBO. Enem 2010: caos no exame faz surgir novo grupo estudantil. <http://oglobo.globo.com/educacao/mat/2010/11/09/enem-2010-caos-no-exame-faz-surgir-novo-grupo-estudantil-922992163.asp>. Acesso em: 23 nov. 2010.

POSNER, Richard A. A economia da justiça. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

RODRIGUES, Vasco. Análise económica do direito: uma introdução. Coimbra: Almedina, 2007.

ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. Diálogos com a Law & Economics. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

UNIVERSIA. Veja como as universidades federais adotarão o novo Enem. Disponível em: <http://www.vestibulandoweb.com.br/enem/universidades-adotarao-novo-enem.asp>. Acesso em: 1.º dez. 2010.

UOL. Candidato que se sentir prejudicado poderá fazer Enem novamente, diz Justiça; AGU vai recorrer. Disponível em: <http://educacao.uol.com.br/ultnot/2010/ 11/17/candidato-que-se-sentir-prejudicado-podera-fazer-enem-novamente-segundo-justica.jhtm>. Acesso em: 1.º dez. 2010.

VEJA. MEC desclassifica três alunos por usar o Twitter durante o Enem. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/educacao/tres-alunos-sao-eliminados-por-usar-o-twitter-durante-o-enem-2010>. Acesso em: 1.º dez. 2010.

PARTE 4 – Direito Falimentar

O Trespasse na Recuperação Judicial Sob a ótica dos Princípios da LRF da Interpretação dos Tribunais

Marcia Carla Pereira Ribeiro[623]

Sabrina Maria Fadel Becue[624]

Sumário: 1. Introdução. 2. O art. 60 da LRF: literalidade do dispositivo. 3. Art. 60, da LRF: interpretações dos tribunais pátrios. 4. A responsabilidade de terceiros pelo passivo do devedor. 5. Dos Princípios Norteadores da Lei 11.101/2005. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. Introdução

A doutrina costuma ressaltar que uma das grandes conquistas da Lei 11.111/05 foi tratar do problema da insolvência sob o enfoque da preservação da atividade econômica. Este horizonte está expresso no seu art. 47, e também é notado no processo falimentar, especialmente na redação do art. 75.

[623]Professora Titular de Direito Societário PUCPR. Professora Associada de Direito Empresarial UFPR. Pós-doutora pela FGVSP e pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Pesquisadora Convidada da.Université de Montréal - CA. Advogada e Procuradora do Estado do Paraná.

[624] Advogada. Mestranda em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo. Membro Fundadora e Associada da ADEPAR- Associação Paranaense de Direito e Economia.

Além da previsão genérica de maximização do valor da empresa, inclusive em relação aos seus intangíveis, cuja precificação está diretamente ligada ao exercício da atividade empresarial, o legislador também permitiu a utilização de meios alternativos para a realização dos ativos da massa falida com o escopo de otimizar os recursos. Daí a preferência conferida à alienação da empresa em seu conjunto organizado bens, o que se relaciona à sobrevivência da atividade ainda que sob a direção de terceiros (art. 144, 145 e 140, I).

Partindo desta visão, de que a nova lei instituiu um sistema uniforme voltado para a salvaguarda das empresas – em seu sentido de atividade-, estabelecendo inclusive um diálogo entre seus institutos, o artigo abordará o problema da alienação de estabelecimento no processo de recuperação judicial, a partir dos posicionamentos dos tribunais pátrios e dos princípios trazidos pelo Projeto de Lei da Câmara n. 71/2003, que encerrou os mais de dez anos de tramitação da proposta de reforma da lei falimentar e culminou na atual Lei 11.101/2005.

O instrumental fornecido pelo legislador para alienação dos ativos da empresa em dificuldade vai definir, em grande medida, o sucesso de sua recuperação. Dentre as diversas ferramentas sugeridas ao empresário para elaboração do plano, duas envolvem diretamente a alienação de bens a terceiros: o trespasse e a venda parcial de bens (art. 50, VII e XI). A modalidade de venda de estabelecimento, objeto do presente ensaio, é operacionalizada pelo art. 60 da LRF.

As principais indagações a serem feitas, neste cenário, dirigem-se aos incentivos e riscos, eventualmente presentes, para as pessoas estranhas ao processo de soerguimento da empresa na aquisição dos ativos e se a opção adotada pelo legislador afirma os princípios citados no projeto de lei. Tais riscos mostram-se reais diante da divergência jurisprudencial e doutrinária existentes.

2. O art. 60, LRF: literalidade do dispositivo.

É sabido que a Lei 11.101/05 deixou ao critério do devedor e dos credores a seleção dos meios mais adequados para os esforços de recuperação da empresa em dificuldade. O art. 50 prevê algumas das hipóteses aplicáveis, mas não é excludente e nem restritivo quanto à utilização de outros métodos ou conjugação de propostas.

Possivelmente uma das formas mais adequadas à reestruturação da empresa consiste na redução do seu porte, por meio da alienação de um de seus estabelecimentos. Esta opção, além de reduzir despesas, permite a captação potencial de novos recursos.

O art. 60[625] dispõe que se o plano aprovado "envolver a alienação judicial de filiais ou unidades produtivas isoladas do devedor"[626], o juiz deverá efetivá-la em hasta pública, sob as modalidades de leilão, propostas fechadas ou pregão. O parágrafo único assegura que o "objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária"[627], exceto se o adquirente for sócio da sociedade falida ou da sociedade controlada pelo falido, parente ou agente do falido (art. 141, § 1º).

A previsão deve ser interpretada, indubitavelmente, como incentivo à aquisição das filiais ou unidades produtivas isoladas, o que propiciará várias formas potenciais de ganho. Ocorrendo a venda, a operação permitirá a captação maximizada de recursos para cumprimento dos

[625] "Art. 60. Se o plano de recuperação judicial aprovado envolver alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, o juiz ordenará a sua realização, observado o disposto no art. 142 desta Lei.
Parágrafo único. O objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, observado o disposto no § 1º do art. 141 desta Lei."
[626] Redação do art. 60, da Lei 11.101/2005.
[627] Idem.

demais objetivos do plano. Da parte de terceiros interessados, a unidade organizada dotará de maior agilidade o início, a continuidade ou a retomada da atividade econômica que fornece bens e serviços para a coletividade. Sem falar na abertura ou manutenção de postos de trabalho.

Logo, a estrutura normativa que valoriza e estimula a operação muito provavelmente produzirá efeitos significativos para as partes envolvidas, como também externalidades positivas.

Na esteira desses reflexos, a exclusão legal da sucessão passiva pelo adquirente é uma das maiores inovações da novel legislação. No regime anterior, o risco em se adquirir bens de uma massa falida ou concordatária afastava os interessados ou impunha a alienação por preço inferior ao de mercado; em outras palavras, a arrecadação era depreciada. Aquele que adquiria bens de uma massa falida estava muito próximo de ser responsabilizado pessoalmente por muitas das obrigações do empresário falido. Sem dúvida um fator de repulsa à aquisição de ativos organizados num processo concursal.

O fator que mais afligia terceiros interessados era a sucessão trabalhista e tributária, impostas pelos artigos 10 e 448, da CLT e art. 133, do CTN. Apesar da ausência de ressalva legal para proteção do adquirente, Rubens Requião, na vigência da lei anterior, já criticava duramente a sucessão trabalhista. Na linha argumentativa do autor a falência é um modo de dissolução e liquidação da sociedade, desta forma, qualquer meio de transferência do estabelecimento (seja por hasta pública, cessão ou constituição de sociedade de credores) ocasiona o surgimento de um novo empresário e uma nova empresa, via de conseqüência, os contratos de trabalhos são rescindidos com o antigo

empresário e outros contratos formalizados, de modo originário, com o adquirente.[628]

Agora, sob a nova perspectiva e também no âmbito da recuperação judicial, parece ter sido afastada a sucessão das obrigações em geral pelo adquirente. O legislador escolheu resguardar a empresa, na condição de atividade indispensável ao desenvolvimento econômico, fonte geradora de empregos, bens patrimoniais e circulação de riquezas, além de colaborar para os demais efeitos positivos decorrentes desta escolha de desoneração encampada pela lei.

O regime protetivo do adquirente destaca a independência da figura do empresário, sujeito de direito e responsável pela contração das dívidas, daquela da empresa, organização que propicia o exercício econômico. Por esta razão, pode-se dizer que o art. 60

> trata-se do tardio reconhecimento pela lei brasileira da distinção entre *empresa* e *empresário*; o ônus e obrigações assumidos por este ao longo do exercício da atividade empresarial devem permanecer sob a sua responsabilidade, não sendo de se admitir a sucessão destes comprometa a continuidade da empresa sob o comando de terceiros.[629]

Observe-se que os credores do empresário que aliena unidades de produção indiretamente sentirão os efeitos da alienação: mediante o ingresso de recursos que serão destinados ao pagamento dos créditos e pela capitalização do empreendimento.

[628] REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar.* 1º vol. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 316-317.
[629] MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências:* Lei 11.101/2005. Coord. Francisco Satiro de Souza Junior e Antônio Sérgio A. Moraes Pitombo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 295.

3. Art. 60, LRF: interpretações dos tribunais pátrios.

Inobstante a evolução doutrinária e a atual previsão da Lei de Falência e Recuperação de Empresas, ainda permanecem dúvidas acerca do alcance da proteção legal concedida ao adquirente.

A depender da interpretação dada ao texto normativo, no tocante ao significado jurídico atribuído às expressões 'filial' e 'unidades produtivas isoladas'(UPI), a abrangência da regra da não-sucessão variará.

A primeira questão que se coloca é se o legislador buscou distinguir o conceito de estabelecimento empresarial dos termos filial e UPI. A doutrina é vacilante neste ponto. Alguns doutrinadores[630] defendem ter sido um equívoco do legislador o emprego de vocábulos distintos e, portanto, o intérprete deveria aplicar o dispositivo como alienação de estabelecimento (trespasse). Outra corrente doutrinária[631] argumenta em sentido diverso, vale dizer, que a previsão da Lei 11.101/2005 claramente se afasta do conceito de estabelecimento empresarial e autoriza apenas a alienação de uma parcela menor e segregada daquele.

O dissenso interpretativo atinge à jurisprudência dos tribunais brasileiros. Destacamos, neste tocante, passagem de um dos recursos interpostos contra a alienação do complexo da VARIG - Viação Aérea Rio Grandense S/A para a VRG Linhas Aéreas S/A. Apesar da negativa de responsabilização o julgamento foi divergente e, o relator, vencido,

[630] Nesse sentido, MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências:* Lei 11.101/2005. Coord. Francisco Satiro de Souza Junior e Antônio Sérgio A. Moraes Pitombo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.298; LOBO, Jorge. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências*. Coord. Paulo F. C Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão. São Paulo: Saraiva, 2009, p.188.

[631] MOREIRA, Alberto Caminã. *Comentários à nova de lei de falência e recuperação de empresas: Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005.* Osmar Brina Corrêa-Lima e Sérgio Mourão Corrêa Lima (coord). Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 401-402.

entendeu que o objeto da alienação foi mais amplo e por isso haveria sucessão das obrigações da recuperanda pelo adquirente:

> Aceita-se que sejam alienadas, livre de qualquer ônus filiais e unidade produtivas isoladas do devedor, expressões que destacam com clareza a menor expressão de tais ativos, frente ao total do ativo em jogo.
>
> Frustrada, no entanto, a alienação nos termos postos pela assembléia do dia 05 de junho, aquela outra, realizada no dia 17 de julho, em muito ampliou o rol de bens a serem alienados (...).
>
> Com isto, ultrapassada ficou a hipótese contemplada pelo art. 60 e seu parágrafo único.[632]

No entanto, outros tribunais se posicionam pela equiparação dos conceitos de filial e unidade produtiva isolada ao estabelecimento empresarial contemplado pelo Código Civil Brasileiro.[633] No processo de

[632] Agravo de Instrumento n.º 0030639-89.2006.8.19.0000 (2006.002.23927), da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, julgado em 15/05/2007. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=JURIS&LAB=CONxWEB&PORTAL=1&PORTAL=1&PGM=WEBPCNU88&N=200600223927&Consulta=&CNJ=0030639-89.2006.8.19.0000.

[633] Não se deve confundir a ausência de sucessão na aquisição de estabelecimento com o fato concreto que, no caso da VARIG, a VGR Linhas Aéreas assumiu, por determinação da ANAC (Agência Nacional de Aviação Civil), a responsabilidade pela manutenção de todos os vôos ou a recolocação dos passageiros em outras companhias. Precedente da Turma Recursal do Tribunal de Justiça do Paraná aborda corretamente essa distinção: "a alienação de unidade produtiva isolada de empresa em recuperação judicial não acarreta sucessão de obrigações, de modo que o arrematante não pode ser cobrado pelas dívidas do alienante. Logo, e não verificada a sucessão no caso, resta mantida a obrigação de transporte aéreo regularmente contratado com a Varig S/A. (Empresa em Recuperação Judicial) que, nessa condição, apresenta legitimidade passiva para ser demandada.(...) Fato é, que a VRG Linhas Aéreas S/A não poderia ter suspendido os vôos do modo como o fez, ainda mais porque, por ocasião do leilão, a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) rejeitou o pedido de suspensão temporária dos vôos. É que o próprio edital do leilão de venda impedia que a empresa pudesse cancelar os vôos previstos no plano de emergência previamente aprovado, razão pela qual a ANAC determinou que todos os vôos nacionais e internacionais da Varig que fizessem parte do plano de emergência fossem mantidos. (...) Em que pese a inexistência de sucessão de obrigações entre as empresas arrematante e adquirida, entendo que, na hipótese, a VRG Linhas Aéreas S/A obrigou-se perante o passageiro consumidor a cumprir a obrigação de transporte aéreo assumida pela Varig, adotando uma conduta que, nesse ponto, claramente a vinculou aos compromissos assumidos pela antiga companhia aérea." (Turma Recursal do Estado do

Recuperação Judicial da Pantanal Linhas Aéreas S/A, o Tribunal de Justiça de São Paulo aplicou o regime do trespasse para autorizar a transferência dos contratos celebrados com a recuperanda para o novo proprietário da universalidade de bens:

> Em rigor, o plano apresentado prevê o isolamento da parte da atividade da empresa - transporte aéreo de passageiros e cargas - como forma de manutenção da atividade empresarial, instituindo uma "unidade produtiva isolada" (UPI) cujo cabedal será a "operação das linhas aéreas", concretizada no estabelecimento empresarial. Este, composto de elementos corpóreos e incorpóreos, consoante definição constante do art. 1.142, do Código Civil, com abrangência dos contratos de concessão de uso de áreas aeroportuárias, deverá ser alienado em hasta pública.
>
> Evidentemente, não poderia a Pantanal alienar os "slots", mas, segundo decorre do art. 50, inciso VII, da Lei n° 11.101/2005, o trespasse do estabelecimento é um dos meios de recuperação judicial. Ademais, a teor do art. 1.148 do Código Civil, "salvo disposição em contrário, a transferênciaimporta sub-rogação do adquirente nos contratos estipulados para exploraçãodo estabelecimento, se não tiverem caráter pessoal", exatamente como o caso dos contratos que integram o estabelecimento da Pantanal. Anote-se que o enunciado 64 do CEJ consigna que:"A alienação do estabelecimento empresarial importa,como regra, na manutenção do contrato de locação em que o alienante figurava como locatário", entendimento perfeitamente aplicável aos contratos de concessão de espaços aeroportuários.[634]

Paraná- Recurso Inominado 2011.0007803-7/0, Rel. Dr. Luiz Cláudio Costa, julgamento em 14/07/2011. Disponível em: www.tjpr.jus.br, consulta de jurisprudência).

[634] Agravo de Instrumento n.° 994.09.316372-9, julgado pela Câmara Reservada à Falência e Recuperação do Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Des. Pereira Calças, julgado em 26/10/2010. Agravante AVIAÇÃO CIVIL ANAC e Agravados PANTANAL LINHAS AÉREAS SA e PAULO AUGUSTO MARCONDES MONTEIRO. Disponível em: www.tjsp.jus.br, consulta de jurisprudência.

A divergência entre os termos pode resultar em atribuição de responsabilidade ao adquirente do estabelecimento, afugentando interessados, quando o intuito é diverso, pois se o adquirente comparece à venda judicial e compra apenas o que a lei denominou de filiais e unidades produtivas isoladas (UPI), os efeitos são de ausência de responsabilidade pelo passivo; mas se adquire o estabelecimento, no entender dos agentes envolvidos no processo (juiz, administrador judicial, membro do Ministério Público, credores), o comprador poderá ser responsabilizado por débitos da sociedade em recuperação judicial.

Ora, deve-se observar que a alienação dos ativos se processa sob a supervisão intensa dos credores, do administrador judicial, além de ter sido objeto de um plano aprovado. A deliberação dos credores é soberana para definir o procedimento, o valor mínimo da alienação e qual será a ordem de pagamento após o recebimento dos recursos. Desta forma, parece uma profunda contradição impor ao adquirente a responsabilidade por débitos de outro empresário, ainda que haja adquirido o estabelecimento quase por completo, em especial porque a escolha dos bens a serem alienados foi tomada pelos maiores interessados no recebimento do crédito. Frisa-se, ainda, que os valores obtidos têm o potencial de beneficiar indiretamente aos próprios credores, como já observado.

4. A responsabilidade de terceiros pelo passivo do devedor:

Os pontos debatidos desembocam na questão da sucessão do adquirente pelo passivo do devedor em recuperação. A existência ou não de sucessão e, principalmente, a legalidade dos dispositivos que a afastam, constituem o cerne dos debates.

A matéria chegou ao Superior Tribunal Federal, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3934, e a Corte Suprema declarou a constitucionalidade dos artigos.

No tocante à exclusão (ou não) da sucessão pelo passivo trabalhista, há dois posicionamentos conflitantes. De um lado, alguns doutrinadores são contrários à exclusão da sucessão, pois entendem que os artigos 60 e 141, II, da LRF ferem as garantias constitucionais da dignidade da pessoa humana, do trabalho e do pleno emprego (arts. 1º, III e IV; 6º e 170, VIII, CF).

Esta tese foi sustentada pelo Partido Democrático Trabalhista na ADIN n. 3934. Para acalentar ainda mais o debate, o PDT defendeu naquele processo que apenas na falência o legislador excluiu a sucessão pelas dívidas trabalhistas, pois a mesma interpretação não poderia ser dada ao art. 60 e, por esse motivo, afirmou que o STF extrapolou o mérito da ação ao declarar a constitucionalidade do artigo.[635]

A maioria dos doutrinadores, no entanto, considera legítima a opção legislativa, mas diverge em relação ao alcance da regra[636]. O artigo 60 dispõe que se o plano aprovado envolver a alienação judicial de filiais ou unidades produtivas isoladas do devedor, o juiz deverá efetivá-la em hasta pública e que "o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, observando o disposto no § 1º do art. 141 desta lei".[637] Alguns[638], à semelhança do PDT, entendem que a falta

[635] Os artigos 60 e 141 foram declarados constitucionais, pelo STF.

[636] Alberto Caminã Moreira explicita diversas espécies de obrigações e seus efeitos na hipótese de alienação de filiais e unidades produtivas isoladas no processo de recuperação judicial. O mencionado autor defende que as cotas condominiais atrasadas e indenização por dano ambiental estabelecido em sentença judicial ou inquérito civil são transferidas ao adquirente (In: *Comentários à nova de lei de falência e recuperação de empresas.* Osmar Brina Corrêa-Lima e Sérgio Mourão Corrêa Lima (coord), p. 412).

[637] Redação do parágrafo único do art. 60, LRF.

de ressalva expressa quanto à responsabilidade pelos débitos trabalhistas acarreta a sucessão. Outros,[639] que a regra afasta qualquer espécie de responsabilidade pelo passivo.

O papel da lei especial, destinada às empresas em dificuldade econômico-financeira, é equilibrar todos os atores envolvidos no processo, sejam eles credores em geral (das diversas classes) ou terceiros interessados na aquisição do ativo, e atentar para os reflexos que a recuperação ou falência da entidade produtiva gerará na sociedade. A esse respeito, é válida a afirmativa de Edson Isfer de que

> os interesses a serem protegidos são públicos e privados e estão centrados na proposta de manter-se em funcionamento a atividade econômica organizada, sem que se outorguem preferências a um determinado grupamento. Nossa forma de ver, portanto, é de que a LRE tem por diretriz, não a recuperação de uma determinada empresa, mas a sanidade do mercado, em sua totalidade, através do que se pode chamar de *reprodução do modo de produção capitalista,* o qual preservará as atividades que lhe sejam de interesse e extirpará aquelas que não lhes sirva à manutenção.[640]

---

[638] BEZZERA Filho, Manoel Justino. *Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada.* 6 ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 160; Aloísio Araújo e Eduardo Lundberg defendem que a questão das obrigações quando da venda de imóveis e unidades produtivas isoladas não foi completamente superada. Na visão dos autores o art. 60 autoriza a transferência das dívidas trabalhistas (In: *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas.* Coord. Luiz Fernando Valente de Paiva. São Paulo: Quartier Latin, 2005*,* p.336 e Nota 6).

[639] MUNHOZ, Eduardo Secchi. *ob.cit,* p. 294; LOBO, Jorge, *Comentário à Lei de Recuperação de Empresas e Falência.* Coord. Paulo F. C Sales de Toledo e Carlos Henrique Abrão*,* p. 190; ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de Falência e Recuperação de Empresa.* 25ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 325-326.

[640] ISFER, Edson. *Sociedade de propósito específico como instrumento de recuperação de empresa.* Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2006, p. 38. Disponível no domínio eletrônico: http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/handle/1884/3769, acessado em 18.02.2010.

Deste modo, o tema debatido (alienação do estabelecimento empresarial), visto ser uma peça fundamental para o sucesso do plano de recuperação judicial, não deve ser abordado apenas sob a perspectiva limitada de proteção do crédito. Os resultados do processo de reestruturação das empresas em crise repercutem nas perspectivas micro e macroeconômica,[641] tal a razão para que seus dispositivos legais não sejam interpretados apenas sob a ótica jurídica ou em descompasso com as necessidades do sistema econômico. Daí porque se propõe uma análise a partir dos princípios norteadores da Lei 11.101/2005.

5.Dos Princípios Norteadores da Lei 11.101/2005

A sensibilidade com os efeitos da lei concursal sobre a economia, bem como as considerações deste artigo no tocante à visão legal restritiva no tratamento da alienação de estabelecimento na recuperação judicial, merecem ser verificados à luz dos princípios e objetivos fixados pelo próprio legislador no PLC n.71/2003.

É consabido que ao longo de décadas se discutiu a necessidade de reforma da lei falimentar.[642].O projeto legislativo tramitou por mais de dez anos nas casas legislativas, sendo objeto de inúmeras emendas e substitutivos. Ao final, no PLC 71/2003, que originou a Lei 11.101/2005, o

[641] Esta visão de que os resultados do processo de recuperação judicial irradiam seus efeitos para todo o mercado, o que justifica a interpretação da lei sob as perspectivas de micro e macroeconomia, não é exagerada. No relatório do Projeto de Lei da Câmara n. 71/2003 que originou a LRF, o senador Ramez Tebet defendeu que "as regras estabelecidas não afetam somente as empresas em dificuldades, mas também repercutem sobre o planejamento das empresas em regular funcionamento e das pessoas que com elas negociam, pois têm influência sobre a avaliação de riscos e sobre o conjunto de transações que regem o processo econômico." (Lei de Recuperação de Empresas, Parecer n. 534/2004, p. 23).

[642] REQUIÃO, Rubens. A Crise do Direito Falimentar Brasileiro. *RDM,* n.14, 1974, p. 23-34.

legislador enumerou doze princípios norteadores da novel disciplina falimentar. São eles:[643]

1) Preservação da empresa

2) Separação dos conceitos de empresa e de empresário:

3) Recuperação das sociedades e empresários recuperáveis:

4) Retirada do mercado de sociedades ou empresários não recuperáveis:

5) Proteção aos trabalhadores:

6) Redução do custo do crédito no Brasil:

7) Celeridade e eficiência dos processos judiciais:

8) Segurança jurídica:

9) Participação ativa dos credores:

10) Maximização do valor dos ativos do falido:

11) Desburocratização da recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte:

12) Rigor na punição de crimes relacionados à falência e à recuperação judicial

No tocante ao tema debatido no presente artigo, os princípios enumerados nos itens 1, 2, 5, 7 e 8 ganham especial relevo.

O princípio basilar no novo diploma concursal brasileiro consiste na preservação da empresa. Esta opção deve ser lida a partir dos fundamentos constitucionais da livre iniciativa (art. 1, IV, CF) e proteção da ordem econômica (art. 170, CF), tal a razão para que, conforme citado

[643] Lei de Recuperação de Empresas, Parecer n. 534/2004, p. 29.

no intróito, tanto na recuperação de empresa, como no caminho oposto, a falência, este princípio seja observado (art. 47 e 75 da LRF).[644]

A preocupação da lei de falência e recuperação de empresas se afastou da mera proteção do crédito, para repousar na importância que a atividade econômica desempenha na sociedade ou a função social da empresa, traduzida na manutenção da fonte produtora (arrecadadora de tributos, responsável por inovações científicas e desenvolvimento social), do emprego e, por fim, no interesse dos credores. Nesse sentido, Paulo Fernando Campos Salles de Toledo defende que a enumeração dos objetivos da recuperação judicial, constante no art. 47 da lei, não foi posicionada a esmo**:**

> As finalidadesjá mencionadas equiparam-se às previstas na lei francesa, antes abordadas. Aqui também se pode dizer o que se afirma, consensualmente, na doutrina daquele país: a ordem consignada na lei não é fruto do acaso, correspondendo a uma classificação lógica dos interesses em foco. Assim, em primeiro lugar, procura-se manter a fonte produtora. Se a empresa, pois, recuperada, volta a atuar competitivamente no mercado, estarão igualmente mantidos os empregos de seus trabalhadores. E, deste modo, serão naturalmente atendidos os interesses dos credores, e não apenas pelo recebimento de seus créditos, mas, o que é mais importante, pela possibilidade de geração de novos lucros com outros negócios a serem feitos com a empresa recuperada.
>
> Mas o legislador mirou mais longe, estabelecendo finalidades mediatas a serem perseguidas. São também em número de três. A primeira praticamente se confunde com *a manutenção da fonte produtora,* acima referida (...) seria a manutenção da atividade empresarial. Outras duas finalidades mediatas estão indicadas na norma em pauta.

[644] Sobre a efetivação do princípio da preservação da empresa no processo de falência consultar TOLEDO, Paulo F. C. S. A preservação da Empresa, mesmo na falência. In: *Direito Recuperacional. Aspectos teóricos e práticos.*Coord. Newton de Lucca e Alessandra de Azevedo Domingues. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 519-534.

> Com a preservação da atividade empresarial, preserva-se, também, a função social da empresa. (...) e (terceira) o *estímulo à atividade econômica.*[645](destaques originais)

O pagamento dos credores transmuda-se numa conseqüência natural e lógica do processo de recuperação da empresa, mas agora em vistas de um objetivo adequado à realidade econômica do país e com a importância que a atividade empresarial desempenha no desenvolvimento social.

Daí porque segue, na enumeração principiológica, a separação entre a sorte da empresa e da pessoa que a conduz (empresário), bem como a preocupação em recuperar as empresas recuperáveis. No PLC 71/2003, o senador Ramez Tebet expôs ser dever de o Estado oferecer instrumentos para que a atividade empresarial sobreviva ao momento de crise, ainda que isso provoque alterações no quadro societário ou alienação do conjunto organizado de capital e trabalho para outro empresário capaz de perpetuar seu objeto (inclusive na falência).[646]

A proteção aos trabalhadores não poderia ser esquecida pela lei concursal, vez que

> os trabalhadores, por terem como único ou principal bem sua força de trabalho, devem ser protegidos, não só com precedência no recebimento de seus créditos na falência e na recuperação judicial, mas com instrumentos que, por preservarem a empresa, preservem também seus empregos e criem novas oportunidades para a grande massa de desempregados.[647]

[645] TOLEDO, Paulo F. C. S. Recuperação Judicial, a principal inovação da lei de Recuperação de Empresas- LRE. **AASP.** São Paulo: Ano XXV, n. 83, 2005, p. 102-103.
[646] Lei de Recuperação de Empresas, Parecer n. 534/2004, p. 29.
[647] Lei de Recuperação de Empresas, Parecer n. 534/2004, p. 30.

Sob ponto de vista procedimental, o relator do projeto afirma os princípios da celeridade e eficiência dos processos judiciais, para evitar "a burocracia que atravanca seu curso"[648], e concede igual atenção à segurança jurídica, a fim de "evitar que múltiplas possibilidade de interpretação tragam insegurança aos institutos e, assim, fique prejudicado o planejamento das atividades das empresas e de suas contrapartes."[649]

Todavia, apesar destes princípios esboçarem a *ratio* do diploma legal, não aparentam ter sido completamente observados no tratamento do art. 60, no que diz respeito à ausência de sucessão de terceiro pelas dívidas da empresa em recuperação judicial.

Todos os apontamentos realizados acima quanto às imprecisões terminológicas em referência ao conceito de estabelecimento e, principalmente, as divergências doutrinárias e jurisprudenciais no tocante à proteção dada ao adquirente envolvido na alienação judicial, denotam que o legislador não obteve êxito em garantir interpretação uniforme de suas regras e previsibilidade aos participantes do processo e a terceiros interessados. Vê-se, aliás, que esta insegurança jurídica já é motivo de disputas judiciais, o que invariavelmente advogará em desfavor da celeridade e eficiência pretendidas.

O grande princípio norteador e seus corolários não permaneceram imunes. Estas disputas e incertezas quanto a existência ou não de sucessão e alcance da proteção legal do adquirente, quer seja por todas as dívidas (precipuamente por aquelas não excluídas expressamente: condominial, ambiental, *proptem rem*, etc), quer seja apenas pelas dívidas trabalhistas e decorrentes de acidente de trabalho, irão prejudicar

[648] Lei de Recuperação de Empresas, Parecer n. 534/2004, p. 30.
[649] Lei de Recuperação de Empresas, Parecer n. 534/2004, p. 30.

e talvez redundem no ostracismo do trespasse em processo de recuperação judicial, colocando em risco a preservação da empresa.

Este instrumental oferecido pelo legislador, pelas razões já abordadas, é de vital importância para os processos de soerguimento. Se cair em desuso, por desconfiança do meio empresarial, a sociedade ficará desprovida de meios eficazes para cumprimento do plano aprovado e, assim, ter sua falência decretada. Ao invés de consagrar o postulado de separação dos conceitos de empresa e empresário, a falta de clareza da norma pode atribuir a terceiros, totalmente estranhos ao processo de recuperação judicial, a responsabilidade pelo passivo adquirido na gestão do empresário que em parte foi responsável pela crise econômico-financeira da recuperanda. Via de conseqüência, o adquirente, caso seja forçado a assumir o passivo empresarial, pode ser arrastado para a mesma situação de colapso do alienante e, assim, não dar destinação eficiente e produtiva ao estabelecimento comprado nem possa manter postos de trabalhos.

Ainda que este quadro extremo não se configure (cadeia de empresas em crise econômico-financeira), é certo que o meio empresarial reage com violência e rapidez a dispositivos como esses. A norma do art. 60, caso não se alcance em curto prazo um consenso interpretativo, não vingará e os ativos da empresa serão adquiridos apenas em processos de falência, cuja tutela do adquirente não encontra as mesmas barreiras.[650]

6. Conclusão

[650] Uma vez que o art. 141, II, da LRF, prevê expressamente que o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidente de trabalho.

A alienação do ativo é uma peça é vital importância na recuperação da empresa em dificuldade. O posicionamento dos operadores do Direito deve ser pela maximização dos recursos que podem ser agregados com a venda de bens. Cabe à lei instituir instrumentos que assegurem a licitude do procedimento e aos juízes, membros do Ministério Público e Administrador Judicial fiscalizarem toda a tramitação. A Lei 11.101/05 dispõe destas ferramentas[651]. Por estas razões, as incertezas que norteiam o art. 60 colidem com os princípios gerais da Lei 11.101/05 e desprezam os diversos interesses tuteláveis no processo e a dinâmica de mercado.

Ademais, o engessamento da alienação do ativo prejudica sobremaneira os credores da massa e a economia, via de consequência também a sociedade. Para os credores, por óbvio, o problema está no inadimplemento e, caso sejam também fornecedores, na diminuição dos parceiros de venda, seja pela interrupção do negócio pelo empresário em recuperação ou pela dificuldade na venda efetiva de unidades organizadas que teriam por conseqüência a possibilidade de manutenção da atividade empresarial.

Na perspectiva da economia, enfatiza-se a necessidade de uma lei concursal capaz de equilibrar os interesses e riscos entre credores, devedor e outros agentes econômicos, trazendo segurança e previsibilidade para o mercado.

Quanto às repercussões na sociedade em geral, afora os reflexos econômicos direitos, a manutenção da empresa traz benefícios pela geração de empregos, arrecadação de impostos e proporciona um estímulo ao empreendedorismo, aos avanços tecnológicos e científicos.

[651] Podemos enumerar alguns delas: a ação revocatória (art. 130), a atribuição de responsabilidade pelo passivo às pessoas envolvidas com o devedor (art. 141), a decretação automática da falência para a hipótese descumprimento do plano de recuperação (art. 73, IV), além das espécies de crimes falimentares (arts. 168, 173 e 174).

Daí porque sustentarmos a imprescindibilidade de uma legislação clara, capaz de assegurar a maximização dos ativos e segurança jurídica a todos os atores envolvidos, tal como preconizado pelos seus princípios norteadores.

7. Bibliografia

ALMEIDA, Amador Paes de. Curso de Falência e Recuperação de Empresa. 25ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ARAÚJO, Aloísio; LUNDBERG, Eduardo. Direito Falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. Coord. Luiz Fernando Valente de Paiva. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BARRETO FILHO, Oscar. Teoria do Estabelecimento Comercial. São Paulo: Max Limonad, 1969.

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Curso Avançado de Direito Comercial. 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BEZZERA Filho, Manoel Justino. Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. Comentário à Nova Lei de Recuperação de Empresas. São Paulo: Saraiva, 2005.

ISFER, Edson. Sociedade de propósito específico como instrumento de recuperação de empresa. Dissertação (Doutorado em Direito) – Pós-Graduação em Direito na Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2006.

LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS- Lei 11.1010, de 2005. Disponível no domínio eletrônico: http://www.senado.gov.br/web/senador/ramez/lei%20de%20recupera%E7%E3o%20de%20empresas.pdf

LOBO, Jorge. Comentário à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. 3ª ed. rev. e atual. Coord. Paulo F.C Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão. São Paulo: Saraiva, 2009.

MOREIRA, Alberto Caminã. Comentários à nova de lei de falência e recuperação de empresas: Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Coord. Osmar Brina Corrêa-Lima e Sérgio Mourão Corrêa Lima. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Lei 11.101/2005. Coord. Francisco Satiro de Souza Junior e Antônio Sérgio A. Moraes Pitombo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar. 1º vol. São Paulo: Saraiva, 1975.

_____A Crise do Direito Falimentar Brasileiro. RDM, n.14. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereria; KLEIN, Vinicius. Análise Econômica do Direito: uma introdução. Rio de Janeiro: Forum, 2011.

SZTAJN, Rachel. Comentário à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. 3ª ed. rev. e atual. Coord. Paulo F.C Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão. São Paulo: Saraiva, 2009.

TOLEDO, Paulo F. C. S. Recuperação Judicial, a principal inovação da lei de Recuperação de Empresas- LRE. AASP. São Paulo: Ano XXV, n. 83, 2005.

TOLEDO, Paulo F. C. S. A preservação da Empresa, mesmo na falência. In: Direito Recuperacional. Aspectos teóricos e práticos. Coord. Newton de Lucca e Alessandra de Azevedo Domingues. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

TOKARS, Fábio. Estabelecimento Empresarial. São Paulo: LTr, 2006.

Falências e Recuperações no Ambiente Econômico Contemporâneo Brasileiro

Márcia Carla Pereira Ribeiro[652]

Mayara Isfer[653]

Vinícius Klein[654]

Sumário:1. Introdução; 2. Direito comparado: panorama francês e estadounidense; 2.1 Sociedades em crise no atual sistema Francês; 2.2 A situação das sociedades em dificuldade nos direito estadounidense; 3. Falências; 3.1. Número de falências decretadas; 3.2. A influência da vigência da Lei 11.101/2005; 3.3. Número de falências decretadas; 4.Recuperações; 4.1. A situação nacional; 4.2. A Recuperação Judicial e os Tributos; 5. Conclusão; 6. Referências.

1. Introdução

[652]Professora Titular de Direito Societário PUCPR. Professora Associada de Direito Empresarial UFPR. Pós-doutora pela FGVSP e pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Pesquisadora Convidada da.Université de Montréal - CA. Advogada e Procuradora do Estado do Paraná.

[653]Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. É integrante do Núcleo de Direito Empresarial Comparado, da Equipe de Arbitragem da UFPR e bolsista do Programa de Iniciação Científica, realizando pesquisa na área de "Efetividade e técnica processual: reflexões sobre a execução da tutela específica". Trabalha no escritório de advocacia Felippe, Gomes e Isfer – Sociedade de Advogados.

[654]

O presente estudo faz uma análise do contexto econômico que cerca a aplicação da atual legislação falimentar brasileira, em especial a partir da análise número de falências e recuperações. A análise econométrica será feita em um outro trabalho. Para os presentes fins basta uma análise gráfica dos referidos números, uma vez que ao invés de se procurar estabelecer relações de causalidade o que se visa em realidade é identificar o contexto da aplicação da legislação falimentar.

No âmbito metodológico esse trabalha insere-se na perspectiva dos estudos de Direito e Economia, uma vez que a sua construção parte da utilização de instrumentais econômicos a fim de elucidar aspectos relevantes da legislação falimentar e de recuperação de empresas.[655]

O estudo do Direito Empresarial sob a perspectiva da interdisciplinariedade entre Direito e Economia é de extrema relevância. Afinal, a análise dos comportamentos típicos e da racionalidade esperada do empresário no sistema de mercado atual acaba por produzir ferramentas para que o próprio Direito Empresarial seja aperfeiçoado.

Após essa rápida menção a abordagem a ser adotada pode-se avançar em direção ao objeto específico deste trabalho. Uma empresa que se encontra em dificuldade econômica pode recorrer a vários caminhos. Encerrar as suas atividades, com ou sem o pagamento do passivo, retirando-se do mercado; buscar acordos que lhe concedam novos prazos e condições de pagamento para a retomada de seu equilíbrio econômico e financeiro; manter-se num estágio agônico à

[655] Assim, a discussão fica restrita ao campo do Direito e Economia positivo, que restringe-se a defesa dos instrumentais econômicos como relevantes para a análise da realidade. Uma outra possibilidade seria o Direito e Economia normativo, em que se objetiva definir quais políticas ou decisões jurídicas são as mais adequadas a parit do uso de instrumentais econômicos. Para um estudo da importância dessa classificação ver: SALAMA, Bruno Meyerhof. Apresentação. In: SALAMA, Bruno Meyerhof (org). **Direito e Economia: textos escolhidos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 17-46.

mercê de um pedido de falência formulado por um de seus credores; dentre outras possibilidades.

As reações do mercado e até mesmo a busca de alguma solução perante o poder judiciário ligam-se ao porte da empresa, assim como à rede de contratos que fazem a sustentação de seu negócio e ao ambiente macroeconômico.

Uma empresa cuja atividade esteja vinculada a outras atividades que dela dependem, por exemplo, numa relação de compra e venda de insumos que servem diretamente à produção de uma delas, poderá acarretar, em razão de sua dificuldade administrativa, uma perda negligenciável ou não negligenciável para a outra empresa relacionada.

Se a atividade ou o serviço prestado pela empresa em dificuldade for de relativa ou pouca especificidade, não existe situação de dependência e o interesse na outra empresa, eventualmente já credora da empresa em dificuldade, em se envolver nas dificuldades financeiras de devedora, aceitando, por exemplo, uma proposta de renegociação pela via judicial ou não judicial, é bastante remota. Quadro que tende a se alterar por completo quando o credor tem uma relação de interesse consolidado ou de dependência indireta em relação ao devedor.

Por outro lado, o ambiente macroeconômico tem uma forte correlação com a quebra das empresas, já que nos períodos de maior estabilidade econômica e desenvolvimento, o número de pedido de falências tende a decair.

Em 2005, foi substituída a disciplina das empresas em dificuldade, promulgando-se a Lei 11.101/2005 com a atribuição de profunda reformulação do sistema legal brasileiro aplicável à empresa em dificuldade. No Decreto-lei 7661/45 o enfoque predominante voltava-se ao desaparecimento da empresa por meio de um processo de falência –

ou seja, pela liquidação do empresário insolvente sem possibilidade de recuperação. Havia, igualmente, a previsão da possibilidade do empresário se valer de um pedido de concordata, seja na modalidade preventiva, seja na modalidade suspensiva, para fins de obtenção de prazos e ou descontos no pagamento das obrigações.

O conceito geral da época, expresso na Lei de 1945, não propiciava alternativas relevantes para a sobrevida da empresa e a correção de seus problemas de forma a efetivamente saneá-los, permitindo-lhes retornar a uma situação de equilíbrio financeiro, tampouco demonstrava interesse na formatação das modalidades de realização do ativo, o que prestigiaria a distinção entre empresa e empresário.[656]

Na contramão da legislação, algumas iniciativas do Poder Judiciário buscavam contornar as carências legislativas mediante a tomada de decisões que facilitavam a manutenção da atividade produtiva, interpretando as normas aplicáveis de forma mais extensiva em termos de manutenção da empresa do que a letra da lei.

A Lei atual deixa claro, em pelo menos dois artigos fundamentais, o artigo 75 e o art. 47, sua perspectiva de separação entre o destino do

[656] "Direito Comercial. Falência. Avaliação de bens arrecadados. Ausência de recurso. Impossibilidade de questionamento posterior. Preço vil. Venda que supera o valor encontrado pelo Oficial de Justiça Avaliador. Argumento que se rejeita. Impossibilidade de se utilizar avaliação realizada pelo síndico anterior, que se baseou em declaração unilateral da falida. A realização do leilão não impede o exame das razões recursais, eis que o seu eventual acolhimento traz implicações quanto à validade da hasta pública. A avaliação realizada pelo síndico substituído, que se baseou na relação de **bens** e valores apresentados pela falida, consignando-se, expressamente, que a arrecadação não foi realizada de forma física, não se sobrepõe à avaliação realizada de forma efetiva pela Leiloeira, pelo novo Síndico e pelo Oficial de Justiça Avaliador. Inexiste preço vil quando o montante oferecido pelos **bens** supera o valor encontrado pelo Oficial de Justiça Avaliador. Se o recorrente teve acesso aos autos, após a juntada do mandado de avaliação, e nada impugnou, é de se concluir pela anuência com o valor atribuído aos bens arrecadados. A venda isolada, por si só, não implica em prejuízos, cumprindo ao interessado trazer aos autos prova de que a espera por outros bens tornaria a alienação mais interessante. Rejeita-se a preliminar e nega-se provimento ao recurso.", segundo o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Cita-se 2101939-55.2000.8.13.0000 (1) (1.0000.00.210193-9/000) - AGRAVO DE INSTRUMENTO - DES. ALMEIDA MELO - Julgamento: 19/04/2001 - QUARTA CÂMARA CÍVEL.

empresário e o destino da empresa, com um franco privilégio à busca da manutenção da empresa em detrimento do empresário.

A Lei, por outro lado, ao instituir a figura da recuperação extrajudicial (Capítulo VI da LRE), garante que as partes interessadas possam recorrer a formas negociadas privadamente de acordo que podem ou não ser levadas à homologação, de forma a favorecer os seus negócios, sem a necessária adoção das técnicas de recuperação previstas na Lei.

A crise econômica de 2009 atinge a empresa nacional já na plena vigência de uma Lei voltada à preservação da empresa recuperável, com vistas à manutenção da unidade produtiva, por se acreditar que o papel relevante desempenhado pelas empresas para o desenvolvimento econômico e social justifica a preocupação legislativa, quando a alternativa seria a de deixar a empresa a sua própria sorte e, provavelmente ao encerramento da prática econômica.

O presente trabalho, antes de trazer algumas peculiaridades relativas à Lei de 2005, fará relato geral sobre o sistema de falência e recuperação de empresas dos Estados Unidos e da França, com o objetivo de trazer um panorama internacional do sistema ora estudado.

Ademais, por meio dos dados levantados, procurar-se-á analisar e demonstrar o histórico de pedidos de recuperação e falência no sistema judiciário brasileiro em cotejo com a consolidação do ambiente macroeconômico, caracterizado pela condução política voltada ao controle da inflação e estabilidade econômica.

Metodologicamente foram considerados os dados disponíveis quanto ao pedido de falências nos dez anos que antecederem à ultima crise mundial e os resultados mais recentes, contemporâneos e posteriores à ela, de forma a trazer elementos para que se possa

aquilatar o recurso ao pedido de falência com o desenvolvimento econômico nacional.

2. Direito comparado: panorama francês e estadunidense

2.1 Sociedades em crise no atual sistema Francês

As questões relativas às sociedades em dificuldades estão normatizadas, no Direito Francês, no Livro VI do Código Comercial daquele país, nomeado "As dificuldades das empresas"[657]. Tal Livro, por sua vez, é dividido em sete Títulos. Os quatro primeiros regem os procedimentos que podem ser aplicados, o quinto trata das responsabilidades existentes e das sanções que podem ser aplicadas às sociedades e, a depender, aos sócios e dirigentes da pessoa jurídica[658], o sexto traz as disposições gerais de procedimento e o sétimo, finalmente, rata das disposições derrogatórias.

Quanto aos quatro procedimentos supra mencionados, estes seriam a prevenção das dificuldades das empresas e a conciliação[659], a salvaguarda[660], a recuperação judicial [661] e a liquidação judicial [662].

---

[657] "Des difficultés dês entreprises".

[658] Dentre as sanções aplicáveis no direito francês, uma que bastante é aquela disposta no artigo L. 653-2 que trata da Falência Pessoal, ou "Faillite Personnelle". De acordo com VALLANSAN: "C'est la manière Le plus radicale d'exclure lês mauvais entrepreneur du milieu économique. La faillite personelle emporte interdiction d'intervenir à quelque titre que ce soit dans quelque entreprise que ce soit (...). Dès lors, le dirigeant n'a plus qualité pour représenter la société." Tradução livre: "Trata-se da forma mais radical de exclusão dos maus empresários do ambiente econômico. A falência pessoal busca impedir a intervenção do *falido* a qualquer título e em qualquer tipo de empresa (...).Portanto, o administrador não tem legitimidade para representar a empresa." Cita-se, VALLANSAN, Jocelyne. *Difficultés des entreprises: Commentaire article par article du Livre VI du Code de Commerce*. 5e Édition. Paris: Litec, 2009. p. 435.

[659] "De la prévention dês difficultés dês entreprises, du mandat ad hoc, et de la procédure de conciliation", tratada pelos artigos L. 611-1 a L. 611-15 e L. 612-1 a L. 612-5.

[660] "De La sauveguarde", tratada pelos artigos L. 620-1 e L. 620-2.

[661] "Du redressement judiciaire", tratado pelos artigos L. 631-1 a L. 631-22 e L. 632-1 a L. 632-4.

Primeiramente, quanto à prevenção, esta consistiria em uma intervenção bastante atenuada na sociedade, antes que esta chegue ao estado de insolvência. Dispõe excerto do artigo L. 611-1:

> Toda sociedade comercial, bem como toda pessoa jurídica de direito privado pode aderir a um grupo de prevenção, por meio de autorização do representante do Estado na região. O grupo possui como missão fornecer a seus membros, de forma confidencial, uma análise das informações contábeis e financeiras, comprometendo-se a fornecê-las regularmente. Ao encontrar indícios de dificuldade econômica, deve informar ao administrador da empresa, podendo sugerir a intervenção de um especialista. A pedido do representante do Estado, as autoridades competentes devem prestar auxílio àqueles filiados ao grupo de intervenção.[663]

Como se pode aferir da redação do artigo que inicia o tratamento da *prevenção* francesa, esta não retira a liberdade da sociedade ou de seu administrador. Em verdade, a própria escolha de aderir a um grupo de prevenção mantém este caráter flexível do procedimento ora estudado. A intervenção de um especialista, diferentemente do que ocorre em casos muito mais graves em que a intervenção é necessária e imposta por ordem judicial, deve passar, primeiramente, pela análise da própria sociedade, representada por seu administrador.

Ademais, com o objetivo precípuo de auxiliar na condução das negociações internas e externas da sociedade, pode o devedor requerer

---

[662] "De la liquidation judiciaire", tratada pelos artigos L. 640-1 a L. 640-6, L. 641-1 a L. 641-15, L. 642-1 a L. 642-25, L. 643-1 a L. 643-13 e L. 644-1 a L. 644-6.

[663] Em francês: "Toute société commerciale ainsi que toute personne morale de droit privé peut adhérer à un groupement de prévention agréé par arrêté du représentant de l'Etat dans la région. Ce groupement a pour mission de fournir à ses adhérents, de façon confidentielle, une analyse des informations comptables et financières que ceux-ci s'engagent à lui transmettre régulièrement. Lorsque le groupement relève des indices de difficultés, il en informe le chef d'entreprise et peut lui proposer l'intervention d'un expert. A la diligence du représentant de l'Etat, les administrations compétentes prêtent leur concours aux groupements de prévention agréés."

ao Presidente do Tribunal de Comércio que este designe um mandatário *ad hoc*[664].

O procedimento de salvaguarda é considerado a grande novidade trazida pela Lei 2005-845, de acordo com o qual o devedor se coloca sob proteção da justiça e, em contra partida, são suspensas as ações movidas contra ele, este permanece à frente da sociedade e conserva sua remuneração[665].

Quanto à recuperação judicial francesa, esta parece ser bastante parecida com aquela instituída pela Lei n. 11.101 de 2005. Em especial no tocante aos objetivos buscados pela própria legislação tal constatação pode ser considerada verdadeira. De acordo com VALLANSAN, "a manutenção dos empregos e da atividade empresarial é aqui, mais uma vez, a prioridade" [666]. Dispõe o final do artigo L. 631-1 do *Code de Commerce* francês:

> O processo de recuperação judicial se destina a permitir a continuidade da atividade empresarial, a manutenção dos empregos e a liquidação do passivo. Ela dá lugar a um plano aprovado judicialmente, a um período de observação e, em sendo o caso, à constituição de dois comitês de credores, conforme a disposição dos artigos L. 626-29 et L. 626-30[667]

---

[664] Art. L. 611-3 do Code de Commerce.

[665] NEIVA. Ana Maria Monteiro. *Análise crítica do procedimento de recuperação judicial brasileiro à luz de modelos de preservação da empresa e o caso Varig*, p. 41. Disponível em: <http://www.pmd-ucam.org/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=133>. Acesso em 15 jul.2012.

[666] "Le maintien de l'activité e de l'emploi est ici encore La priorité." VALLANSAN, Jocelyne. *Difficultés des entreprises: Commentaire article par article du Livre VI du Code de Commerce*. 5e Édition. Paris: Litec, 2009. p. 266.

[667] "La procédure de redressement judiciaire est destinée à permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif. Elle donne lieu à un plan arrêté par jugement à l'issue d'une période d'observation et, le cas échéant, à la constitution de deux comités de créanciers, conformément aux dispositions des articles L. 626-29 et L. 626-30".

Ademais, apenas os devedores que se encontram no estado de "*cessation des paiements*" é que podem usufruir do processo de recuperação judicial. Ou seja, aqueles que possuem um passivo exigível e um ativo disponível, de acordo com a *Cour de Cassation*[668]. Quanto ao plano, este - inversamente do que se dá na salvaguarda - é elaborado pelo administrador judicial, com auxílio do devedor e, depois, deve passar pela aprovação dos comitês de credores [669].

Finalmente, quando se trata de liquidação judicial, esta nada mais é do que a venda dos ativos de sociedade insolvente, sem perspectiva de continuidade, com o objetivo de pagar os credores. Este procedimento, contudo, permite a possibilidade de *salvamento* da empresa através da retomada da atividade por terceiro, nos casos de venda conjunta do ativo [670].

2.2 A situação das sociedades em dificuldade nos direito estadounidense

Quanto ao direito norte-americano pode-se afirmar que os procedimentos que podem ser adotados em havendo empresas em crise se resumem a, basicamente, dois: a reorganização e a liquidação.

O procedimento de liquidação naquele sistema está previsto no Capítulo 7 do Título 11 do *U.S. Code.*[671] No momento em que a própria

[668] VALLANSAN, Jocelyne. *Difficultés des entreprises: Commentaire article par article du Livre VI du Code de Commerce*. 5e Édition. Paris: Litec, 2009. p. 266.

[669] Artigo L. 626-30-2 e seguintes do Code de Commerce francês. Muito embora tais artigos tratem do processo de salvaguarda, nos termos do artigo L. 631-19 da mesma codificação.

[670] NEIVA. Ana Maria Monteiro. *Análise crítica do procedimento de recuperação judicial brasileiro à luz de modelos de preservação da empresa e o caso Varig*, p. 42. Disponível em: <http://www.pmd-ucam.org/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=133>. Acesso em 15 jul.2012.

[671] Muito embora haja outros procedimentos específicos para a liquidação de agricultores e pessoas físicas, regidos por outros capítulos do título 11, tendo em vista o foco do presente trabalho às sociedades empresárias em geral, tais procedimentos não serão relatados.

sociedade requer a auto-liquidação, ou quando seus credores fazem tal pedido, as atividades da empresa cessam imediatamente, a não ser que o *Trustee*[672] decida por dar continuidade a elas. O *Trustee* é apontado rapidamente, possuindo amplos poderes para examinar as finanças da empresa, e decidir de que forma os ativos deverão ser vendidos. [673]

Já no que concerne ao procedimento de reorganização,[674] este se encontra disciplinado no Capítulo 11 do Título 11 do *U.S. Code*. Neste, o devedor geralmente continua na administração de seus bens e podendo propor um plano de reorganização por pelo menos seis meses, o qual será estruturado de forma a recuperar a empresa. [675]

Muito embora haja esses dois procedimentos bastante delimitados, a doutrina norte-americana voltada à análise econômica do direito já apontou grandes dificuldades na adoção deste sistema dúplice. É que, em razão da assimetria de informações e imperfeição do sistema, há muitos casos em que empresas eficientes, mas com dificuldades momentâneas, são processadas pelo Capítulo 7, enquanto que em outros tantos, empresas ineficientes buscam a sua reorganização, acabando por ser liquidadas, pouco tempo depois[676]. Alternativa que, já há bastante tempo é utilizada - quando possível - para contornar tais situações é a chamada *out-of-court debt restructurings* que, nada mais é do que a nossa recuperação extra-judicial.

---

[672] Quanto aos deveres do Trustee, estes se encontram dispostos no subcapítulo I do mencionado capítulo 7, no § 704.

[673] WHITE, Michelle J. *Corporate Bankruptcy*. p.1.Disponível em: <http://weber.ucsd.edu/miwhite/palgrav2.pdf>. Acesso em 15jul. 2012.

[674] Chamado, pelos direito norte-americano de "reorganization".

[675] NEIVA. Ana Maria Monteiro. *Análise crítica do procedimento de recuperação judicial brasileiro à luz de modelos de preservação da empresa e o caso Varig*, p. 49. Disponível em: <http://www.pmd-ucam.org/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=133>. Acesso em 15 jul.2012.

[676] WHITE, Michelle J. *Corporate Bankruptcy as a Filtering Device: Chapter 11 Reorganizations and Out-of-Court Debt Restructurings,* p. 2. Disponível em: <http://weber.ucsd.edu/miwhite/filtering-failure.pdf>. Acesso em 15 jul.2012.

Feito breve panorama sobre como são tratadas as empresas em crise na França e nos Estados Unidos, passa-se a demonstrar e analisar alguns dados relativos ao histórico de pedidos de recuperação e falência no sistema judiciário brasileiro.

3. Falências

3.1. Número de falências decretadas

Os números, todos retirados do site da Serasa,[677] demonstram uma queda constante do número de falências decretadas a partir de 1999. Essa queda expressiva no número de falências pode ser observada na Tabela 1:

Ano	NÚMERO TOTAL DE FALÊNCIAS
1999	6.266
2000	4.909
2001	3.810
2002	4.774
2003	4.389
2004	3.497
2005	2.876
2006	1.977
2007	1.479
2008	969
2009	908
2010	732
2011	641

Tabela1 - Falências detadas entre 1999 e 2011

[677] SERASA. Indicador Serada Experian de Falências e Recuperações. Disponível em: <http://www.serasaexperian.com.br/release/indicadores/falencias_concordatas.htm>. Acesso em 14/05/2010.

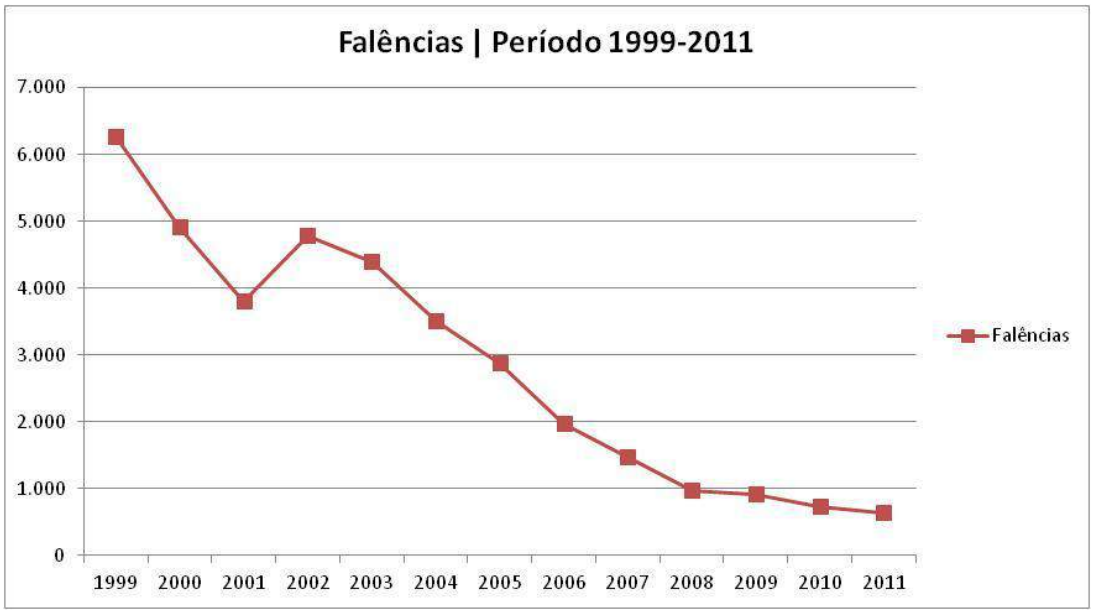


Gráfico 2 - Falências decretadas entre 1999 e 2011

Essa queda pode ser explicada por fatores econômicos, em especial a estabilidade econômica, o aumento da massa salarial, a queda dos juros, a manutenção do controle da inflação e o crescimento econômico.

A correlação forte entre o nível de atividade econômica e o número de falências pode ser observada no gráfico 2 abaixo:

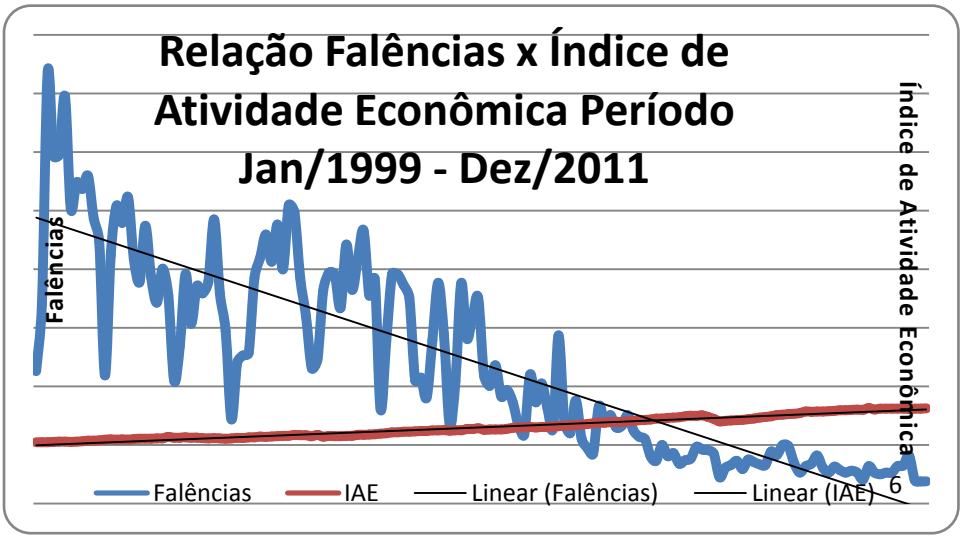


Gráfico 2 – Relação entre falências decretadas e Índice de Atividade Econômica no período de janeiro de 1999 a dezembro de 2011

A existência de fortes indícios de uma correlação inversa entre o número de decretações de falência e o Índice de Atividade Econômica é evidente e pode ser explica a partir dos efeitos benéficos para as empresas do aumento da atividade econômica. Logo, quanto mais a economia brasileira caminhava para um quadro de maior estabilidade e desenvolvimento, menor o número de falências.

Além do quadro macroeconômico, outro fator relevante para o estudo das falências é o grau de endividamento das empresas, que pode ser visto a partir do índice de inadimplência da pessoa jurídica. Há novamente uma forte correlação como demonstra o gráfico 3:

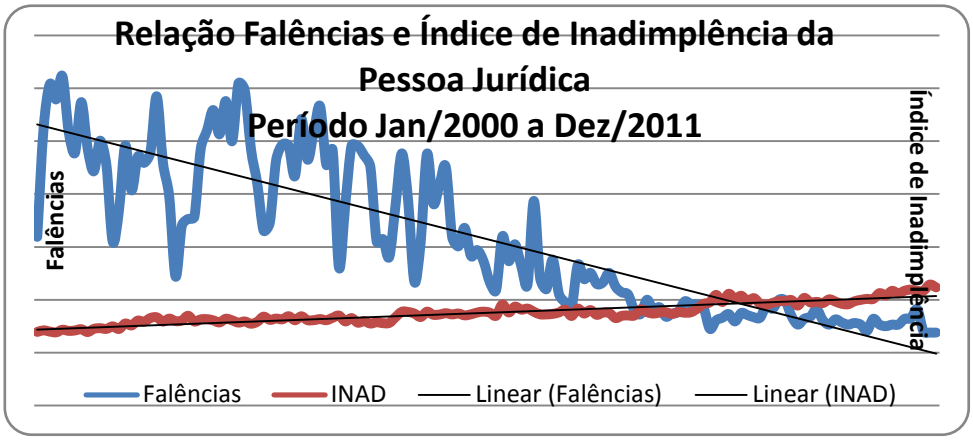


Gráfico 3 – Relação entre falências decretadas e Índice de Inadimplência da Pessoa Jurídica no período de janeiro de 2000 a dezembro de 2011

Existem novamente indícios de uma correlação entre o Índice de Inadimplência e o número de falências decretadas, todavia, ao contrário do caso anterior, essa correlação não é tão clara, na medida em que o aumento da inadimplência a partir de 2004 não vem acompanhado de um equivalente aumento no número de falências. Essa conclusão decorre tanto da maior demanda por crédito, quanto da ausência de choques adversos nos juros, que variaram gradualmente.

3.2. A influência da vigência da Lei 11.101/2005

Além da explicação acima desenvolvida relacionada a fatores econômicos, torna-se relevante verificar se a alteração institucional promovida pela Lei de 2005 produziu algum efeito importante que possa ser mensurado em relação ao número de falências.

Como pode ser visto nos gráficos apresentados, a tendência de queda se manteve e a variância diminuiu a partir de 2005. Nesse ponto pode-se cogitar que a nova lei permitiu tanto uma aceleração da queda quanto uma redução da variância do número.

3.3. Número de falências decretadas

Uma análise interessante a ser feita refere-se ao número de falências requeridas e deferidas. As decretadas já se encontram na tabela 1, sendo que as requeridas podem ser observadas na tabela 2:

Ano	NÚMERO TOTAL DE FALÊNCIAS REQUERIDAS
1999	26.093
2000	13.923
2001	11.594
2002	19.891
2003	4.389
2004	20.671
2005	9.548
2006	4.192
2007	2721
2008	2243
2009	2371
2010	1939
2011	1737

Tabela 2 - Falências requeridas entre 1999 e 2011

A Tabela 2 permite verificar que a queda no número de falências requeridas foi muito superior à queda de falências deferidas a partir de 2005, aproximando o número de falências requeridas das decretadas.

As diferenças apontadas podem ser explicadas pelo sucesso da lei nova em impedir que o pedido de falência seja utilizado como um substitutivo às ações de cobrança, especialmente em razão da determinação legal de um piso mínimo para o pedido de falência com base na impontualidade, orçado pela Lei num valor mínimo de 40 salários mínimos para o pedido falimentar embasado na impontualidade injustificada, conforme determinado no inciso I de seu art. 94.

Os dados quanto ao número de falências requeridas e aquelas decretadas comprovam que uma alteração legislativa tem uma evidente potencialidade de impacto na utilização de um instituto que produz efeitos significativos para toda a sociedade. Vale dizer, o estabelecimento de um piso mínimo para o pedido de falência por parte do credor funciona como um indutor de comportamento que fomentará nos credores a busca da satisfação de seus créditos pelo meio processual menos oneroso para o devedor, qual seja, pela via das medidas de execução ou cobrança. Somente na hipótese da execução se apresentar como negativa é que se abre o espaço para o pedido de falência do devedor (artigo 94, inciso II) – medida mais severa e que, como regra, inviabilizará a manutenção do empresário insolvente no mercado.[678]

Desta forma, as mudanças institucionais não se operam exclusivamente em razão de uma alteração normativa; a norma, no

[678] "Destarte, na hipótese aventada no art. 94, II, o devedor não é só impontual, mas o será, também, insolvente. Vencido em sede de execução, não lhe restaria outro lugar que pagar a dívida, agora consolidada em números precisos, certos, e líquida, portanto. Porém, diante da ausência de bens, ele passa imediatamente, da impontualidade para a insolvência", segundo Frederico A. Monte Simionato. Cita-se, SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. *Tratado de Direito* Falimentar. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 297.

entanto, tem a faculdade de agilizar mudanças de comportamento que podem se firmar, promovendo uma real orientação da sociedade, com ganhos gerais, como no caso analisado. A restrição ao requerimento de falência por determinados credores propicia a utilização de meios de satisfação do interesse do credor com menor impacto para o devedor, e, por via indireta, para a sociedade que tem interesse na manutenção do agente econômico.

A análise geral aponta para uma contribuição grande da melhora das condições econômicas do Brasil, em especial a estabilidade macroeconômica, como fator de influência quanto ao número de falências decretadas. Por outro lado, a nova lei demonstrou ser capaz de reduzir o número de falências requeridas, mas indeferidas por inadequadamente pleiteadas. Essa relação entre falências requeridas e decretadas a partir do novo modelo institucional trazido pela Lei 11.101/2005, comparativamente à mesma relação na vigência da Lei anterior, demonstram quantitativamente a utilização anterior do mecanismo da falência como meio substitutivo de cobrança.

Além desse aspecto, a acentuação da queda e a menor variância apontam para outro fator que pode influenciar nos resultados: a utilização de acordos judiciais ou extrajudiciais entre credores e devedores, substituindo-se a falência por hipóteses de recuperação de empresas pela via da negociação e reorganização empresarial.

4. Recuperações

4.1. A situação nacional

A análise estatística das concordatas (no regime do Decreto-lei 7.661/45) e recuperações (no regime hoje vigente) demonstra que no

período verificado entre janeiro de 1999 e dezembro de 2009 houve uma queda do número de pedidos.

Ao analisar-se os dados sobre as concordatas verifica-se que entre 1999 e 2005, com a sua substituição pelas recuperações, o número de concordatas vinha caindo, também como reflexo lógico da melhora das condições econômicas do país.

A Tabela 3 demonstra isso:

ANO	NÚMERO TOTAL DE CONCORDATAS
1999	356
2000	174
2001	158
2002	250
2003	217
2004	121
2005	68

Tabela 3 - Concordatas entre 1999 e 2005

Em termos gráficos:

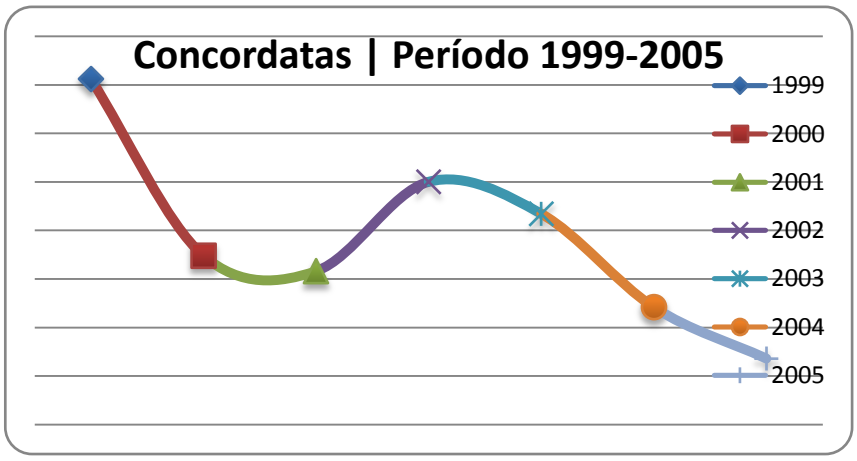


Gráfico 4 - Concordatas entre 1999 e 2005

Deixando-se de lado o ano de 2005, de implementação da nova lei, tem-se que em 2004 o número de concordatas deferidas estava em 121.

Já quanto às recuperações houve um aumento no número de recuperações processadas, como se verifica na Tabela 4:

ANO	NÚMERO DE RECUPERAÇÕES DEFERIDAS
2005	53
2006	156
2007	195
2008	222
2009	492
2010	361
2011	397

Tabela 4 - Recuperações judiciais deferidas entre 2005 e 2011

As recuperações processadas se referem às recuperações em que o pedido foi aceito pelo juízo – mediante determinação de processamento independentemente do trâmite posterior de aprovação ou rejeição do plano pelos credores, da forma como determinado em Lei.

Em termos gráficos:

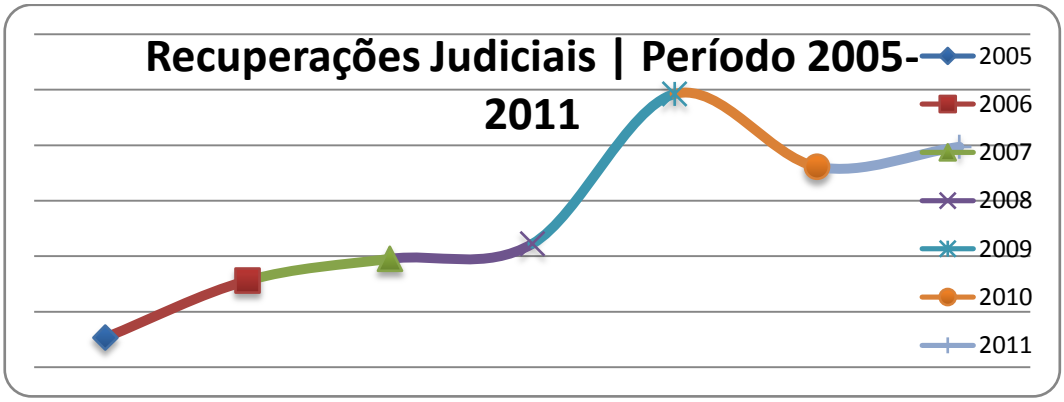


Gráfico 5– Recuperações judiciais processadas entre 2005 e 2011

Ao se considerar o número de recuperações em que além da aceitação inicial pelo juiz houve aprovação do plano os números seriam:

ANO	NÚMERO DE RECUPERAÇÕES CONCEDIDAS
2005	1
2006	5
2007	13
2008	32
2009	151
2010	215
2011	151

Tabela 5 - Recuperações judiciais concedidas entre 2005 e 2011

Verifica-se que houve um aumento expressivo do número de pedidos e deferimento de recuperações deferidas (Tabela 4) em relação ao número de concordatas (Tabela 3), o que parece ser um sintoma claro do sucesso da lei como alternativa ao sistema anterior da concordata para a recuperação de empresas, já que tais dados não se fizeram acompanhar de uma sobrecarga de pedidos de falência para o mesmo período, não tendo ocorrido, portanto, um agravamento geral da situação econômica que por si justificasse o aumento do número de recuperações.

O processo de aprendizagem dos agentes quanto ao novo sistema aplicável à empresa em dificuldade recuperável parece ter sido inicialmente lento, mas em 2009 houve um aumento significativo das recuperações concedidas (Tabela 5). A diferença grande entre as recuperações concedidas e deferidas não parece ter intimidado os

agentes econômicos que, mesmo sofrendo as ameaças da convolação em falência no caso de não concessão da recuperação, não deixam de requerê-la, na expectativa, certamente, da obtenção dos efeitos imediatos da decisão inicial de processamento que determinada, dentre outros aspectos, a suspensão das ações e execuções contra o requerente pelo prazo de 180 dias; assim como da aprovação do plano de recuperação que será submetido – na hipótese de apresentação de alguma oposição- à assembleia de credores.

O aumento do número de pedidos de recuperação também se insere, neste último ano, num contexto de restrições econômicas, ao menos ao nível do comércio internacional, em razão dos efeitos da crise mundial, assim como desaceleração das exportações, provocada pela cotação do dólar em relação ao real.

Quanto aos números de recuperações e concordatas e a sua relação com o IAE (Índice de Atividade Econômica) e o IAD (Índice de Inadimplência das Empresas) há fortes indícios de uma correlação significativa, como se pode observar dos gráficos 6, 7, 8 e 9.

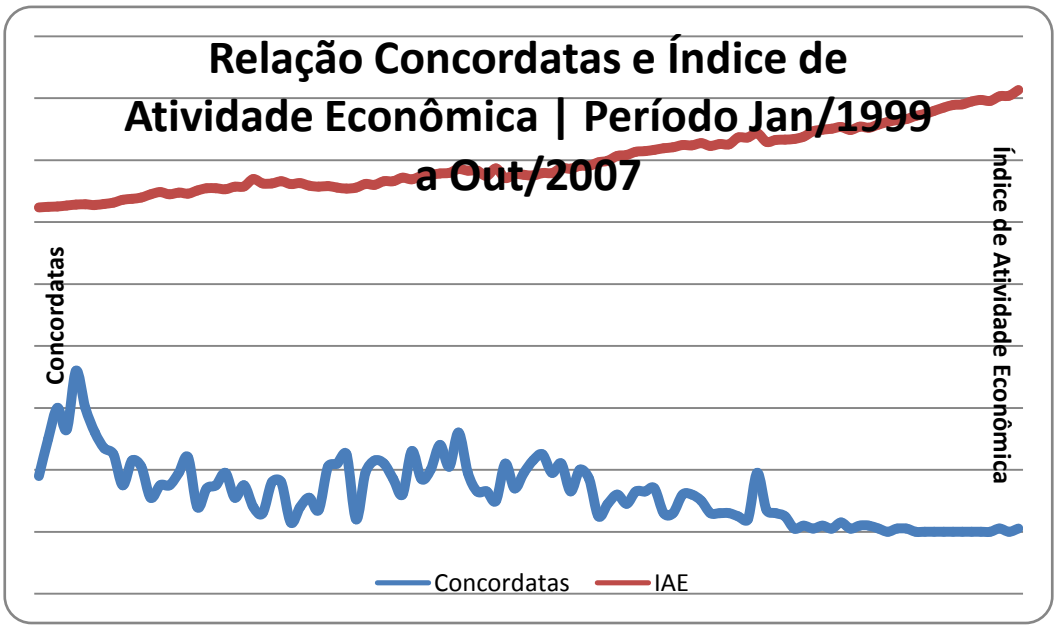


Gráfico 6 - Relação entre Concordatas e Índice de Atividade Econômica no período de janeiro de 1999 a outubro de 2007

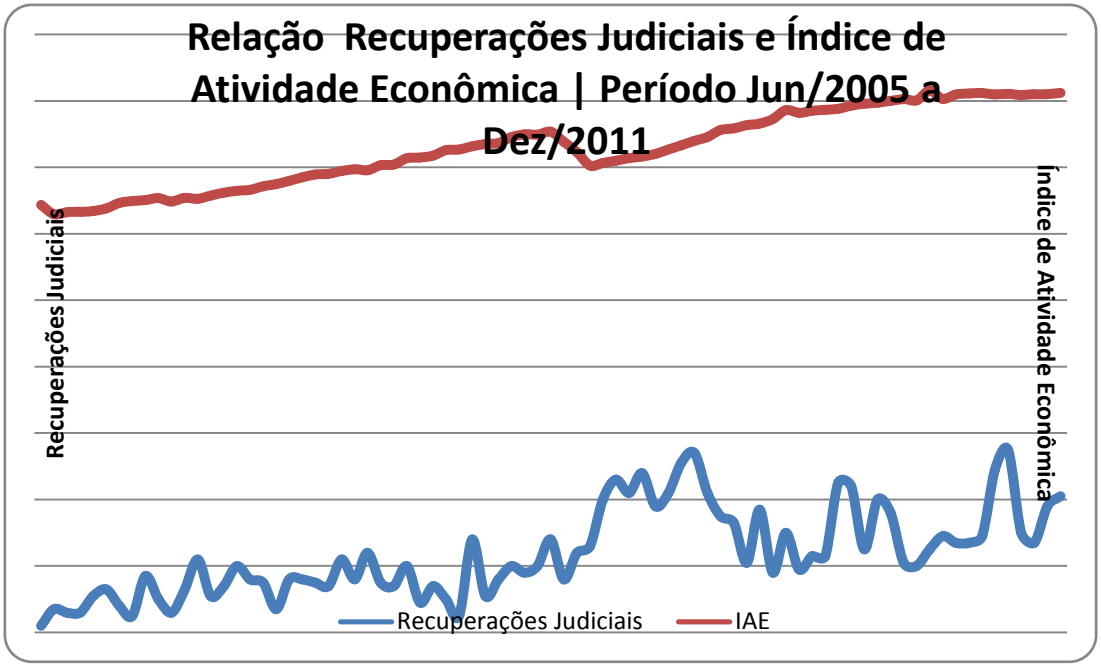


Gráfico 7 - Relação entre Recuperações Judiciais e Índice de Atividade Econômica no período de junho de 2005 a dezembro de 2011

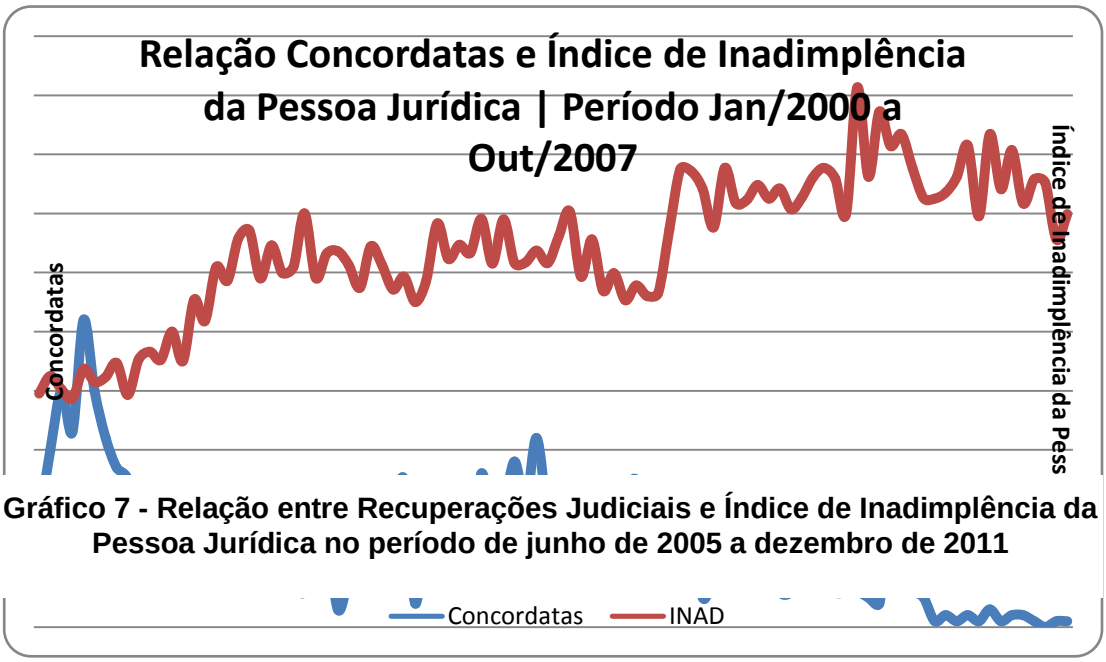
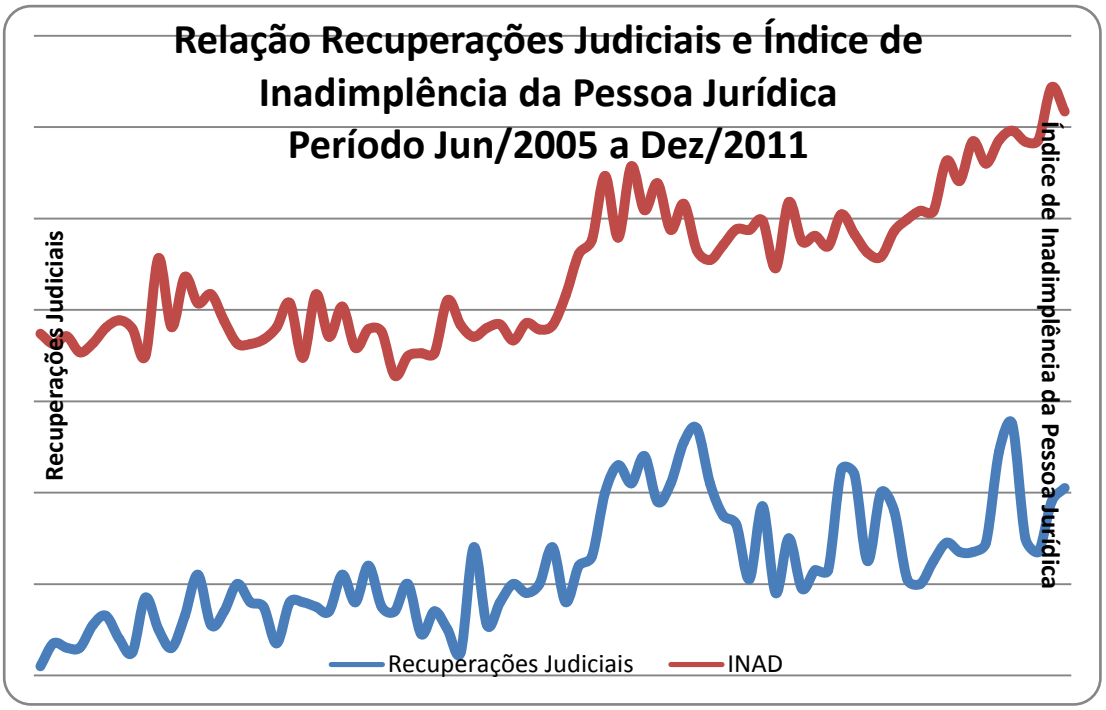


Gráfico 7 - Relação entre Recuperações Judiciais e Índice de Inadimplência da Pessoa Jurídica no período de junho de 2005 a dezembro de 2011



No gráfico 6 verifica-se que há uma correlação significativa entre o IAE e o número de concordatas, com um formato parecido com o Gráfico 2, em que o mesmo índice era comparado com o número de falências. A alteração na trajetória ocorrida no segundo semestre de 2004 pode ser explicada, em princípio, pela substituição da concordata pelas hipóteses de recuperação, dado que já se conhecia o seu conteúdo no período imediatamente anterior à promulgação da Lei vigente.

No gráfico 7 vê-se que existe igualmente uma correlação entre o INAD e o número de concordatas, com trajetória bem similar ao mesmo exercício feito com o número de falências no Gráfico 3.

Nos gráficos 8 e 9 vê-se que a correlação entre o IAE e o IAD com o número de recuperações difere um pouco do número de concordatas, apesar de se tratar de períodos diversos. É possível inferir-se, para além da alteração das demais variáveis econômicas, uma explicação para essa diferença de trajetória. Como demonstram os gráficos 8 e 9, houve um aumento das recuperações mesmo em situação de crescimento da

atividade econômica, o que não acontecia com a concordata. Tal constatação pode significar que o novo procedimento atraiu uma série de empresas que não cogitavam da concordata em razão de suas limitações conceituais e de produção de efeitos geradores do reerguimento econômico da empresa. Antes as empresas, no mais das vezes, se mantinham numa situação de passividade que seria interrompida apenas com o pedido de falência, normalmente apresentado por um de seus credores. Pela maior adequação do sistema atual abre-se a perspectiva de valerem-se das modalidades de recuperação estabelecidas na Lei vigente.

4.2. A Recuperação Judicial e os Tributos

A diferença pode ser explicada a partir de um dado relevante.

A Lei º 11.101/2005 exclui os créditos tributários dos efeitos da recuperação. A natureza de indisponibilidade de tais créditos que não podem ser objeto de negociação por parte do devedor e do agente público a não ser na hipótese de expressa autorização legal, justifica o tratamento diferenciado. Para os créditos tributários existe a possibilidade de adesão a programas de refinanciamento para recuperação do passivo tributário das empresas. No entanto, não existe a obrigatoriedade de concessão de parcelamento de forma específica para as empresas que pretendam se valer do regime de recuperação judicial.

Ainda assim, como alternativa ao enquadramento dos créditos tributários nos termos do plano de recuperação, a Lei menciona a possibilidade dos credores tributários parcelarem o passivo. Como existe autonomia em relação a cada uma das esferas estatais – município,

estados e união- a implementação de qualquer regime de parcelamento permanece na dependência da edição das respectivas normas.

Apelando-se ao nível da constatação empírica, pode-se afirmar que uma empresa que chega a uma situação de insolvência crônica normalmente já interrompeu o pagamento das dívidas de ordem tributária, antes de comprometer o pagamento de seus fornecedores. Logo, se o propósito do sistema de recuperação é permitir a retomada da situação de solvência empresarial, parece imprescindível que o plano de recuperação se faça acompanhar da concessão de parcelamentos tributários

A Lei exige a apresentação de Certidões Negativas de Dívida Ativa como uma das condições para a concessão da recuperação (artigo 57 da Lei ora tratada)[679]. Entretanto, possível é vislumbrar que nos estados como São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Geraisessa exigência não tem sido feita pelos magistrados.

Janeiro[680] e Minas Gerais[681] essa exigência não tem sido feita pelos magistrados.

---

[679]*"Quanto aos créditos tributários, é condição para o pedido de recuperação judicial a apresentação de certidões negativas (art. 57 da LRE). Por conseqüência, é requisito para o processamento da recuperação que o empresário esteja em dia com tais obrigações.", de acordo com Marcelo M. Bertoldi e Márcia Carla P. Ribeiro. Cita-se, BERTOLDI, Marcelo M. e RIBEIRO, Márcia Carla P. Curso Avançado de Direito Comercial. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 482.*

[680]"1. Agravo de Instrumento. Recuperação Judicial. Exigência de exibição da certidão de regularidade fiscal, da qual conste a quitação de todos os tributos ou a obtenção do parcelamento junto à Fazenda Pública. Art. 57, da LRE. - 2. Previsão específica da legislação dispondo sobre as condições de eventual parcelamento de créditos tributários de devedores em recuperação judicial. Arts. 68, LRE e 155-A, § 3º, CTN. - 3. O legislador quis, com a exigência de lei específica, criar condições de parcelamento mais favoráveis ao devedor em recuperação judicial. - 4. A aplicação das regras gerais de parcelamento, no caso, iria de encontro aos princípios norteadores insculpidos no art. 47, da Lei 10.101/2005, dificultando ou impossibilitando mesmo o deferimento de qualquer pedido de recuperação, cujo objetivo é exatamente superar a situação de crise econômico-financeira do devedor, permitindo a manutenção da fonte produtora, do emprego e do interesse dos próprios credores. - 5. Dispensa da apresentação das certidões. Lições doutrinárias. Precedentes jurisprudenciais. - 6.

A jurisprudência paranaense, ao que parece, está começando a rumar no mesmo sentido, ainda que de forma mais lenta, sendo que penas a partir de 2009 se tem notícia de entendimento no sentido da inexigibilidade de CND [682]. Acredita-se que um dos entraves aos pedidos

---

Recurso provido.", de acordo com o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Cita-se, 0028692-92.2009.8.19.0000 (2009.002.33042**)** - AGRAVO DE INSTRUMENTO, DES. PAULO MAURICIO PEREIRA - Julgamento: 07/12/2009 - QUARTA CAMARA CIVEL.

[681]"A recuperação judicial deve ser concedida, a despeito da ausência de certidões fiscais negativas, até que seja elaborada Lei Complementar que regule o parcelamento do débito tributário procedente de tal natureza, sob risco de sepular a aplicação do novel instituto e, por conseqüência, negar vigência ao princípio que lhe é norteador.", segundo o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Cita-se, 2888734-67.2006.8.13.0079 (1.0079.06.288873-4/001) - AGRAVO DE INSTRUMENTO, DES. DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA - Julgamento: 29/05/2008 - QUINTA CÂMARA CÍVEL. No mesmo sentido prossegue o E. Tribunal de Justiça de Minas Gerais: "A exigência do art. 57 da Lei de Recuperação de Empresas deve ser mitigada tendo em vista o princípio de viabilização da empresa de que trata o art. 47, bem como diante da inexistência de lei específica que regule o parcelamento de débitos ficais das empresas em recuperação (art. 68 da Lei 11.101/05). O processo de recuperação judicial visa conciliar os interesses da empresa recuperanda e dos seus credores, pelo que devem ser observadas as exigências traçadas no plano de recuperação judicial aprovado pela Assembléia Geral de Credores, com a anuência da devedora." Cita-se, 3713061-09.2007.8.13.0079 (1.0079.07.371306-1/001(1)) - AGRAVO DE INSTRUMENTO, DES. HELOISA COMBAT - Julgamento: 29/09/2009 - SÉTIMA CÂMARA CÍVEL.

[682] "MANDADO DE SEGURANÇA ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO MANEJADO CONTRA DECISÃO QUE CONCEDEU A RECUPERAÇÃO JUDICIAL À IMPETRANTE, DISPENSANDO A APRESENTAÇÃO DA CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS - DECISÃO AGRAVADA QUE NÃO SE MOSTRA SUSCETÍVEL DE CAUSAR DANO DE DIFÍCIL OU INCERTA REPARAÇÃO AO ESTADO RISCO, SE EXISTENTE, QUE É DA IMPETRANTE, UMA VEZ QUE O ATO IMPUGNADO PODE REPRESENTAR A INVIABILIDADE DO PROSSEGUIMENTO DA EMPRESA. 1. A eventual sustação do plano de recuperação judicial da impetrante representa, esta sim, risco de lesão grave e de incerta reparação, uma vez que pode inviabilizar a atividade exercida pela impetrante. 2. "A crise fatal de uma grande empresa significa o fim de postos de trabalho, desabastecimento de produtos e serviços, diminuição na arrecadação de impostos e, dependendo das circunstâncias, paralisação de atividades satélites e problemas sérios para a economia local, regional, ou até mesmo nacional." (COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperações de Empresas, Saraiva, São Paulo, 3ª edição, 2005, pg. 24). 3. Ordem concedida.", de acordo com o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Cita-se, 615051-2 - MANDADO DE SEGURANÇA - DES. RUY MUGGIATI - Julgamento: 11/11/2009 - DÉCIMA OITAVA CÂMARA CÍVEL EM COMPOSIÇÃO INTEGRAL. Acompanhando este entendimento, "Embargos de Declaração. Agravo de Instrumento.Recuperação Judicial. Deferimento. Tempestividade Comprovada. Legitimidade e interesse recursal. Presença. Formação Defeituosa. Inexistência. Decisão com conteúdo de 'sentença'. Recurso recebido com feição de apelação. Aplicação do efeito translativo do art. 515, §1º, do CPC. Transmudação do recurso cabível. Impossibilidade. Decisão teratológica. Efeito modificativo. Sucessão tributária afastada. Apresentação da certidão negativa de débito ou de parcelamento fiscal com o requisito de deferimento da recuperação judicial. Inviabilidade. Princípio da

de recuperação no Estado do Paraná até, no mínimo, o mencionado ano estaria relacionado à obediência do supracitado artigo 57 da LRE, a qual pressupõe ou um estado de completa solvência em relação ao Fisco ou ao menos a concessão de parcelamentos que permitam certidões positivas com efeitos negativos. Os dados apresentados permitem concluir que a obrigatoriedade das certidões produz maior impacto do que o custo de negociação do plano ou mesmo a ameaça de falência, comparando-se a experiência dos mencionados estados e, em especial, a ampliação do número de recuperações concedidas a partir de 2009 no Paraná.

5. Conclusão

Sob a ótica macroeconômica, há indícios de uma correlação inversa entre o número de decretações de falência e o Índice de Atividade Econômica, explicada a partir dos efeitos benéficos para as empresas do aumento da atividade econômica. Logo, quanto mais a economia brasileira historicamente caminhava para um quadro de maior estabilidade e desenvolvimento, menor o número de falências.

Tais indícios coexistem com uma correlação entre o Índice de Inadimplência e o número de falências decretadas. Todavia, ao contrário do caso anterior, essa correlação não é tão clara, na medida em que o aumento da inadimplência a partir de 2004 não vem acompanhado de um equivalente aumento no número de falências. Essa conclusão decorre tanto da maior demanda por crédito, quanto da ausência de choques adversos nos juros, que variaram gradualmente.

---

manutenção da fonte geradora de riquezes. Embargos parcialmente acolhidos e negado provimento ao agravo de instrumento." Cita-se: 607.378-3/02 - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - DES. VICENTE DEL PRETE MISURELLI - Julgamento: 09/06/2010 - DÉCIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL.

A experiência nacional demonstra que a alteração da Lei aplicável às empresas em dificuldade corrigiu uma distorção do sistema anterior que facilitava a utilização da falência como um substitutivo de ações de cobrança. Ao trazer novas exigências para o pedido de falência, a Lei propiciou uma maior aproximação entre o número de falências requeridas e decretadas – afastando pedidos de falência que não se confirmavam pelo advento do pagamento, o que demonstrava a utilização do instituto para hipóteses em que incidiria a cobrança.

Alterações legislativas auxiliam nas mudanças institucionais, acelerando processos que demandariam muito tempo para serem incrementados num ambiente livre de interferência legal específica.

Portanto, a análise geral aponta para uma contribuição grande da melhora das condições econômicas do Brasil, em especial a estabilidade macroeconômica como fator de influência quanto ao número de falências decretadas. Por outro lado, a nova lei demonstrou ser capaz de reduzir o número de falências requeridas, mas indeferidas.

Outro fator que pode influenciar nos resultados está na utilização de acordos judiciais ou extrajudiciais entre credores e devedores, substituindo-se a falência por hipóteses de recuperação de empresas.

Comparando-se a utilização da concordata e da recuperação, os dados levantados demonstram o sucesso da nova sistemática, sem que tais dados se fizessem acompanhar de uma sobrecarga de pedidos de falência para o mesmo período, descartando-se, portanto um agravamento geral da situação econômica que por si justificasse o aumento do número de recuperações.

O processo de aprendizagem dos agentes quanto ao novo sistema aplicável à empresa em dificuldade recuperável parece ter sido inicialmente lento, mas em 2009 houve um aumento significativo das

recuperações concedidas. Até mesmo a diferença grande entre as recuperações concedidas e deferidas não parece ter intimidado os agentes econômicos que, mesmo sofrendo as ameaças da convolação em falência no caso de não concessão da recuperação, não deixam de requerê-la, na expectativa da produção de seus efeitos imediatos e mediatos.

Na experiência paranaense, o trabalho demonstrou a menor utilização do instituto da recuperação comparativamente a outros estados, e especialmente ao se considerar os números nacionais. O menor interesse nestes primeiros anos de incidência da Lei pode ser relacionado à modificação mais lenta da jurisprudência quanto à exigência de apresentação de Certidões de Dívidas Ativas como condição para a concessão da recuperação, o que é extremamente dificultado em face da inexistência de previsão específica de concessão de parcelamentos para empresas que pretendem o regime de recuperação judicial.

Por fim, o trabalho que ora se apresenta procura demonstrar a utilização de ferramentas econômicas como instrumento de análise de institutos jurídicos. Esta metodologia permite, por exemplo, que se enalteça o importante papel do direito na fixação das instituições que criam o ambiente para as relações econômicas e sociais – capaz de restringir, por exemplo, a utilização da falência para empresas solventes, com potencial de efeitos negativos para a sociedade. Permite também que se aquilate o impacto real de um instituto jurídico em seu propósito de acertamento da vida em sociedade – mediante a comparação de dados extraídos sob a égide da Lei anterior e da Lei nova.

6. Referências

BERTOLDI, Marcelo; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Curso Avançado de Direito Comercial. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. Decreto-Lei n. 7661, de 21 de junho de 1945. Lei de Falências. Diário Oficial, Rio de Janeiro, 21 de junho de 1945. Revogado pela Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del7661.htm. Acesso em: 14 jul.2012.

BRASIL. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Diário Oficial, Brasília, 25 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>. Acesso em: 14 jul.2012.

BRASIL. Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Diário Oficial, Brasília, 09 de fevereiro de 2005, Edição Extra. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em:14 jul.2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. “Direito Comercial. Falência. Avaliação de bens arrecadados. Ausência de recurso. Impossibilidade de questionamento posterior. Preço vil. Venda que supera o valor encontrado pelo Oficial de Justiça Avaliador. Argumento que se rejeita. Impossibilidade de se utilizar avaliação realizada pelo síndico anterior, que se baseou em declaração unilateral da falida. A realização do leilão não impede o exame das razões recursais, eis que o seu eventual acolhimento traz implicações quanto à validade da hasta pública. A avaliação realizada pelo síndico substituído, que se baseou na relação de bens e valores apresentados pela falida, consignando-se, expressamente, que a arrecadação não foi realizada de forma física, não se sobrepõe à avaliação realizada de forma efetiva pela Leiloeira, pelo novo Síndico e pelo Oficial de Justiça Avaliador. Inexiste preço vil quando o montante oferecido pelos bens supera o valor encontrado pelo Oficial de Justiça Avaliador. Se o recorrente teve acesso aos autos, após a juntada do mandado de avaliação, e nada impugnou, é de se concluir pela anuência com o valor atribuído aos bens arrecadados. A venda isolada, por si só, não implica em prejuízos, cumprindo ao interessado trazer aos autos prova de que a espera por outros bens tornaria a alienação mais interessante. Rejeita-se a preliminar e nega-se provimento ao recurso.” Agravo de Instrumento n. 210193-9/000. Relator Des. Almeida Melo. Acórdão de 19 de abril de 2001.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. “A recuperação judicial deve ser concedida, a despeito da ausência de certidões fiscais

negativas, até que seja elaborada Lei Complementar que regule o parcelamento do débito tributário procedente de tal natureza, sob risco de sepultar a aplicação do novel instituto e, por conseqüência, negar vigência ao princípio que lhe é norteador.” Agravo de Instrumento n. 288873-4/001. Relator Des. Dorival Guimarães Pereira. Acórdão de 29 de maio de 2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. “A exigência do art. 57 da Lei de Recuperação de Empresas deve ser mitigada tendo em vista o princípio de viabilização da empresa de que trata o art. 47, bem como diante da inexistência de lei específica que regule o parcelamento de débitos ficais das empresas em recuperação (art. 68 da Lei 11.101/05). O processo de recuperação judicial visa conciliar os interesses da empresa recuperanda e dos seus credores, pelo que devem ser observadas as exigências traçadas no plano de recuperação judicial aprovado pela Assembléia Geral de Credores, com a anuência da devedora.” Agravo de Instrumento n. 371306-1/001. Relatora Des. Heloisa Combat. Acórdão de 29 de setembro de 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná: “MANDADO DE SEGURANÇA ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO MANEJADO CONTRA DECISÃO QUE CONCEDEU A RECUPERAÇÃO JUDICIAL À IMPETRANTE, DISPENSANDO A APRESENTAÇÃO DA CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS - DECISÃO AGRAVADA QUE NÃO SE MOSTRA SUSCETÍVEL DE CAUSAR DANO DE DIFÍCIL OU INCERTA REPARAÇÃO AO ESTADO RISCO, SE EXISTENTE, QUE É DA IMPETRANTE, UMA VEZ QUE O ATO IMPUGNADO PODE REPRESENTAR A INVIABILIDADE DO PROSSEGUIMENTO DA EMPRESA. 1. A eventual sustação do plano de recuperação judicial da impetrante representa, esta sim, risco de lesão grave e de incerta reparação, uma vez que pode inviabilizar a atividade exercida pela impetrante. 2. "A crise fatal de uma grande empresa significa o fim de postos de trabalho, desabastecimento de produtos e serviços, diminuição na arrecadação de impostos e, dependendo das circunstâncias, paralisação de atividades satélites e problemas sérios para a economia local, regional, ou até mesmo nacional." (COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperações de Empresas, Saraiva, São Paulo, 3ª edição, 2005, pg. 24). 3. Ordem concedida.” Mandado de Segurança n. 615051-2. Relator Des. Ruy Muggiati. Acórdão de 11 de novembro de 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná: “Embargos de Declaração. Agravo de Instrumento. Recuperação Judicial. Deferimento. Tempestividade Comprovada. Legitimidade e interesse recursal. Presença. Formação Defeituosa. Inexistência. Decisão com conteúdo de ‘sentença’. Recurso recebido com feição de apelação. Aplicação do efeito translativo do art. 515, §1º, do CPC. Transmudação do recurso cabível. Impossibilidade. Decisão

teratológica. Efeito modificativo. Sucessão tributária afastada. Apresentação da certidão negativa de débito ou de parcelamento fiscal com o requisito de deferimento da recuperação judicial. Inviabilidade. Princípio da manutenção da fonte geradora de riquezas. Embargos parcialmente acolhidos e negado provimento ao agravo de instrumento." Embargos de Declaração n. 607.378-3/02. Relator Des. Vicente Del Prete Misurelli. Acórdão de 09 de junho de 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. "1. Agravo de Instrumento. Recuperação Judicial. Exigência de exibição da certidão de regularidade fiscal, da qual conste a quitação de todos os tributos ou a obtenção do parcelamento junto à Fazenda Pública. Art. 57, da LRE. - 2. Previsão específica da legislação dispondo sobre as condições de eventual parcelamento de créditos tributários de devedores em recuperação judicial. Arts. 68, LRE e 155-A, § 3º, CTN. - 3. O legislador quis, com a exigência de lei específica, criar condições de parcelamento mais favoráveis ao devedor em recuperação judicial. - 4. A aplicação das regras gerais de parcelamento, no caso, iria de encontro aos princípios norteadores insculpidos no art. 47, da Lei 10.101/2005, dificultando ou impossibilitando mesmo o deferimento de qualquer pedido de recuperação, cujo objetivo é exatamente superar a situação de crise econômico-financeira do devedor, permitindo a manutenção da fonte produtora, do emprego e do interesse dos próprios credores. - 5. Dispensa da apresentação das certidões. Lições doutrinárias. Precedentes jurisprudenciais. - 6. Recurso provido." Agravo de Instrumento n. 2009.002.33042. Relator Des. Paulo Mauricio Pereira. Acórdão de 07 de dezembro de 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. "Recuperação Judicial. Aprovação do plano de recuperação judicial. Decisão que concede a recuperação judicial, com dispensa da apresentação as certidões negativas de débitos tributários exigidas pelo artigo 47 da Lei 11.101/2005 e artigo 191-A, do CTN. Recurso interposto pelo INSS. Reconhecimento da legitimidade e interesse em recorrer, como "terceiro prejudicado", mesmo não estando os créditos tributários sujeitos à habilitação em recuperação judicial. Exigência do artigo 57 da LRF que configura antinomia jurídica com outras normas que integram a Lei n° \11.101/2005, em especial o artigo 47. Abusividade da exigência, enquanto não for cumprido o artigo 68 da nova Lei que prevê a edição de lei específica sobre o parcelamento do crédito tributário para devedores em recuperação judicial. Dispensa da juntada das certidões negativas ou das positivas com efeito de negativas mantida. Agravo desprovido". Agravo de Instrumento n. 516.982-4/2-00. Relator Des. Pereira Calças. Acórdão de 31 de janeiro de 2008.

JUNTA COMERCIAL DO PARANÁ. Relação das empresas devedoras em situação falimentar ou Recuperação Judicial no Estado do Paraná. Disponível em:

<http://www.juntacomercial.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=20>. Acesso em 14/05/2010.

MAMEDE, Gladston. Falências e Recuperação de Empresas. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 294.

NEIVA. Ana Maria Monteiro. Análise crítica do procedimento de recuperação judicial brasileiro à luz de modelos de preservação da empresa e o caso Varig. Disponível em: <http://www.pmd-ucam.org/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=133>. Acesso em 15 jul.2012.

SALAMA, Bruno Meyerhof (org). Direito e Economia: textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010,

SERASA. Indicador Serada Experian de Falências e Recuperações. Disponível em: <http://www.serasaexperian.com.br/release/indicadores/falencias_concordatas.htm>. Acesso em 14/05/2010.

SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. Tratado de Direito Falimentar. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

VALLANSAN, Jocelyne. Difficultés des entreprises: Commentaire article par article du Livre VI du Code de Commerce. 5e Édition. Paris: Litec, 2009.

WHITE, Michelle J. Corporate Bankruptcy. Disponível em: <http://weber.ucsd.edu/~miwhite/palgrav2.pdf>. Acesso em 15 jul. 2012.

WHITE, Michelle J. Corporate Bankruptcy as a Filtering Device: Chapter 11 Reorganizations and Out-of-Court Debt Restructurings. Disponível em: <http://weber.ucsd.edu/~miwhite/filtering-failure.pdf>. Acesso em 15 jul.2012.

Os Efeitos da Mudança na Lei Falimentar Brasileira: uma Perspectiva Econométrica

Vinícius Klein[683]

Pedro Costa Einloft[684]

Sumário: 1. Introdução; 2. A Lei 11.101/2005: visão geral; 3. A queda do número de falências: possíveis explicações; 4. Análise empírica; 5. Conclusão; 6. Referências.

1. Introdução

O presente artigo visa analisar qual o papel representado pela Lei 11.101/2005 (Lei Falimentar) na queda do número de falências. A legislação em vigor foi anunciada como um avanço institucional importante, já que a legislação anterior, datada de 1945, sofria diversas críticas, em especial pela ineficiência e morosidade do processo falimentar, que corresponde à liquidação das obrigações da firma devedora em estado de insolvência, e pelo desincentivo a reorganização das firmas viáveis economicamente.

[683]Procurador do Estado do Paraná; mestre em Direito das Relações Sociais pela UFPR; doutorando em Direito Civil pela UERJ; doutorando em Desenvolvimento Econômico pela UFPR; professor de Direito Empresarial e Econômico na Universidade Positivo; diretor Acadêmico da Associação Paranaense de Direito e Economia – ADEPAR; membro da Comissão de Direito Econômico da OAB/PR

[684]Graduado e Mestre em Economia pela UFPR. Doutorando em Economia pela UFPR.

Assim, a nova lei veio com o objetivo de tornar o processo falimentar mais eficiente, pela maior proteção aos credores e maior racionalidade do procedimento, reduzindo o custo do crédito e aumentando o valor do ativo em processo de liquidação. Ainda, a substituição do antigo processo de concordata pela recuperação judicial visou dar uma alternativa real de reorganização e recuperação de firmas em dificuldades financeiras, mas viáveis.

Para verificar se a nova legislação foi responsável pela queda no número de falências foi utilizada a técnica econométrica de variáveis *dummy*. Apesar de ARAUJO E FUNCHA[685] já terem encontrado indícios de quebra estrutural por meio de variáveis *dummy* o presente artigo diferencia-se tanto pelo método quanto pelas conclusões. Inicialmente o modelo foi estimado utilizando o desvio padrão móvel (MSD) nas variáveis explicativas juros e câmbio, captando a variância dos juros e do câmbio, que são mais relevantes para o planejamento empresarial do que o nível das variáveis em si. Com relação às possíveis causas da quebra estrutural abandonou-se a hipótese de que alteração legislativa seria capaz de reduzir autonomamente o número de falências, tendo sido avaliadas outras duas possíveis causas de quebra estrutural do número de falências no Brasil: a estabilidade macroeconômica mensurada por meio de uma *dummy* relacionada a adoção do sistema de metas de inflação e outra *dummy* relacionada a implementação do Simples Nacional (também conhecido como Super Simples) que reduziu a carga tributária das micro e pequenas empresas, que correspondem a grande maioria das empresas no Brasil e que representam a maior parte das empresas em falências ou recuperação. Os testes econométricos demonstraram que essas mudanças institucionais também produziram quebras estruturais e podem ser elencados como causas para a queda

[685] ARAUJO, Aloísio e FUNCHAL, Bruno. (2009) A Nova Lei de Falências Brasileira: primeiros impactos. In: **Revista de Economia Política**, vol. 29(3), p. 191-212.

do número de falências no Brasil. Para tanto na seção 1 serão apresentadas as principais características da legislação falimentar brasileira em vigor. Posteriormente, na seção 2 serão apresentadas as possíveis causas que explicam a queda no número de falências: os novos mecanismos trazidos pela Lei 11.1101/2005, a adoção do sistema de metas de inflação e a adoção do Simples Nacional. Na seção 3 serão apresentados os dados empíricos e testes econométricos realizados. Por fim, na conclusão os resultados obtidos serão discutidos a luz das evidencias empíricas e dos referencias teóricos apresentados.

2. A Lei 11.101/2005: visão geral

A lei 11.101 foi publicada no Diário Oficial em 09/02/2005, mas entrou em vigor, de acordo com o art. 201, 120 (cento e vinte) dias após a publicação, ou seja, em 09 de junho de 2005. A legislação anterior, que correspondia ao Decreto-Lei 7.661/1945, foi integralmente revogada.

O procedimento falimentar é aquele que visa organizar o pagamento dos credores nos casos de insolvência da firma devedora, implicando, em regra, na extinção da firma falida. A insolvência aqui deve ser entendida como as situações em que a lei considera como caracterizadoras da insolvência, que podem corresponder, por exemplo, a uma mera ausência de liquidez conjuntural. Já o processo de recuperação visa permitir a reorganização dos débitos de uma firma devedora que se encontra em dificuldades financeiras, mas que, em função da viabilidade econômica do negócio, pode se reerguer.

As legislações falimentares costumavam ser classificadas como mais favoráveis aos credores ou aos devedores. Mas, como bem aponta

LISBOA[686] a complexidade dos sistemas falimentares, como diferentes aspectos e incentivos, alguns favoráveis aos credores e outros aos devedores levou ao abandono dessa classificação. Deve-se buscar desenhar um procedimento falimentar capaz de balancear os interesses de ambos, já que uma legislação excessivamente pró-credor é tão ineficiente quanto uma legislação que proteja em demasia os devedores. Deve-se buscar a solução legislativa que maximize os retornos do credor e do devedor, sem descuidar do bem-estar da sociedade, não permitindo que um agente em especial seja privilegiado. Essa solução de equilíbrio somente é possível construção de conjunto de incentivos adequados, que atendam tanto aos requisitos de eficiência *ex ante* e *ex post*.

A importância da legislação falimentar já foi objeto de diversos estudos na literatura. Como a falência é a porta de saída pra o investimento produtivo observa-se uma relação entre a qualidade da lei de falência e o empreendedorismo. Nesse sentido o estudo de ARMOUR E CUMMING[687] aponta para uma relação significativa entre a legislação falimentar capaz de permitir um novo começo para os empreendedores e a taxa de auto-emprego (*self-employment*) por meio de pequenas firmas individuais. Outra ligação abordada na literatura é a relação entre a falência e a estrutura de capital das empresas. Nesse sentido FUNCHAL E CLÓVIS[688] encontram um aumento da confiança dos credores em função da Lei 11.101/2005, permitindo um aumento do coeficiente de endividamento das empresas tanto no curto quanto no longo prazo. No

[686]LISBOA, Marcos Barros et al. (2006) A racionalidade econômica da nova lei de falências e de recuperação de empresas. In: PAIVA, Luís Fernando Valente de. (org) **Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas.** São Paulo: Quartier Latin, p. 63-121.

[687] ARMOUR, John & CUMMING, Douglas. (2008) Bankruptcy Law and Entrepreneurship. In: **American Law Economics Review,** vol. 10(2), p. 303-350.

[688]FUNCHAL, Bruno & CLÓVIS, Matheus (2008). **O Impacto da Nova Lei de Falências na Estrutura de Capital das Empresas Brasileiras**. Trabalho apresentado no XXXVI Encontro Nacional de Economia, disponível em*www.anpec.org.br/encontro2008/artigos/200807191752040-.pdf.*

caso brasileiro um dos efeitos desejados pelos formuladores da lei 11.101/2005, a redução do custo do capital através da redução da inadimplência e, por conseguinte, do spread bancário ainda não foi comprovado. O estudo produzido por ARUAJO E FUNCHAL[689] (2009) não encontrou um efeito significativo.

A própria Lei 11.101/2005 elenca os objetivos a serem atingidos em cada um dos procedimentos tratados pela legislação falimentar, nos artigos 47 e 75:

> Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.
>
> Art. 75. A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa.
>
> Parágrafo único. O processo de falência atenderá aos princípios da celeridade e da economia processual.

Assim, a recuperação judicial da empresa tem como objetivo permitir a manutenção da atividade empresarial, através da reorganização dos seus passivos, atendendo, desta forma, os interesses da sociedade presentes na manutenção da atividade produtiva da firma. Já a falência visa permitir a maximização do ativo da empresa em situação de insolvência, de modo que a maior parcela possível dos débitos seja adimplida, para isso o parágrafo único do art. 75 expressa a necessidade de redução da morosidade e da burocracia inerentes ao procedimento falimentar brasileiro. A literatura, bem como a exposição de

[689] ARAUJO, Aloísio e FUNCHAL, Bruno. (2009) A Nova Lei de Falências Brasileira: primeiros impactos. In: **Revista de Economia Política.**

motivos que acompanha a lei menciona de forma expressa a necessidade de modernização da legislação falimentar brasileira, de modo a modernizar esses institutos e torná-los mais eficientes. Uma legislação falimentar eficiente seria aquela capaz de proteger os devedores, garantido assim uma redução do custo do capital, uma redução do elevado spread bancário brasileiro e um maior desenvolvimento do mercado de crédito. Ainda, deve-se permitir que o procedimento falimentar não leve a extinção de firmas viáveis economicamente, através do procedimento de recuperação. Por fim, no caso da inviabilidade da continuidade da atividade econômica o ativo deve ser maximizado, de modo a atender de forma ordenada a maior parcela possível dos credores.

Para que a modernização e a eficiência buscada pelos autores da lei falimentar em vigor fossem alcançadas alguns procedimentos presentes na legislação anterior foram alterados. Dentre eles passa-se a examinar com mais detalhes os que têm uma implicação direta com o problema abordado neste artigo.

No campo da falência uma primeira modificação foi feita nas causas que autorizam o requerimento da falência. A declaração de falência de uma firma devedora depende da comprovação da sua insolvência. A legislação falimentar trabalha com três situações que caracterizam a insolvência: a impontualidade injustificada, a execução frustrada e a prática de ato falimentar. Na prática a insolvência é comprovada na quase totalidade dos casos por meio da impontualidade injustificada, por isso as demais situações não serão exploradas. Considera-se como impontualidade injustificada a existência de títulos de crédito protestados em posse do credor, normalmente duplicatas. A lei 11.101/2005 inseriu um limite mínimo, até então inexistente, de 40 salários mínimos em títulos protestados para que o credor possa requerer a falência da firma

devedora. É possível, contudo, que os credores juntem seus títulos e somem seus valores para requerer a falência. A inserção desse limite visou eliminar uma prática muito comum na pratica judicial, que era a utilização do pedido de falência como meio de cobrança, já que após o recebimento do pedido de falência pelo juiz a firma devedora pode pagar o crédito representado no título e evitar a declaração de falência. Assim, na ausência de bens livres garantindo a dívida o credor requeria a falência com base de títulos de menor valor, esperando que a firma devedora pagasse o título para evitar o início do procedimento falimentar, que seria danoso a ambos. A firma devedora, mesmo com dificuldades de liquidez, conseguia levantar o valor devido, dado o montante reduzido, e assim o credor recebia o seu crédito. Desse modo, o pedido de falência era uma eficaz medida de cobrança, constrangendo o devedor a pagar sob pena da extinção da firma. Esse uso era resultado do custo proibitivo de uma ação de cobrança ordinária no Brasil, em especial em função da morosidade do Poder Judiciário. O objetivo, como será demonstrado pelos dados empíricos foi atingido, tendo sido reduzida a diferença entre o número de falências requeridas e deferidas, ou seja, entre o número de pedidos de falências por parte do credor e o número de situações em que o juiz, em função do não pagamento ou da não comprovação de algum vício no título, o juiz declara a falência da firma devedora e inicia o processo de venda dos ativos. Deve-se observar que a forma de comprovação da insolvência, a existência de dívidas comprovadas por títulos vencidos e comprovados, não foi alterada. Portanto, o conceito de insolvência para fins de aplicação da legislação falimentar está satisfeito em situações de uma mera ausência de liquidez pontual. Afinal, basta que exista uma dívida vencida e não paga, comprovando-se o não pagamento pelo protesto em cartório, para que a falência de uma firma seja decretada. A lei 11.101/2005 apenas trouxe um valor mínimo para que o não pagamento possa gerar a falência da firma.

Outra mudança importante na legislação falimentar foi a permissão para que o devedor negocie diretamente com os credores uma maneira de equalizar suas dívidas e evitar a falência. Na legislação anterior a mera tentativa de reunir os credores para negociar condições de pagamento mais vantajosas era considerada prática de ato falimentar, portanto, autorizando o pedido de falência. Assim acabava-se dificultando a negociação de uma solução diretamente pelas partes, sem a intervenção judicial. Na legislação atual essa prática não é apenas permitida, ela é inclusive incentivada pela criação da recuperação extra-judicial. Trata-se de um procedimento de reorganização dos débitos do devedor sem a intervenção do judiciário, ou com a homologação do juiz de falências se as partes preferirem. A possibilidade de negociação direta entre o devedor e os diversos credores há muito havia sido apontada tanto pela literatura econômica quanto por uma parcela da literatura jurídica como a solução para aumentar a eficiência da legislação falimentar. Nesse sentido tem-se os trabalhos de BAIRD E MORRISON[690] e SCHWARTZ[691], que apontam a ineficiência da proibição de contratar acerca do processo falimentar.

Uma terceira mudança relevante diz respeito à ordenação dos credores. O papel de coordenação feito pela lei falimentar passa necessariamente pela construção de uma ordem para recebimento dos créditos. Já que na ausência dessa ordem legal ter-se-ia uma corrida de credores aos bens em posse do devedor, o que poderia levar a uma alienação irracional dos ativos, diminuindo o valor a ser obtido com a sua alienação e, conseqüentemente, gerando prejuízos a todos os credores. A necessidade dessa ordem ser extremamente rígida ou mais flexível

[690]BAIRD, Douglas & MORRISON, Edward R. (2001) Bankruptcy Decision making. In: **Journal of Law Economics and Organization**, vol. 17 (2), p. 356-372

[691] SCHWARTZ, Alan. (1997) Contracting about Bankruptcy. In: **Journal of Law Economics and Organization**, vol. 13 (1), p. 127-146.

gera discussões, mas a necessidade e alguma rigidez é defendida pela maioria da literatura, como aponta HART.[692] Na vigência da legislação anterior a ordem dos créditos anteriores a decretação da falência iniciava com os créditos trabalhistas, passando aos créditos ficais, em terceiro lugar recebiam os créditos com garantia real e assim por diante. Na prática essa ordem de preferência para pagamento acabava por afastar os credores privados do procedimento falimentar, já que apenas em ocasiões raras recebiam seus créditos. Os motivos eram dois: a existência de diversas fraudes em que o empresário sabendo que teria sua falência decretada reconhecia supostas dívidas trabalhistas inexistentes e dividia o valor com o empregado beneficiado e o grande volume de dívidas com impostos das firmas falidas, já que os impostos eram a primeira despesa que deixava de ser honrada pelas firmas em dificuldades financeiras. Assim, além da dificuldade dos credores, que não a Fazenda Pública e os trabalhadores receberem algo tinha-se um procedimento que não era acompanhado pelos credores, impedindo a construção de um ambiente de negociação e cooperação entre devedor e seus credores. A lei 11.101/2005 alterou esse panorama com duas medidas: a limitação das prioridades dos créditos trabalhistas com a imposição de um limite de 150 salários mínimos por credor trabalhista para recebimento em primeiro lugar na ordem de preferência e a colocação dos credores com garantia real em segundo lugar, deixando a Fazenda Pública em terceiro lugar. Assim, os credores privados que gozem de garantia real, como os bancos, passam a ter uma probabilidade maior de receber seus créditos e passam a ter interesse na fiscalização no processo falimentar, bem como na cooperação com o

[692] HART, Oliver. (1999) Different Approaches to Bankruptcy. In: **Governance, Equity and Global Markets**, Proceedings of the Annual Bank Conference on Development Economics in Europe, June 21-23, 1999, disponível em: http://www.economics.harvard.edu/faculty/hart/files/bankrupt.pdf

devedor e os demais credores na busca de maior agilidade do processo, evitando a dilapidação do ativo do devedor.

Por fim, a última mudança a ser apontada é a substituição do agente responsável pela definição da viabilidade econômica da firma devedora. A correção da decisão acerca da viabilidade econômica do devedor é crucial para a eficiência da legislação. Na legislação anterior essa decisão era tomada pelo juiz isoladamente, já que a concordata era um favor legal concedido pelo Poder Judiciário e trazia como mecanismos para a reorganização dos débitos do devedor somente a concessão de prazo adicional e desconto no valor dos débitos. Na legislação atual a palavra final acerca da viabilidade econômica da firma devedora cabe aos credores, através da aprovação ou não do plano de recuperação. O plano de recuperação pode abarcar qualquer medida a ser negociada com os credores, não estando restrita aos mecanismos previstos na lei.

Após a explanação das principais mudanças trazidas pela lei 11.101/2005 pode-se apresentar as mudanças institucionais que possivelmente explicam a queda no número de falências.

3. A queda do número de falências: possíveis explicações

Com a entrada em vigor da lei de falências em 09 de junho de 2005 observou-se uma queda no número de falências. Em estudo acerca do impacto da lei 11.101/2005 ARAUJO E FUNCHAL[693] afirmam que a redução no número de falências tanto requeridas quanto decretadas após junho de 2005 pode ser explicada por dois fatores: o incentivo a reorganização dos débitos das firmas devedoras com a substituição da concordata pela recuperação e regulamentação dos acordos extrajudiciais, permitindo que as firmas devedoras negociem diretamente

[693] ARAUJO, Aloísio e FUNCHAL, Bruno. (2009) A Nova Lei de Falências Brasileira: primeiros impactos. In: **Revista de Economia Política,** p. 211.

com os credores e reduzindo a necessidade do credor requerer a falência. Ainda, a redução mais acentuada nas falências requeridas do que nas deferidas deve-se a limitação de 40 salários mínimos imposta para a caracterização da impontualidade injustificada. Assim, apesar dos autores expressamente indicarem que não é possível apontar a direção da relação de causalidade entre a queda do número de falências e a nova lei a existência de uma relação de causalidade sugerida pela análise empírica.

Apesar do modelo econométrico estimado por ARAUJO E FUNCHAL[694] ter apontado uma quebra estrutural não há como retirar desse resultado as conclusões anteriormente descritas. Em realidade, a adoção de uma nova legislação falimentar, mais eficiente, não pode explicar, ao menos autonomamente, uma queda do número de falências e concordatas/recuperações. Para analisar essa questão deve-se perguntar qual a razão que leva uma firma a entrar em falência. Ora, a falência é procedimento legal para as firmas que se encontram em dificuldades financeiras. Assim, o que origina a falência é uma situação fática: a dificuldade financeira da firma. Para identificar quais seriam as causas das dificuldades financeiras das firmas e inclusive prever a insolvência tem-se uma literatura especializada bastante desenvolvida. Os modelos de previsão em questão são utilizados para a concessão de crédito, como, por exemplo, o modelo Z-score desenvolvido por ALTMAN & BAIDYA & DIAS.[695] Mas, em linhas gerais pode-se afirmar que a principal causa da falência é a má-gestão da firma. Além dessa razão interna, existem outros fatores que por estarem fora do controle do administrador podem ser chamados de externos. Dentre as causas

[694] ARAUJO, Aloísio e FUNCHAL, Bruno. (2009) A Nova Lei de Falências Brasileira: primeiros impactos. In: **Revista de Economia Política.**

[695] ALTMAN, E. I. & BAIDYA, K. N. & DIAS, L.M.R. (1979). Previsão de problemas financeiros em empresas. In: **Revista de Administração**, vol. 19, p. 17-28.

externas tem-se o desempenho econômico geral, em especial tem-se a carga tributária, a taxa de juros, a inflação e o aumento da pressão competitiva, de acordo com MARIO E CARVALHO.[696]

Ora, a nova legislação alterou a capacidade de gestão das firmas nacionais e tampouco produziu isoladamente uma redução da carga tributária ou influenciou diretamente as variáveis macroeconômicas. Assim, se a nova lei não alterou diretamente a probabilidade de uma firma entrar em estado de insolvência como a explicar a queda no número de falências? A primeira explicação dada por ARAUJO E FUNCHAL[697] não é razoável, já que o número de concordatas/recuperações também caiu no período, inclusive de forma mais significativa que o de falências, já que em relação ao ano de 2004 houve uma queda de 50% das falências requeridas, de 46% das falências deferidas e de 60% das concordatas/recuperações. Assim, não é razoável supor que as empresas deixaram de entrar em falência para entrar em recuperação.

A segunda explicação dada por ARAUJO E FUNCHAL[698], entretanto, apresenta maior consistência teórica. Como já mencionado a literatura econômica e jurídica, inclusive com modelos teóricos de barganha, já apontava a eficiência da negociação extrajudicial para a reorganização dos débitos da sociedade devedora. Com o incentivo da lei algumas empresas em situação de insolvência podem ter buscado a resolução da situação fora do processo judicial.

---

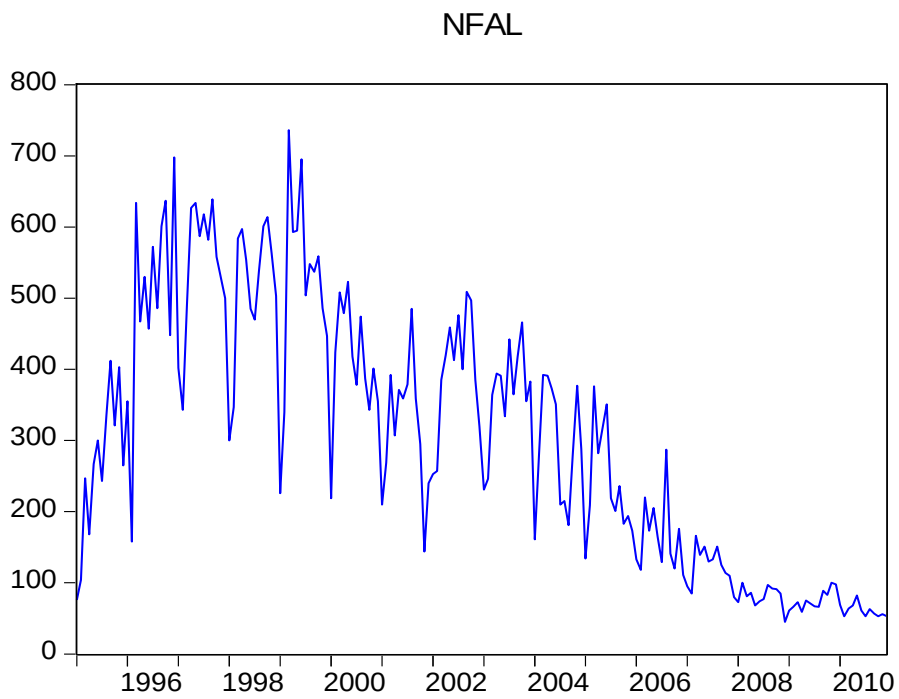
[696] MARIO, Poueri do Carmo e CARVALHO, Luiz Nelson Guedes de. (2007) **O Fenômeno da Falência numa abordagem de análise de causas**. Trabalho apresentado no 7º Congresso de Controladoria e Contabilidade da USP. Disponível em: http://www.congressousp.fipecafi.org/artigos72007/316.pdf

[697] ARAUJO, Aloísio e FUNCHAL, Bruno. (2009) A Nova Lei de Falências Brasileira: primeiros impactos. In: **Revista de Economia Política.**

[698] ARAUJO, Aloísio e FUNCHAL, Bruno. (2009) A Nova Lei de Falências Brasileira: primeiros impactos. In: **Revista de Economia Política.**

Ainda, a instituição do valor mínimo de 40 salários é igualmente consistente. Essa limitação pode ser apontada como a grande responsável pela queda do número de falências não deferidas. Em 1999 o número de falências requeridas era 26.093 e o de deferidas 6.266, portanto o número de falências indeferidas era de 19.827, o que corresponde a 75,98%. Já em 2006 as falências requeridas foram 4.192 e as deferidas 1.977, e as indeferidas 2.215, o que corresponde a 52,83%.

A análise gráfica do número de falências deferidas mostra a insuficiência dessa explicação:



Percebe-se que a tendência de queda do número de falências é anterior a junho de 2005. Assim faz-se necessário investigar outras causas capazes de gerar, quebras estruturais no número de falências.

A dificuldade na gestão das firmas e a chance de insucesso pode ter sido reduzida pela estabilidade econômica, que possibilita um planejamento mais eficaz para as firmas. Nesse sentido, como marco da estabilidade econômica brasileira pode-se utilizar a adoção do sistema de metas de inflação, que ao ancorar as expectativas dos agentes, reduz a incerteza sobre o cenário econômico. Apesar de algumas dificuldades iniciais pode-se dizer que o sistema de metas de inflação no país, mesmo que não perfeitamente, foi bem-sucedido na manutenção da estabilidade econômica. O sistema de metas foi adotado formalmente através do Decreto 3.088 de 21 de junho de 1999, sendo que as metas são definidas pelo Copom (Comitê de Política Monetária) e devem ser perseguidas pelo Bacen (Banco Central) anualmente. Já em 1999 foi definida uma meta de inflação a ser perseguida pelo Bacen.

A análise do gráfico anterior demonstra que trata-se de um bom candidato já que o período entre o segundo semestre de 1999 e o primeiro semestre de 2000 representou o inicio da tendência de queda do número de falências.

Ainda, observa-se que apesar da mudança ocorrida a partir de junho de 2005 houve uma nova inflexão na série em 2007, com uma redução da variância. Para explicar essa nova quebra deve-se observar a composição por porte das falências no Brasil. Em 2005 97,7% das falências decretadas eram de micro e pequenas empresas, em 2006 eram 95,2%, em 2007 95,5%, em 2008 92,2% e em 2009 91.5%. Portanto, a maioria absoluta das falências é de micro e pequenas empresas. Dentre os fatores externos causadores da falência mencionados anteriormente têm-se a carga tributária. No passado recente a principal mudança ocorrida na tributação das micro e pequenas empresas foi a instituição do Simples Nacional ou Super Simples, que levou a uma queda da tributação das micro e pequenas empresas, além

da simplificação de diversos procedimentos burocráticos. O Simples Nacional foi instituído pela Lei Complementar 123, publicada em 14 de dezembro de 2006, que entrou em vigor no mesmo dia, mas a alteração tributária passou a valer apenas em 1º de julho de 2007, de acordo com o art. 88 da Lei Complementar 123/2006. Como o impacto das facilidades trazidas pela lei depende da redução da carga tributária incidente sobre as pequenas e micro empresas para a caracterização da *dummy* será considerada a data de julho de 2007. A proeminência das pequenas e microempresas pode ser apontada como catalisador dos efeitos da instituição do valor mínimo de 40 salários mínimos para o requerimento das falências com base na impontualidade injustificada.

Apresentado o referencial teórico resta verificar na análise se os três fatores aqui apontados são capazes de gerar uma quebra estrutural.

4. Análise empírica

Nesta seção serão apresentados os testes econométricos que objetivam analisar a existência de três momentos cruciais para a redução do número de falências das empresas no Brasil: o regime de metas de inflação, implementado em julho de 1999, a nova lei de falências, que entrou em vigor em julho de 2005, e a nova forma de cobrança de impostos sobre as micro empresas, válida a partir de julho de 2007.

Todos os dados utilizados foram extraídos das séries temporais do Banco Central, com a exceção do número de falências decretadas e recuperações judiciais, retirados do SERASA.

Os trabalhos anteriores que se relacionam ao presente tema estudado, como os de ARAUJO e FUNCHAL[699], MARIO e

[699] ARAUJO, Aloísio e FUNCHAL, Bruno. (2009) A Nova Lei de Falências Brasileira: primeiros impactos. In: **Revista de Economia Política; _____.** (2006). Nova Lei de Falências e seu

CARVALHO[700], FUNCHAL e CLÓVIS[701], ALTMAN e BAIDYA[702] e ALTMAN[703]nos indicam uma série de variáveis que possuem relevante impacto sobre as decisões de uma empresa e, consequentemente, sobre uma possível má gestão dos gerentes, que pode levar à falência da empresa.

A taxa de câmbio tem um papel importante nas decisões de uma empresa, pois impacta diretamente suas contas externas, tanto no sentido de exportação de mercadorias como na importação de matérias primas. A taxa de câmbio ainda pode ter impacto sobre contratos de longo prazo em moeda estrangeira e no financiamento da empresa.

O valor da taxa de juros impacta diretamente sobre a dívida da empresa e sua capacidade de financiamento em curto e longo prazo. Taxas muito altas podem tornar os financiamentos de caixa muito dispendiosos, trazendo problemas graves de solvência às empresas.

Agora, se pensarmos um pouco melhor sobre o comportamento estratégico de uma empresa, devemos levar em consideração que seus administradores estão preparados para tomarem suas decisões baseados nos níveis de juros e câmbio vigentes na economia. Entretanto, se essas taxas apresentam uma instabilidade muito grande durante o período de análise do administrador e depois da tomada de

---

papel no desenvolvimento do mercado de crédito, In: Pesquisa e Planejamento Econômico, vol. 36, n. 2, p. 209-254.

[700] MARIO, Poueri do Carmo e CARVALHO, Luiz Nelson Guedes de. (2007) **O Fenômeno da Falência numa abordagem de análise de causas**. Trabalho apresentado no 7º Congresso de Controladoria e Contabilidade da USP. Disponível em: http://www.congressousp.fipecafi.org/artigos72007/316.pdf

[701]FUNCHAL, Bruno & CLÓVIS, Matheus (2008). **O Impacto da Nova Lei de Falências na Estrutura de Capital das Empresas Brasileiras**. Trabalho apresentado no XXXVI Encontro Nacional de Economia, disponível em*www.anpec.org.br/encontro2008/artigos/200807191752040-.pdf*.

[702]ALTMAN, E. I. & BAIDYA, K. N. & DIAS, L.M.R. (1979). Previsão de problemas financeiros em empresas. In: **Revista de Administração**, vol. 19, p. 17-28.

[703]ALTMAN, E. I. (1983). Why Business fail? In: **Journal of Business Strategy**, Vol. 3, nº, 4, pp.15 - 21

decisão, a empresa acaba tendo chances muito maiores de enfrentar problemas financeiros. Isso pode ocorrer, por exemplo, pelo aumento repentino da dívida, com uma grande variação positiva dos juros, ou pelo aumento do custo de matérias primas, no caso de estas serem importadas, caso o câmbio sofra uma forte desvalorização. Assim, a incerteza sobre as variáveis macroeconômicas passa a ter um papel fundamental em nossa análise.

Para incorporar o componente de incerteza nas séries de câmbio, será utilizado o método MSD (*moving standard deviation*). Esse método é usualmente utilizado em vários estudos de séries temporais e cross-section como uma *Proxy* para captar a incerteza quanto às taxas de câmbio. Pode-se citar os trabalhos de KENEN E RODRIK[704], DELL'ARRICCIA[705] e BITTENCOURT, LARSSON E THOMPSON.[706]

O MSD das observações é calculado por:

$$S_{ij,t} = u_{ij,t} = \sqrt{\frac{\sum (x_{ij,t-1} - \bar{x}_{ij,t})^2}{k-1}}$$

onde x é a taxa de câmbio/juros, k é o número de anos e ẋ é a média de x para os últimos k anos.

Por fim, não se pode deixar de considerar a disponibilidade de crédito com relação ao PIB, para captar a facilidade de obtenção de financiamento de acordo com a situação econômica do período

[704]KENEN, P.; RODRIK, D. (1986.) Measuring and analysing the effects of short-term volatility in real exchange rates. In: **Review of Economics and Statistics,** vol. 68, p. 311-315.
[705]DELL'RICCIA, G. Exchange rate flutuations and trade flows: Evidence from the European Union. **IMF Staff Papers.** v. 46, n. 3, 1999.
[706]BITTENCOURT, Maurício V. L. & LARSON, Donald W. & Thompson, Stanley R.. (2007) Impactos da volatilidade da taxa de câmbio no comércio setorial do Mercosul. In: **Estudos Econômicos**, vol 37(4), p. 791-816

O modelo econométrico escolhido para a análise do modelo será o de Mínimos Quadrados Ordinários, já que o modelo proposto não exige a utilização de estimadores mais complexos.

Assim, obtemos o seguinte modelo básico para a determinação do número de falências no Brasil:

$$NFAL = \alpha_0 + \alpha_1 MSDE + \alpha_2 JUROS + \alpha_3 CREDPIB + e \qquad (1)$$

O primeiro fato importante para a mudança significativa na distribuição do número de falências ao longo do tempo se deu com a implementação do sistema de metas de inflação pelo Banco Central, visando estabilizar a economia. Assim, acrescentamos ao modelo simples a variável *dummy*INF, que visa captar uma possível quebra estrutural macroeconômica causada pelo sistema de metas de inflação, obtendo o segundo modelo proposto que visa testar a significância do SMI.

$$NFAL = \beta_0 + \beta_1 MSDE + \beta_2 JUROS + \beta_3 CREDPIB + \beta_4 DSMI + u \qquad (2)$$

O próximo teste estrutural a ser feito visa captar o efeito da nova lei de falências, que entrou em vigor em julho de 2005. Para podermos obter um resultado robusto, fazemos duas regressões. Na primeira, utilizamos a amostra completa, de julho/1996 a janeiro/2010. Na segunda, começamos nossa amostra a partir da data da implementação do sistema de Metas, para analisar se, ainda que considerando apenas o período macroeconômico mais ‘’favorável’’, a quebra estrutural ainda é perceptível. Dessa forma, temos o seguinte modelo:

$$NFAL = \gamma_0 + \gamma_1 MSDE + \gamma_2 JUROS + \gamma_3 CREDPIB + \gamma_4 DLEI + \varepsilon \qquad (3) \text{ e } (4)$$

Adicionalmente, testa-se a significância das duas *dummys* (DSMI e DLEI) em conjunto, para testar se uma delas está captando o efeito da outra quando testadas separadamente.

$$NFAL = \delta_0 + \delta_1 MSDE + \delta_2 JUROS + \delta_3 CREDPIB + \delta_4 DLEI + \delta_5 DSMI + \zeta \quad (5)$$

Por fim, nos resta testar se a nova forma de cobrança de impostos colocada em prática em julho de 2007 teve algum impacto sobre as falências das microempresas, após a nova lei de falências. Para isso, restringimos a amostra para o período após a lei e consideramos apenas o número de falências das micro e pequenas empresas, as únicas afetadas pela mudança na forma dos impostos. O modelo, então, se torna:

$$NFALMP = \theta_0 + \theta_1 MSDE + \theta_2 JUROS + \theta_3 CREDPIB + \theta_4 DTAX + \xi \quad (6)$$

Na tabela 1 encontram-se os resultados em MQO dos modelos propostos:

TABELA 1: RESULTADOS DOS MODELOS PARA DETERMINAÇÃO DO NÚMERO DE FALÊNCIAS (jul/1999-jan/2010)

	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)
MSDE	2.34 (0,42)*	-0.22 (5.21)	2.27 (0.35)*	1.47 (0.50)*	-0.71 (0.68)	0.92 (0.79)
JUROS	7.39 (2.04)*	-0.24 (2.22)	4.00 (1.74)*	10.09 (2.84)*	-0.06 (2.18)	6.64 (2.29)*
CREDPIB	-20.98 (2.37)*	-17.56 (2.20)*	-10.03 (2.34)*	-5.81 (2.22)*	-9.870 (1.70)*	-2.10 (1.48)*
DSMI		**-230.66 (37.43)***			**-141.09 (47.76)***	
DLEI			**-202.63 (23.64))***	**-173.08 (20.99)***	**-166.96 (23.26)***	
DTAX						**-40.48 (15.58)***
CONS.	988.76 (121.34)*	953.56 (109.45)*	824.60 (102.38)*	498.35 (111.84)*	831.97 (87.49)*	219.15 (88.87)**
AdjR²	0.610	0.680	0.730	0.720	0.762	0.650
F	85.51	88.54	111.71	98.54	100.95	42.76
OBS	163	163	163	127	163	55

Erros-padrão robustos entre parênteses; (*) estatisticamente significante a 1%; (**) estatisticamente significante a 5%. Utilizam-se, a

critério de teste de especificação da equação (1), outras variáveis, como crédito total, PIB, inflação (IGP-M). Os autores excluem-nas do modelo por não acrescentarem poder explicativo e causarem um problema grave de multicolinearidade. Testes de Chow para as equações que testam quebras estruturais corroboram os resultados significativos das variáveis *dummy*

Através dos resultados do modelo (1), podemos perceber que nosso modelo básico para mensurar o número de falências está bem especificado e que, portanto, as variáveis expostas são válidas como controle para o teste das quebras estruturais. Os coeficientes possuem os sinais esperados e são significativos, sendo que um aumento da taxa de juros e da volatilidade da taxa de câmbio leva a um aumento do número de falências, enquanto que um aumento na quantidade de crédito sobre o produto leva a uma redução de NFAL.

No modelo (2), percebe-se que a variável *DSMI* para o período total estudado é altamente significativa, sinalizando uma real quebra estrutural. Os coeficientes para juros e câmbio se tornassem ambos insignificantes e com sinal trocado. O que não é surpresa, já que a implementação do SMI causou uma grande estabilidade na economia que teve impacto forte sobre as taxas de juros e câmbio. Isso leva a uma forte multicolinearidade entre as variáveis e a dummy, fazendo com que a volatilidade do câmbio e a taxa de juros se tornem insignificantes.

Os resultados das equações (3) e (4) nos mostram que a Nova Lei de Falências teve de fato um papel muito importante para a redução do número de empresas que tiveram suas falências decretadas, considerando-se tanto o período completo, como o período após o SMI. Adicionalmente, a equação (5) mostra que ambas as quebras estruturais propostas são válidas, mesmo quando confrontadas em um mesmo modelo. O resultado de que tanto a nova lei como a estabilização das

variáveis macroeconômicas através do SMI são de fato importantes para explicar o número de falências sugere a existência de um meio termo entre os defensores da explicação das causas legais e macroeconômicas para a redução do número de empresas falidos.

Por fim, este trabalho sugere a existência de uma nova quebra estrutural, não analisada empiricamente até o presente momento, de que a implementação do imposto super simples favoreceu as micro e pequenas empresas e ajudou a reduzir de forma considerável (comprovado pela quebra estrutural) o número de falências desse tipo.

5. Conclusão

A análise da literatura e dos dados indica que, apesar dos avanços institucionais trazidos pela legislação falimentar em vigor terem sido relevantes, outros fatores contribuíram de forma decisiva para que o movimento de queda do número de falências no Brasil fosse mantido e aprofundado no período estudado. A estabilização das variáveis macroeconômicas facilitou o planejamento das firmas brasileiras, permitindo que as decisões estratégicas fossem tomadas com base em cenários menos voláteis e mais factíveis. Nesse contexto, a possibilidade de negociação das dívidas pelo próprio credor diretamente com os seus devedores, trazida pela Lei de Falências, produziu os impactos positivos esperados. Desse modo, pode-se afirmar que a redução do numero de falências identificada como resultado do impacto da legislação atual possivelmente foi potencializada pelo cenário de estabilidade, que é mais propício a esse tipo de negociação. A resolução privada do problema de insolvência das firmas elimina, ao menos parcialmente, os custos inerentes ao processo judicial. Um segundo impacto importante da Lei de Falências diz respeito a queda da diferença entre o número de falências requeridas e o número de deferidas e pode ser creditado a criação do

piso de 40 salários mínimos para pedidos baseados em títulos produtivos, que é a modalidade mais comum de pedido de falências. Ainda, a desburocratização e a redução da carga tributária levada a cabo pela criação do Simples Nacional, ao impactar as micro e pequenas empresas, foi responsável por uma terceira quebra estrutural na serie analisada. Portanto, conclui-se que, tanto o comportamento das variáveis econômicas, quanto os avanços institucionais presentes na nova legislação, explicam, de forma conjunta, a tendência da queda do número de falências. Por fim, as conclusões trazidas poderiam ser enriquecidas pela inclusão de uma *proxy* adequada da qualidade da administração das firmas brasileiras, o que poderia explicar a o comportamento dos dados, todavia não foi encontrada nenhuma variável capaz de cumprir esse papel.

6. Bibliografia

AGHION, Phillipe & HART, Oliver & MOORE, John. (1992). The Economics of Bankruptcy Reform. In: Journal of Law, Economics andOrganization, vol 8 (3), p. 523-546.

ALTMAN, E. I. (1983). Why Business fail? In: Journal of Business Strategy, Vol. 3, nº, 4, pp.15 - 21

ALTMAN, E. I. & BAIDYA, K. N. & DIAS, L.M.R. (1979). Previsão de problemas financeiros em emrpesas. In: Revista de Administração, vol. 19, p. 17-28.

ARAUJO, Aloísio e FUNCHAL, Bruno. (2009) A Nova Lei de Falências Brasileira: primeiros impactos. In: Revista de Economia Política, vol. 29(3), p. 191-212.

_____. (2006). Nova Lei de Falências e seu papel no desenvolvimento do mercado de crédito, In: Pesquisa e Planejamento Econômico, vol. 36, n. 2, p. 209-254

ARMOUR, John & CUMMING, Douglas. (2008) Bankruptcy Law and Entrepreneurship. In: American Law Economics Review, vol. 10(2), p. 303-350

BITTENCOURT, Maurício V. L. & LARSON, Donald W. & Thompson, Stanley R.. (2007) Impactos da volatilidade da taxa de câmbio no comércio setorial do Mercosul. In: Estudos Econômicos, vol 37(4), p. 791-816

BAIRD, Douglas & MORRISON, Edward R. (2001) Bankruptcy Decisionmaking. In: Journal of Law Economics and Organization, vol. 17 (2), p. 356-372

DELL'RICCIA, G. Exchange rate flutuations and trade flows: Evidence from the European Union. IMF Staff Papers. v. 46, n. 3, 1999.

FUNCHAL, Bruno & CLÓVIS, Matheus (2008). O Impacto da Nova Lei de Falências na Estrutura de Capital das Empresas Brasileiras. Trabalho apresentado no XXXVI Encontro Nacional de Economia, disponível em*www.anpec.org.br/encontro2008/artigos/200807191752040-.pdf*

HART, Oliver. (1999) Different Approaches to Bankruptcy. In: Governance, Equity and Global Markets, Proceedings of the Annual Bank Conference on Development Economics in Europe, June 21-23, 1999, disponível em: http://www.economics.harvard.edu/faculty/hart/files/bankrupt.pdf

KENEN, P.; RODRIK, D. (1986.) Measuring and analysing the effects of short-term volatility in real exchange rates. In: Review of Economics and Statistics, vol. 68, p. 311-315.

LISBOA, Marcos Barros et al.. (2006) A racionalidade econômica da nova lei de falências e de recuperação de empresas. In: PAIVA, Luís Fernando Valente de. (org) **Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas.** São Paulo: Quartier Latin, p. 63-121.

MARIO, Poueri do Carmo e CARVALHO, Luiz Nelson Guedes de. (2007) O Fenômeno da Falência numa abordagem de análise de causas. Trabalho apresentado no 7º Congresso de Controladoria e Contabilidade da USP. Disponível em: http://www.congressousp.fipecafi.org/artigos72007/316.pdf

NEGRÃO, Ricardo. A Eficiência do Processo Judicial na Recuperação de Empresa. São Paulo: Saraiva, 2010.

SADDI, Jairo e PINHEIRO, Armando Castelar. (2005) Direito, Economia e Mercados. Rio de Janeiro: Elsevier.

SCHWARTZ, Alan. (2005) A normative theory of Business Bankruptcy. In: Virginia Law Review, vol. 91, p.1199-1264

_____. (1997) Contracting about Bankruptcy. In: Journal of Law Economics and Organization, vol. 13 (1), p. 127-146

PARTE 5 – Direito Administrativo e Tributário

Políticas Públicas e Participação Popular:

o Déficit Democráticonas Agências Reguladoras Brasileiras

Antenor Demeterco Neto[707]

Sumário: 1- Introdução. 2- Definição de regulação. 3- Agências reguladoras brasileiras.4. Legitimidade, regras procedimentais e consenso. 5. Mecanismos de participação popular. 6. Consultas e audiências públicas. 7. Participação popular na ANATEL. 8. Déficit democrático nas agências reguladoras. 9. Conclusões. 10. Bibliografia.

1. Introdução

Existe atualmente uma preocupação crescente em criar e garantir instrumentos de debate que permitam à população participar da formulação de políticas públicas com a finalidade principal de assegurar que os anseios da sociedade sejam satisfeitos.

A partir de esclarecimentos preliminares acerca das definições de regulação e de agências reguladoras, este artigo tem a finalidade de

[707] Advogado militante nas áreas do Direito Empresarial Público e do Direito Eleitoral e Partidário. Doutorando em "Direito Econômico e Socioambiental" pela PUC-PR. Mestre em "Organizações e Desenvolvimento" pela UNIFAE – Centro Universitário. MBA em "Direito da Economia e da Empresa" pela Fundação Getúlio Vargas. Pós-graduado em "Direito Tributário Contemporâneo" pela Faculdade de Direito de Curitiba. Presidente da Comissão de Direito Econômico da OAB-PR. Membro da Academia Paranaense de Direito e Economia – ADEPAR. Sócio da De Figueiredo Demeterco Sociedade de Advogados.

examinar se o aparato regulatório do Estado brasileiro possui mecanismos reais de concreta participação popular para o devido aliciamento das escolhas e preferências sociais que se encontram de forma difusa na sociedade.

A intenção será verificar se efetivamente a participação popular é relevante no processo de tomada de decisões sobre o conteúdo da regulação e na implantação de políticas públicas pelas agências reguladoras, dando-se especial destaque à Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL).

Para tanto, serão analisadas a legitimidade e as regras procedimentais de confecção das normas e políticas públicas regulatórias, bem como os mecanismos de participação postos a disposição da sociedade pela legislação vigente e em que grau o debate popular influencia o processo de tomada de decisões.

2. Definição de regulação

Atualmente a lógica econômica tem exercido forte influência na definição das políticas públicas, na maneira de se enfrentar crises, bem como na forma com que o Estado elabora suas estratégias de desenvolvimento.

A análise econômica do direito, comum entre os norte-americanos, está cada vez mais se expandindo e arrebanhando seguidores no Brasil, ao mesmo tempo em que o Estado tem intensificado e aperfeiçoado sua atuação regulatória, criando novos instrumentos e instituições.[708]

A chamada primeira onda de regulação estatal, que aconteceu por volta dos anos 1930 com o *New Deal* norte-americano, surgiu na esfera

[708] SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. *In*: _____ (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 18.

econômica e tinha como objetivo corrigir as deficiências do mercado, agravadas com a crise advinda da quebra da bolsa de valores de *New York* em 1929. E, entre os anos 1945 e 1965, veio a segunda onda regulatória, desta vez para amenizar os efeitos indesejados do mercado nas áreas social e ambiental.

Ou seja, a intervenção indireta do Estado por meio da regulação pode se dar com objetivos claramente econômicos ou também com finalidades diversas. E essa forma de intervenção pode atingir tanto os setores exclusivamente públicos ou privados, como os de reserva estatal explorados por particulares.

Em sua essência a regulação é uma atividade com natureza de monitoramento, pois o Estado, utilizando-se de mecanismos de intervenção indireta, estabelece alguns limites à independência que os particulares têm de tomar decisões sobre objetivos e procedimentos.[709]

É, também, uma atividade de caráter finalístico, uma vez que visa por em prática regras para assegurar o desempenho equilibrado das relações socioeconômicas, bem como para que este desempenho esteja em consonância com objetivos públicos.[710]

A ação regulatória do Estado só será legítima quando destinada à primazia do interesse público. No Brasil, inclusive, a Constituição dispõe que a dignidade da pessoa humana deve direcionar a atividade regulatória.

A razão de ser da regulação vem da necessidade do Estado de indiretamente intervir de forma precisa e permanente na organização socioeconômica por meio de instrumentos de autoridade, bem como da

[709] JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 30.
[710] MASTRANGELO, Claudio. *Agências reguladoras e participação popular*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 24.

vontade de delegar certa autonomia a essa autoridade em face da estrutura tradicional do poder político.[711]

Portanto, pode-se dizer que a regulação se traduz na freqüente e ordenada intervenção indireta do Estado sobre a atividade socioeconômica dos agentes públicos e privados, com o objetivo de por em prática políticas públicas e de realizar direitos fundamentais.[712]

A intervenção estatal indireta na modalidade de regulação pode se dar pela transferência da administração ou execução de serviços públicos à iniciativa privada, bem como pelo exercício do poder polícia, ou seja, pela função do Estado de repreender práticas particulares objetivando garantir a ordem pública.

Os principais ícones de um sistema regulatório são as chamadas agências reguladoras que, no Brasil, podem ser definidas como autarquias especiais criadas por lei para possibilitar a intervenção indireta do Estado na economia, possuindo atribuição para regular um segmento específico, com poderes de natureza normativa e para dirimir conflitos entre particulares, bem como sujeitas a um regime jurídico capaz de lhes garantir independência ante a Administração Pública central.[713]

3.Agências reguladoras brasileiras

Como já mencionado antes, no Brasil a agência reguladora pode ser definida como uma autarquia especial criada por lei para possibilitar a intervenção indireta do Estado na economia, possuindo atribuição para regular um segmento específico, com poderes de natureza normativa e

[711] SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. *In*: _____ (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 19

[712] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 447

[713] JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 344

para dirimir conflitos entre particulares, bem como sujeita a um regime jurídico capaz de lhe garantir independência ante a Administração Pública central.[714]

Mattos destaca ainda como peculiaridades importantes das agências reguladoras brasileiras: a) o fato de suas decisões serem tomadas por órgãos colegiados; b) a sua autonomia decisória; c) o seu poder normativo; e, por último, d) a sua obrigação de criar e colocar em prática regras procedimentais que possibilitem a participação popular no processo de tomada de decisões sobre o conteúdo da regulação.[715]

No Brasil as agências reguladoras têm a tarefa de organizar setores fundamentais da infra-estrutura econômica, e, para tanto, editam normas, fiscalizam, aplicam sanções, resolvem disputas entre empresas, bem como decidem sobre reclamações de consumidores, além de gozarem de autonomia estrutural em relação ao Poder Executivo e de suas decisões não serem alteradas pela Administração Pública central.[716]

É importante destacar, como bem lembrou Marques Neto, que agência reguladora não é sinônimo de privatização, uma vez que a regulação pode ser exercida em todos os setores, não só nos privatizados.[717]

O termo agência reguladora, utilizado pelo legislador brasileiro, é originário dos Estados Unidos da América (EUA), o que tem ocasionado protestos de alguns doutrinadores que acreditam que tais entidades são

[714] JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 344.
[715] MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Agências reguladoras e democracia: participação pública e desenvolvimento. *In*: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 183
[716] FRÓES, Fernando. Infra-estrutura e serviços públicos: princípios da regulação geral e econômica. *In*: CARDOSO, José Eduardo Martins, QUEIROZ, João Eduardo Lopes, SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Orgs.). *Curso de direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006, v. I, p. 516-517.
[717] Marques Neto, 2005, p.03.

incompatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro por serem próprias do direito anglo-saxão. No entanto, as agências reguladoras nada têm de específicas à *common law*, até porque, foram, inclusive, adotadas em países como a França, de tradição europeia continental.[718]

A regulação é uma característica de modelos econômicos em que o Estado não exerce diretamente a atividade empresarial, mas nela intervém por meio de mecanismos de autoridade. Ou seja, a regulação não é uma peculiaridade de determinado sistema jurídico, mas sim uma opção de política econômica.[719]

Muito mais do que com o norte-americano, o processo brasileiro de implementação das agências reguladoras se identifica com o sistema europeu continental, que enfrenta desafios comuns aos do Brasil, como a desestatização, bem como a desregulação e a implantação e defesa da concorrência.

A independência das agências reguladoras, tanto financeira quanto administrativa, garantida pelo legislador brasileiro, tem por objetivo, retoricamente, destacar o desejo de que essa entidade seja autônoma em relação ao Poder Executivo, que atue de forma imparcial, bem como não esteja sujeita a pressões políticas e/ou econômicas.[720]

Ressalta-se que no Brasil a outorga de autonomia às agências reguladoras pretendia, inicialmente, dar segurança aos investidores estrangeiros, atraindo-os para a compra de ativos estatais. O que, é importante lembrar, não implicou em imunidade absoluta, pois todos os atos administrativos estão sujeitos à eventual apreciação do Poder

[718] SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. *In*: _____ (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 23

[719] SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. *In*: _____ (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 23

[720] SANTOS, Nelson Garcia Pereira dos. Regulação de serviços públicos. *In*: SOUTO, Marcos Juruena Villela, MARSHALL, Carla C. (Coords.). *Direito empresarial público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 229

Judiciário, da mesma forma que as contas dos entes reguladores são submetidas à fiscalização dos Tribunais de Contas.

A autonomia financeira das agências reguladoras é assegurada pelo recebimento de numerário proveniente da cobrança de taxas e de preços públicos em razão da natureza de suas atribuições.[721]

A estabilidade dos dirigentes é a garantia da autonomia administrativa das agências reguladoras, e o modelo utilizado tem sido o de estabelecer mandatos fixos, não coincidentes com o do Chefe do Poder Executivo, após prévia aprovação pelo Poder Legislativo, ou seja, uma vez nomeado o dirigente exerce seu mandato sem a possibilidade de ser exonerado a qualquer tempo. A perda do cargo só será possível em casos de grave falta funcional apurada após o devido processo administrativo, no qual tenha sido assegurado o direito à ampla defesa ao acusado.[722]

Sendo as agências reguladoras autarquias ligadas à Administração Pública indireta, em tese, sua autonomia estaria comprometida. Contudo, segundo Sundfeld, o problema deve ser encarado de maneira diversificada, haja vista que existem agências com maior ou menor grau de ingerência do Poder Executivo. Até porque a Constituição brasileira impõe uma certa ligação entre os entes reguladores e o Poder Executivo, na medida em que obriga a supervisão administrativa deste em relação àqueles.[723]

---

[721] SANTOS, Nelson Garcia Pereira dos. Regulação de serviços públicos. *In*: SOUTO, Marcos Juruena Villela, MARSHALL, Carla C. (Coords.). *Direito empresarial público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 229.

[722] SANTOS, Nelson Garcia Pereira dos. Regulação de serviços públicos. *In*: SOUTO, Marcos Juruena Villela, MARSHALL, Carla C. (Coords.). *Direito empresarial público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 229

[723] SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. *In*: _____ (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 26.

Com relação à natureza autárquica das agências reguladoras, cumpre ressaltar que o Supremo Tribunal Federal (STF) quando do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade (ADIN) de n.º 1717-6 ao entender que a natureza da personalidade é fator fundamental para que um ente possa exercer poderes de autoridade pública, motivou o legislador federal, com o objetivo de evitar futuros questionamentos perante o Poder Judiciário, a enquadrar as agências reguladoras no gênero autarquias, que é uma das organizações da Administração Pública indireta e que, principalmente, possui personalidade de direito público.[724]

Já o poder normativo das agências reguladoras, ao contrário do que pensam alguns doutrinadores, não significou uma usurpação da função legislativa, uma vez que o Poder Legislativo tem editado leis com alto grau de abstração e generalidade, e que não atendem aos novos padrões da sociedade que exigem normas mais diretas e específicas. Tal panorama justificou a competência normativa das agências reguladoras, acarretando no aprofundamento da atuação normativa do Estado. Mas, é importante destacar, que, apesar de constitucionalmente garantido, o poder normativo das agências reguladoras não sugere a edição de regulamentos autônomos, porque esse poder deve ser exercido com base legal.[725]

No tópico a seguir a questão sobre o poder normativo das agências reguladoras será novamente discutida, abordando-se inclusive as formas de se conferir legitimidade às normas reguladoras editadas, ponto fundamental do raciocínio desenvolvido neste artigo.

[724] SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. *In*: _____ (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 26.
[725] MASTRANGELO, Claudio. *Agências reguladoras e participação popular*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 68.

4. Legitimidade, regras procedimentais e consenso

Feitos os esclarecimentos iniciais acerca das definições de regulação e de agências reguladoras, é importante destacar, mais uma vez, que, contemporaneamente, é crescente a apreensão em assegurar mecanismos de debate público que possibilitem à participação popular identificar as decisões da Administração Pública e suas políticas públicas com os anseios da sociedade.

Tornar a democracia mais democrática por meio da participação, conforme destacou Canotilho, implica em incrementar a ingerência popular no processo de tomada de decisões.[726] Sendo que a participação para ser considerada democrática deve ser livre, e deve ser posta em prática mediante regras procedimentais pré-estabelecidas e acessíveis a todos, valendo o princípio da maioria nos casos de necessidade de tomada de decisão.[727]

A idéia de participação popular é aqui identificada com o conceito de *público participativo*, entendido como cidadãos organizados que objetivam a inclusão socioeconômica e política por meio do debate público, do enaltecimento da transparência e da responsabilização, bem como da colocação em prática de suas escolhas e preferências.[728]

A prática administrativa, tradicionalmente, representa a expressão da vontade da Administração Pública e decorre do exercício da própria hegemonia desta. Sendo que a constituição dessa vontade, para ter validade, sempre esteve correlacionada com o objetivo final da

[726] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993, p. 426.

[727] UGARTE, Pedro Salazar. Que participação para qual democracia? *In*: COELHO, Vera Schattan P., NOBRE, Marcos (Orgs.). *Participação e deliberação*: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo. 1. ed. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 96

[728] WAMPLER, Brian, AVRITZER, Leonardo. Trad. Roberto Pires. Públicos participativos: sociedade civil e novas instituições no Brasil democrático. *In*: COELHO, Vera Schattan P., NOBRE, Marcos (Orgs.). *Participação e deliberação*: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo. 1. ed. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 215.

Administração Pública, ou seja, com a realização do bem comum submetida ao cumprimento de certos métodos.

No entanto, a tendência contemporânea é a de incluir também a participação popular como elemento legitimador da prática administrativa, o que ressalta a importância da legislação que trata das agências reguladoras brasileiras e, em especial, da ANATEL, que explicitamente prevê a participação da população no processo de produção de normas reguladoras por meio de regras procedimentais em mecanismos como as audiências e consultas públicas.

Apesar das críticas realizadas à eventual ilegitimidade desse poder normativo das agências reguladoras ante a ausência de investidura política democrática de seus quadros, Moreira Neto acertadamente defende que as mesmas são entes com atribuições administrativas e não políticas, mas que, da mesma forma, buscam legitimidade na sociedade, só que por meio de regras procedimentais, as quais, pela publicidade, pela intervenção, pelo contraditório e pela ampla defesa, asseguram a participação dos interessados no processo de tomada de decisões.[729]

A produção normativa pelas agências reguladoras não significa uma usurpação da função legislativa, uma vez que o Poder Legislativo edita leis com alto grau de abstração e generalidade, e que não atendem aos novos padrões da sociedade, que exigem normas mais diretas e específicas. Tal panorama também justifica a competência normativa das agências reguladoras, acarretando, como dito anteriormente, no aprofundamento da atuação normativa do Estado.

Destaca-se que o processo de produção normativa nas agências reguladoras, o qual por meio de regras procedimentais deve garantir a

[729] MOREIRA NETO. *Direito regulatório*: a alternativa participativa e flexível para a administração pública das relações setoriais complexas no Estado democrático. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 156.

participação popular, pode ser examinado sob três aspectos fundamentais: a) a regularidade formal, referente aos prazos, publicações, intimações, entre outros; b) a regularidade substancial, relativa ao conteúdo das regras procedimentais, notadamente à regra oficialmente publicada; e, por último, c) os motivos definidores, ou seja, a relação motivadora apresentada pelo ente regulador no momento da aceitação ou desaprovação das contribuições populares.[730]

A participação popular, sem dúvida, confere legitimidade às práticas da Administração Pública. Porém, convém ressaltar, que para a realização do bem comum, que representa o objetivo final da Administração Pública, não é apenas suficiente a adequação das práticas administrativas à legalidade, porque a própria participação popular intensifica a obrigatória observância dos princípios da razoabilidade e da eficiência.[731] Da mesma forma, que, apesar de constitucionalmente garantido, o poder normativo das agências reguladoras não sugere a edição de regulamentos autônomos, porque esse poder deve ser exercido com base legal.

Contudo, é possível verificar um progresso com relação ao princípio do consenso na Administração Pública, o qual preconiza a participação popular por meios de regras procedimentais nos debates de assuntos de interesse público, procurando sempre se chegar a uma uniformidade de posições.

O consenso encorpa a transparência e a moralidade das práticas administrativas porque torna conhecida a identidade das partes envolvidas na conciliação e impede eventuais insinuações sobre a

[730] MOREIRA, Egon Bockmann. Agências reguladoras independentes, déficit democrático e a Elaboração Processual de Normas. *In*: _____, CUÉLLAR, Leila (Orgs.). *Estudos de direito econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 204.

[731] MASTRANGELO, Claudio. *Agências reguladoras e participação popular*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 99.

honestidade do procedimento, da mesma forma que garante mais estabilidade às relações administrativas ao maximizar a segurança jurídica quando soluciona antecipadamente divergências.

É importante esclarecer que a participação popular mediante de regras procedimentais não visa obrigatoriamente o consenso, mas sim incorporar e controlar possíveis insatisfações sociais ao oportunizar a inclusão popular no debate sobre assuntos que interessam a todos.

Um bom exemplo de regras procedimentais em matéria regulatória que efetivamente oportunizam a participação popular em temas de interesse geral é o das agências norte-americanas, cuja produção normativa, conforme dispõe a Lei de Processo Administrativo dos EUA (1946), o *Administrative Procedural Act (APA)*, exige um procedimento participativo, perceptivo e lógico. Participativo, no sentido de se permitir aos interessados a apresentação por escrito de suas posições e justificativas; perceptivo, pois a participação deve incluir a todos cuja norma em debate, potencialmente, pode afetar; e lógico, uma vez que as agências devem demonstrar a relevância da norma produzida com os componentes captados na fase de participação popular e com o propósito normativo.[732]

5.Mecanismos de participação popular

Tratar de mecanismos de participação popular na Administração Pública obrigatoriamente demanda a procura por recursos que permitam à população interferir de maneira efetiva na concretização das atribuições do Estado.[733]

[732] MASTRANGELO, Claudio. *Agências reguladoras e participação popular*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 100.

[733] SANTOS, André Luiz Lopes dos, CARAÇATO, Gilson. A consensualidade e os canais de democratização da Administração Pública. *In*: CARDOSO, José Eduardo Martins, QUEIROZ, João

É possível classificar os mecanismos de participação popular na Administração Pública em: a) legislativos: que permitem a ingerência da população no processo de confecção de normas do Estado por meio, por exemplo, do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular; b) judiciais: que possibilitam a interferência popular na atividade judicial do Estado com a finalidade de defender interesses coletivos, o que é possível com a utilização de instrumentos como, por exemplo, a ação civil pública, a ação popular e a ação direta de inconstitucionalidade; e, por último, c) administrativos: que são regras procedimentais que captam e incluem de maneira ágil, efetiva e não burocrática na estrutura da gestão pública as escolhas e preferências sociais.[734]

Tendo em vista que este artigo trata de participação popular e políticas públicas no âmbito da ação regulatória do Estado, é pertinente tão-somente o exame dos mecanismos administrativos de participação popular na Administração Pública, e destes apenas os que se referem exclusivamente aos setores regulados, especificamente as consultas e audiências públicas utilizadas pelas agências reguladoras brasileiras, o que será feito no tópico a seguir.

6. Consultas e audiências públicas

No âmbito regulatório a consulta pública é uma espécie de mecanismo administrativo de participação popular na Administração Pública no que se refere à produção normativa das agências reguladoras brasileiras de prestação de serviços públicos.

O precedente da consulta pública no direito estrangeiro são as chamadas enquetes, que são uma modalidade de participação

Eduardo Lopes, SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Orgs.). *Curso de direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006, v. I, p. 811.

[734] Santos e Caraçato, 2006, p. 811.

constituída em um procedimento de obtenção de informações junto à população sobre temas de interesse público.[735]

Apesar de ser um mecanismo muito comum na França e nos países de tradição anglo-saxônica, no Brasil pode-se verificar a enquete, embora de forma isolada, em alguns debates públicos realizados pelo Estado e/ou pela sociedade civil organizada.[736]

As informações obtidas por meio de enquetes possibilitam à Administração Pública a cooptação das preferências e escolhas sociais que se encontram esparsas na sociedade, o que fornece elementos para que as decisões estatais possam ter maior identidade com os anseios da população, da mesma forma que incrementam a legitimidade das práticas administrativas.[737]

Instituto com a mesma finalidade que as enquetes, porém mais amplo, a consulta pública possibilita aos atingidos pela ação regulatória do Estado, formalmente e por escrito, exprimir os seus interesses e apresentar suas razões favoráveis ou contrárias ao cabimento da norma reguladora a ser eventualmente publicada, influenciando, dessa maneira, nos rumos da regulação. No entanto, essa ingerência popular deve seguir determinadas regras procedimentais que são controláveis.[738]

A legislação específica das agências reguladoras brasileiras determina que a confecção normativa deve obrigatoriamente ser

[735] DI PIETRO. Participação popular na Administração Pública. *Revista Trimestral de Direito Público – RTDP*. São Paulo: Malheiros, 1/127, 1993, p. 134.
[736] DI PIETRO. Participação popular na Administração Pública. *Revista Trimestral de Direito Público – RTDP*. São Paulo: Malheiros, 1/127, 1993, p. 135.
[737] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da Administração Política*: legislativa, administrativa, judicial (fundamentos e técnicas constitucionais de legitimidade). Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 125.
[738] MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Regulação econômica e social e participação pública no Brasil. *In*: COELHO, Vera Schattan P., NOBRE, Marcos (Orgs.). *Participação e deliberação*: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo. 1. ed. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 320-321.

precedida por um procedimento de consulta popular sobre o rascunho da futura norma. Exemplo disso, como se verá adiante, é o estabelecido no artigo 42 da Lei de n.º 9.472/97 (Lei Geral das Telecomunicações) com relação à ANATEL.

Da mesma forma que a consulta pública, a audiência pública tem precedentes estrangeiros, como o sistema de planejamento urbano da Inglaterra e, nos EUA, o *right to a fair hearing*, direito a uma audiência justa.[739]

No Brasil, no que se refere à regulação, a audiência pública é um relevante mecanismo administrativo de participação popular na Administração Pública destinado à fiscalização do cumprimento de políticas públicas nos setores regulados e à solução de divergências.[740]

A audiência pública se constitui em um procedimento aberto aos interessados, oportunizando mediante debates orais a expressão das escolhas e preferências sociais aptas a auxiliar o Estado na tomada de decisões majoritariamente consensuais.[741]

O que essencialmente distingue consulta pública e audiência pública é que a realização desta última não é obrigatória, dependendo para tanto do exame, pelo ente regulador, da sua pertinência e necessidade no caso específico.

---

[739] MASTRANGELO, Claudio. *Agências reguladoras e participação popular*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 118.

[740] MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Regulação econômica e social e participação pública no Brasil. *In*: COELHO, Vera Schattan P., NOBRE, Marcos (Orgs.). *Participação e deliberação*: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo. 1. ed. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 321.

[741] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da Administração Política*: legislativa, administrativa, judicial (fundamentos e técnicas constitucionais de legitimidade). Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 129.

7. Pariticpação popular na ANATEL

O artigo 42 da Lei de n.º 9.472/97 estabelece que o rascunho de eventuais futuras normas reguladoras deverão ser submetidos pela ANATEL à consulta pública, sendo que as opiniões populares serão obrigatoriamente analisadas.

A consulta pública recebeu ainda regulamentação específica no Regimento Interno da ANATEL, o qual estatuiu que os temas importantes e os rascunhos das normas a serem editadas deverão ser submetidos à opinião pública em geral, cujas observações e propostas deverão ser apresentadas por escrito (Resolução n.º 197/99, artigo 45, *caput* e parágrafo 2º).

É oportuno destacar que, em se tratando especificamente de universalização de serviços públicos, cabe à ANATEL elaborar e propor ao Presidente da República o plano geral de metas de universalização dos serviços públicos de telecomunicações prestados sob regime jurídico público, sendo obrigatória a sujeição do plano à prévia consulta popular (Lei de n.º 9.472/97, artigos 18 e 19, inciso III).

Já com relação à audiência pública, o Regimento Interno da ANATEL estabelece que a sua finalidade é a de instaurar debates orais sobre assuntos do interesse de todos, com o objetivo de coletar as escolhas e preferências populares para subsidiar as decisões da agência reguladora, sendo, no entanto, opcional a apresentação formal e por escrito dessas contribuições (Resolução n.º 197/99, artigos 42 e 43, parágrafo único).

Na realidade, conforme ressaltou Mastrangelo, a ANATEL prefere harmonizar os dois institutos no mesmo procedimento administrativo,

sendo a audiência pública utilizada para contribuir na definição do tema que será objeto da consulta pública.[742]

8. Déficit democrático nas agências rguladoras

Quando se tem como pressuposto a idéia de inclusão da população no processo de tomada de decisões como elemento legitimador da ação regulatória do Estado, não é suficiente apenas a verificação da existência ou não de regras procedimentais decisórias, bem como se as mesmas são ou não efetivamente utilizadas. É preciso também que seja examinado de que maneira a definição do conteúdo da regulação foi realmente debatido e influenciado, e, principalmente, se a participação popular se deu de forma racional e com simetria de informações.

Conforme Mattos, o processo de tomada de decisões sobre o conteúdo da regulação deve necessariamente contar com uma participação popular substantiva, cujas escolhas e preferências devem efetivamente ser consideradas pela agência reguladora. O que, diga-se, pode ser alcançado: a) com regras procedimentais que possibilitem o exercício da argumentação e contra-argumentação pela população, expandindo o debate acerca das razões e resultados desejados no conteúdo da futura norma reguladora; b) com a obrigatoriedade de justificação pela diretoria da agência reguladora do rumo tomado na definição do conteúdo final da norma, inclusive apresentando os motivos da adoção ou não de contribuições populares; e, por último, c) com a realização de audiências e consultas públicas no mesmo procedimento

[742] MASTRANGELO, Claudio. *Agências reguladoras e participação popular*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 124.

administrativo, possibilitando a instauração de debates no decurso do prazo de discussão sobre o rascunho da futura norma reguladora.[743]

Nesse contexto, pode-se dizer que, em tese, a consulta e a audiência públicas são mecanismos administrativos que possibilitam a influência popular acerca do conteúdo das normas reguladoras, pois permitem por meio de regras procedimentais que os atingidos pela regulação do Estado exprimam e consignem suas escolhas e preferências.[744]

Segundo destacou Moreira, qualquer rompimento no contorno democrático do processo de tomada de decisões públicas implica na procura de novos meios de legitimação. Com relação às agências reguladoras brasileiras, ante a ausência de investidura política democrática de seus membros, a solução apresentada tem sido essencialmente a combinação do conhecimento técnico com o cumprimento de certas regras procedimentais que permitam a participação popular no processo de tomada de decisões normativo-regulatórias.[745]

No entanto, na prática, apesar de se oportunizar a participação, esta geralmente é restrita às camadas privilegiadas da sociedade e versa quase sempre sobre assuntos discricionariamente estabelecidos pelas próprias agências reguladoras.

---

[743] MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Regulação econômica e social e participação pública no Brasil. *In*: COELHO, Vera Schattan P., NOBRE, Marcos (Orgs.). *Participação e deliberação*: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo. 1. ed. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 322-323.

[744] MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Regulação econômica e social e participação pública no Brasil. *In*: COELHO, Vera Schattan P., NOBRE, Marcos (Orgs.). *Participação e deliberação*: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo. 1. ed. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 320.

[745] MOREIRA, Egon Bockmann. Agências reguladoras independentes, déficit democrático e a Elaboração Processual de Normas. *In*: _____, CUÉLLAR, Leila (Orgs.). *Estudos de direito econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 185-186.

No Brasil não existe uma solução uniforme sobre as consultas e audiências públicas entre as agências reguladoras. Na ANATEL, não obstante todos os rascunhos de atos normativos serem submetidos à prévia consulta pública, a competência decisória final é exclusiva de sua diretoria.

E a ausência de colaboração popular não frustra a edição da norma, ou seja, a participação da população no procedimento não é requisito de validade, uma vez que a real contribuição no processo de produção de normas nas agências reguladoras é apenas circunstancial e não fundamental. Sendo que em casos de ausência de colaboração o procedimento é legitimado internamente, mediante decisão normativa unilateral dos órgãos colegiados competentes.[746]

Sem falar que no caso da audiência pública a sua realização não é obrigatória, dependendo para tanto do exame, pelo ente regulador, da sua pertinência e necessidade no caso específico.[747]

Portanto, o que se prioriza na atual sistemática da regulação brasileira é a potencialidade democrática do procedimento de produção normativa e não a busca pela sua efetividade democrática.

O processo de elaboração das normas das agências reguladoras brasileiras quase sempre é restrito e envolve estratos sociais flagrantemente privilegiados, e que tendem a defender somente os seus próprios interesses.

E uma das causas disso é que as formas de divulgação das consultas e audiências públicas, que se dão por meio do Diário Oficial,

[746] MOREIRA, Egon Bockmann. Agências reguladoras independentes, déficit democrático e a Elaboração Processual de Normas. *In*: _____, CUÉLLAR, Leila (Orgs.). *Estudos de direito econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 192.

[747] MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Regulação econômica e social e participação pública no Brasil. *In*: COELHO, Vera Schattan P., NOBRE, Marcos (Orgs.). *Participação e deliberação*: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo. 1. ed. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 321.

de jornais de grande circulação e da *internet*, quase sempre não alcançam as outras camadas da população.

O Diário Oficial é o instrumento de menor repercussão popular, enquanto que os jornais de grande circulação, apesar do grande alcance que proporcionam, geralmente publicam pequenos editais que na maioria das vezes fazem referência aos endereços físicos e/ou eletrônicos dos entes reguladores.

Na prática a *internet* é o meio de maior repercussão junto à população, contudo, ela traz à tona o problema da exclusão digital na medida em que somente pessoas com acesso aos aparelhos necessários, com dinheiro e conhecimento técnico, conseguem ter ciência e participar das consultas e audiências públicas.[748]

As regras procedimentais a serem seguidas na produção normativa garantem transparência às ações das agências reguladoras, no entanto, essa produção, quase sempre, não é fruto da participação popular legitimadora, mas sim da institucionalização da captura dos entes reguladores pelos agentes econômicos regulados.[749]

A própria rapidez na tomada de decisões, que inclusive é uma particularidade importante que justifica a existência das agências reguladoras, representa maior quantidade de normas, menos debates, menos participação e, conseqüentemente, menos legitimidade

[748] MOREIRA, Egon Bockmann. Agências reguladoras independentes, déficit democrático e a Elaboração Processual de Normas. *In*: _____, CUÉLLAR, Leila (Orgs.). *Estudos de direito econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 194.

[749] MOREIRA, Egon Bockmann. Agências reguladoras independentes, déficit democrático e a Elaboração Processual de Normas. *In*: _____, CUÉLLAR, Leila (Orgs.). *Estudos de direito econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 197.

democrática. Essa multiplicação normativa acaba por restringir o número de pessoas cientes das normas e de sua aplicação.[750]

É importante também destacar que a produção normativa das agências reguladoras, além de oriunda da democrática participação popular legitimadora efetivada por regras procedimentais, baliza-se ainda por critérios essencialmente técnicos, o que representa uma tentativa de neutralizar eventuais pressões políticas e/ou econômicas.

Em tese, argumentos político-democráticos não são suficientes à eventual não implantação de uma decisão puramente técnica, da mesma forma que a participação dos interessados não possui efeitos vinculantes, pois pode ser afastada pela chamada discricionariedade técnica.

Logo, os óbices à efetiva participação popular nas agências reguladoras estariam: a) na definição das autoridades competentes e da matéria regulada; b) nas regras procedimentais a serem desenvolvidas; e, por último, c) na complicação técnica da decisão.[751]

É fácil concluir que, na medida em que a lei confere a um determinado agente uma série de ponderações complexas, seria difícil, senão impossível, a efetiva participação popular nas suas decisões.

Ou seja, a participação popular não tem se dado de forma racional e com simetria de informações.

É sabido que os indivíduos possuem habilidade limitada para lidar com suas escolhas e para obter informações. O grande dilema, portanto,

[750] MOREIRA, Egon Bockmann. Agências reguladoras independentes, déficit democrático e a Elaboração Processual de Normas. *In*: _____, CUÉLLAR, Leila (Orgs.). *Estudos de direito econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 198-199.

[751] MOREIRA, Egon Bockmann. Agências reguladoras independentes, déficit democrático e a Elaboração Processual de Normas. *In*: _____, CUÉLLAR, Leila (Orgs.). *Estudos de direito econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 202.

está em justamente encontrar uma forma de garantir que essa participação popular acarrete na melhor decisão para todos.

9. Conclusões

Possibilitar a participação popular é a maneira mais eficiente para o Estado cooptar as opções sociais que deverão determinar as diretrizes de qualquer estratégia de ação regulatória do Estado e de idealização e implantação de políticas públicas.

E para isso a idéia de democracia e liberdade é essencial, porque quando o processo de tomada de decisões socioeconômicas se der de forma mais participativa e envolvendo interesses distintos, os resultados se inclinam para uma maior satisfação social. Ou seja, a participação popular acaba por se tornar um importante elemento legitimador da ação do Estado, uma vez que incorpora e controla as possíveis insatisfações sociais ao oportunizar a inclusão da população no debate sobre assuntos de interesse coletivo, além de possibilitar à Administração Pública identificar suas estratégias com os anseios da sociedade, propiciando, dessa forma, a sustentabilidade de suas políticas públicas.

Nesse sentido, é possível constatar avanços quando se fala em agências reguladoras. Porém, na prática, como visto, verifica-se um verdadeiro déficit democrático que acaba por comprometer a legitimidade das normas regulatórias, sem falar que o procedimento existente não se preocupa em mitigar a racionalidade limitada dos indivíduos ou a assimetria informacional entre os agentes, o que coloca emrisco a eficiência das políticas públicas nos setores regulados.

10. Referências

BRASIL. ANATEL. Resolução n.º 197, de 16 de dezembro de 2000. Aprova o Regimento Interno da Agência Nacional de Telecomunicações. Disponível em: <http://www.iob.com.br/jurissinteseiob.> Acesso em: 23.08.2010.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.iob.com.br/jurissinteseiob.> Acesso em: 23.08.2010.

_____. Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional n.º 8, de 1995. Disponível em: <http://www.iob.com.br/jurissinteseiob.> Acesso em: 23.08.2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

DI PIETRO. Participação popular na Administração Pública. Revista Trimestral de Direito Público – RTDP. São Paulo: Malheiros, 1/127, 1993.

FRÓES, Fernando. Infra-estrutura e serviços públicos: princípios da regulação geral e econômica. In: CARDOSO, José Eduardo Martins, QUEIROZ, João Eduardo Lopes, SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Orgs.). Curso de direito administrativo econômico. São Paulo: Malheiros, 2006, v. I, p. 509-640.

JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras independentes. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulamentação dos serviços públicos. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador, n. 1, p. 01-18, fev./mar./abr. 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br.>

MASTRANGELO, Claudio. Agências reguladoras e participação popular. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Agências reguladoras e democracia: participação pública e desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). Regulação e desenvolvimento. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 182-230.

_____. Regulação econômica e social e participação pública no Brasil. In: COELHO, Vera Schattan P., NOBRE, Marcos (Orgs.). Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo. 1. ed. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 313-342.

MOREIRA, Egon Bockmann. Agências reguladoras independentes, déficit democrático e a Elaboração Processual de Normas. In: _____, CUÉLLAR, Leila (Orgs.). Estudos de direito econômico. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 161-206.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direito da Administração Política: legislativa, administrativa, judicial (fundamentos e técnicas constitucionais de legitimidade). Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

_____. Direito regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública das relações setoriais complexas no Estado democrático. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SANTOS, André Luiz Lopes dos, CARAÇATO, Gilson. A consensualidade e os canais de democratização da Administração Pública. In: CARDOSO, José Eduardo Martins, QUEIROZ, João Eduardo Lopes, SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Orgs.). Curso de direito administrativo econômico. São Paulo: Malheiros, 2006, v. I, p. 791-838.

SANTOS, Nelson Garcia Pereira dos. Regulação de serviços públicos. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela, MARSHALL, Carla C. (Coords.). Direito empresarial público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 215-231.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: _____ (Coord.). Direito administrativo econômico. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 17-38.

UGARTE, Pedro Salazar. Que participação para qual democracia? In: COELHO, Vera Schattan P., NOBRE, Marcos (Orgs.). Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo. 1. ed. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 93-106.

WAMPLER, Brian, AVRITZER, Leonardo. Trad. Roberto Pires. Públicos participativos: sociedade civil e novas instituições no Brasil democrático. In: COELHO, Vera Schattan P., NOBRE, Marcos (Orgs.). Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo. 1. ed. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 210-238.

A Eficácia Econômica da Tributação Aduaneira do Mercosul: a relação entre direito e economia na análise da tributação aduaneira do Mercosul

Mirian Campos Moraes Silva[752]

Mauricio Vaz Lobo Bittencourt[753]

O "primo vivere, deinde philosophari", antes viver e depois filosofar, é, a bem ver, um enunciado de Filosofia existencial, reconhecendo a ordem de urgência com que devem ser atendidas as necessidades ligadas a nossa estrutura corpórea (REALE, 1993, p. 20).[754]

Sumário: 1. Introdução; 2. Integração Econômica e Tributação Aduaneira no Mercosul; 3. Critérios de Avaliação da Eficácia; 3.1 Criação e Desvio de Comércio e Integração Regional; 3.2 Outros Benefícios Obtidos com os Blocos Regionais; 3.3 A Teoria do Segundo Melhor; 3.4 Situações de Maior Probabilidade de Aumento do Bem-estar; 4. Testes Empíricos; 4.1 Análise dos Resultados; 4.2 Resultados Econométricos; 4.3 Análise da Regressão dos Fluxos de Comércio Agregado; 4.4 Análise da Regressão dos Fluxos de Comércio de Produtos Primários; 4.5 Análise da Regressão dos Fluxos de Comércio de Produtos Manufaturados; 4.6 Análise da Regressão dos Fluxos de Comércio de Combustíveis; 4.7 Análise da Regressão dos Fluxos de Comércio de Produtos Químicos; 5. Conclusão; 6. Referências.

1. Introdução

[752]Graduada em Direito (PUC-PR) e em Ciências Econômicas (UFPR).

[753] Professor do Departamento de Economia e do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Econômico (PPGDE) da Universidade Federal do Paraná (UFPR).

[754] REALE. Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 20.

O ser humano possui uma gama infinitamente ampla e diversificada de necessidades, as quais se deparam com um espectro limitado e escasso de recursos econômicos. Essa problemática constitui o elemento central e a razão de ser das Ciências Econômicas, que se dedicam ao estudo da alocação de recursos, da produção e da justa distribuição dos bens úteis ou indispensáveis à vida do ser humano. De acordo com a concepção marxista de materialismo histórico, o sistema econômico é a base que fundamenta todas as relações sociais, e as relações de produção são determinantes das instituições jurídicas e políticas.

Ressalvada a importância do materialismo histórico, nosso entendimento coaduna-se com a visão de Reale[755] de que não se pode conceber um sistema econômico independente do Direito. O que ocorre, na realidade, é uma relação dialética entre Economia e Direito: ao mesmo tempo em que um modo de produção determina a criação do sistema jurídico, esse sistema jurídico condiciona as relações econômicas do modo de produção.

O Direito Tributário tem papel de destaque nessa inter-relação, uma vez que a política fiscal constitui instrumento essencial de política econômica. Políticas fiscais contracionistas (aumento da carga tributária) e expansionistas (redução da carga tributária) são capazes de interferir diretamente no nível de produto e de renda de uma economia. Além disso, os tributos de caráter extrafiscal (cujo objetivo principal é não arrecadatório) funcionam como meios reguladores de mercado, a exemplo dos impostos de importação e exportação, que podem ser utilizados para controlar os fluxos de comércio com o exterior. Outras vezes, incentivos fiscais são utilizados para estimular o desenvolvimento de determinadas atividades econômicas ou regiões geográficas do país,

[755] REALE. Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

como ocorre na Zona Franca de Manaus e nas Áreas de Livre Comércio da região Norte.

Nos blocos regionais, a norma tributária é particularmente importante, pois é ela que concretiza a aproximação comercial entre os países – a partir da desgravação tarifária –, que é o passo inicial de qualquer processo de integração.[756]

Podemos dizer que o papel da norma jurídica nos processos de integração econômica entre países evidencia a relação dialética entre Direito e Economia: as necessidades econômicas levam à aproximação dos países, que se concretiza por meio de normas jurídicas, as quais buscam direcionar a atuação dos agentes em vista da consecução dos objetivos econômicos.

A partir dessa compreensão, surgiu nosso interesse de analisar a efetividade da tributação aduaneira do Mercosul, no sentido de verificar se as normas tributárias do bloco, juridicamente eficazes, são também eficazes do ponto de vista econômico. Caso contrário, a norma jurídica estaria desvirtuando os objetivos do processo de integração, em vez de promovê-los.

A mensuração dos impactos econômicos de uma norma não é tarefa fácil. No caso em questão, tomamos por base a teoria de Viner sobre criação e desvio de comércio e realizamos uma análise econométrica para verificar, empiricamente, os impactos do Mercosul sobre o comércio dos Estados-partes. Antes disso, apresentamos um

[756] Na década de 1960, o economista húngaro Bela Balassa classificou as fases do processo de integração tributária, segundo critérios crescentes de liberalização comercial e integração entre os países do bloco. São cinco as fases: zona de livre comércio, união aduaneira, mercado comum, união econômica e integração econômica total. A primeira delas pressupõe unicamente a eliminação das barreiras tributárias dentro do bloco, e todas as fases subsequentes partem desse ponto para um nível de integração mais avançado.

breve resumo do histórico e dos objetivos do processo de integração do Mercosul, apontando o papel da tributação aduaneira nesse contexto.

Nossa análise consiste no que se denomina "modelo exógeno de Política do Direito"[757], aquele que

> absorve os dados pertinentes fornecidos por outros campos do conhecimento científico, extrajurídicos, relacionando-os com o dado jurídico, com o propósito de formular proposições para a melhoria do sistema jurídico, respeitados os limites impostos pelo próprio ordenamento e pela necessidade de homogeneização de conhecimentos obtidos em distintas veredas da ciência.[758]

Destacamos, ainda, o entendimento de Marins[759] de que, embora seja amplamente reconhecida a proposta epistemológica de que o objeto da Ciência do Direito, em sentido estrito, consiste na ordem jurídica e, portanto, trata do Direito vigente, e não do Direito justo, tal proposta muito se distancia de um caráter fundamental que deve ter o trabalho do jurista, qual seja o de, mesmo que tendo em conta a norma jurídica e o Direito que "é", nunca perder de vista o objetivo de contribuir para o Direito que "deve ser".

2. Integração econômica e tributação aduaneira no Mercosul

Mercosul é o acrônimo que designa o Mercado Comum do Sul, bloco regional constituído em 1991 por Brasil, Argentina, Paraguai e

[757] O modelo exógeno se contrapõe ao modelo endógeno de Política do Direito: aquele que se limita aos métodos e aos dados estritamente jurídico-positivos, apresentando propostas de reformas para o sistema jurídico com base em dados e análises fundamentadas unicamente na própria Ciência do Direito (MARINS, James (coord.). **Tributação e Política**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 46).
[758] MARINS, James (coord.). **Tributação e Política**, p. 46.
[759] MARINS, James (coord.). Tributação e Política.

Uruguai[760], por meio do Tratado de Assunção[761], com o objetivo de estabelecer um mercado comum entre seus membros. O processo de integração que deu origem ao Mercosul teve início em meados da década de 1980, a partir do estreitamento dos laços comerciais entre Brasil e Argentina. Não obstante as divergências políticas e a competitividade que costumavam caracterizar as relações entre os dois países, sua aproximação foi impulsionada pelas dificuldades econômicas em comum, marcadas pela alta dívida externa dos governos militares e pelas políticas protecionistas impostas pelas nações mais desenvolvidas da Europa e da América do Norte.

Inicialmente, em 1985, Brasil e Argentina firmam um acordo de integração conhecido por "Declaração de Iguaçu". No ano seguinte, é instituído o Programa de Integração e Cooperação Econômica – PICE –, com a assinatura da Ata de Integração Brasil-Argentina. Nessa ata, já se verificam alguns dos princípios que norteariam o Tratado de Assunção, como flexibilidade, gradualismo e simetria. Em 1988, é assinado o Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento Argentina–Brasil, juntamente com outros 24 protocolos versando a respeito de diversos assuntos de interesse dos dois países. O tratado tem como objetivo estruturar a formação de um espaço econômico comum, estabelecendo um prazo de 10 anos para sua concretização. Em julho de 1990, os países firmam a Ata de Buenos Aires, reduzindo esse prazo para5 anos. Em dezembro do mesmo ano, os protocolos assinados em 1988 são consolidados em um Acordo de Complementação Econômica – ACE 14.Em 26 de março de 1991, é finalmente assinado, por Argentina,

[760]A Venezuela ingressou no Mercosul apenas em 2012, e a incorporação das normas tributárias do bloco por parte desse país ainda está em andamento (em outubro de 2013). Tendo em vista que os dados coletados para as análises empíricas desse artigo compreendem o período de 1983 a 2002, a Venezuela foi considerada entre os países de fora do bloco.

[761] Ressalte-se a suspensão temporária do Paraguai e a subsequente incorporação da Venezuela como membro pleno do bloco, em junho de 2012.

Brasil, Paraguai e Uruguai, o Tratado de Assunção, estabelecendo a criação e os contornos do Mercado Comum do Sul.

A partir de então, tem início a chamada fase de transição do Mercosul, período compreendido entre 1991 e 1994 durante o qual se desenvolveu o Programa de Liberalização Comercial. O programa tratou, sobretudo, de reduções tributárias progressivas e negociações de políticas comerciais comuns. Na sequência, são firmados importantes protocolos adicionais, a exemplo do Protocolo de Brasília (1993), sobre o sistema de solução de controvérsias, e o Protocolo de Ouro Preto (1996), que conferiu ao Mercosul personalidade jurídica de direito internacional público e permitiu a sua relação com outros países, blocos e organismos internacionais.

Apesar do objetivo de constituir um mercado comum, o bloco ainda se encontra no estágio de união aduaneira imperfeita. A união aduaneira consiste na etapa de integração em que os países-membros do bloco estabelecem o livre comércio de bens e serviços entre si e adotam uma política comercial comum em relação a terceiros países (incluindo uma tarifa externa comum). No mercado comum, um estágio mais avançado, promove-se a liberalização da circulação dos fatores de produção. No caso do Mercosul, além de não haver livre circulação dos fatores de produção, os países ainda adotam exceções à tarifa externa comum, motivo pelo qual se o denomina união aduaneira imperfeita.

A constituição de um bloco regional pressupõe, pois, um conjunto de medidas de caráter jurídico-econômico destinado a aproximar as economias dos Estados-partes e promover a intensificação de suas relações comerciais, e as primeiras barreiras a serem reduzidas (ou suprimidas) são sempre as tarifárias. Verifique-se, para o Mercosul, a previsão de desgravação e harmonização tributárias no Tratado de Assunção:

> Art. 1º. Os Estados-partes decidem constituir um Mercado Comum, que deverá estar estabelecido a 31 de dezembro de 1994, e que se denominará Mercado Comum do Sul (MERCOSUL). Este Mercado Comum implica:
>
> - a livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os países, através, entre outros, da eliminação dos direitos alfandegários e restrições não tarifárias à circulação de mercadorias e de qualquer outra medida de efeito equivalente;
>
> - o estabelecimento de uma tarifa externa comum e a adoção de uma política comercial comum em relação a terceiros Estados ou agrupamentos de Estados e a coordenação de posições em foros econômico-comerciais regionais e internacionais;
>
> - a coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados-partes de comércio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetária, cambial e de capitais, de serviços alfandegários de transportes e comunicações e outras que se acordem, a fim de assegurar as condições adequadas de concorrência entre os Estados-partes;
>
> - o compromisso Estados-partes de harmonizar suas legislações, nas partes pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração.

O tratado também declara que a ampliação das dimensões dos mercados dos Estados-partes constitui condição fundamental para permitir o processo de desenvolvimento econômico com justiça social. Assim, a criação do mercado comum tem como objetivo permitir um crescimento econômico mais justo e equitativo para os países e seus cidadãos.

A questão tributária é tratada com exclusividade em um único dispositivo do Tratado de Assunção, o artigo 7º:

> Art. 7º Em matéria de impostos, taxas e outros gravames internos, os produtos originários do território de um Estado-parte gozarão, nos outros Estados-partes, do mesmo tratamento que se aplique ao produto nacional.

Esse artigo implica que, dentro do território do bloco, os bens e serviços oriundos de seus Estados-partes não poderão ser submetidos à discriminação tributária em relação ao produto nacional, ou seja, não poderão sofrer incidência de nenhum tributo que não seja aplicado sobre bens e serviços produzidos internamente. Essa interpretação está relacionada ao princípio basilar da zona de livre comércio, qual seja o da não discriminação.

Também o artigo 5º do Tratado de Assunção contempla aspectos tributários relacionados a políticas macroeconômicas e comércio internacional:

> Art. 5º. Durante o período de transição, os principais instrumentos para a constituição do Mercado Comum são:
>
> a) um Programa de Liberação Comercial, que consistirá em reduções tarifárias progressivas, lineares e automáticas, acompanhadas da eliminação de restrições não-tarifárias ou medidas de efeito equivalente, assim como de outras restrições ao comércio entre os Estados-partes, para chegar a 31 de dezembro de 1994 com tarifa zero, sem barreiras não-tarifárias sobre a totalidade do universo tarifário (Anexo I);
>
> b) a coordenação de políticas macroeconômicas, que se realizará gradualmente e de forma convergente com os programas de desgravação tarifária e de eliminação de restrições não-tarifárias, indicados na letra anterior;
>
> c) uma tarifa externa comum que incentive a competitividade externa dos Estados-partes;

> d) a adoção de acordos setoriais, com o fim de otimizar a utilização e a mobilização dos fatores de produção e alcançar escalas operativas eficientes.

O Programa de Liberalização Comercial, previsto na letra *a*, foi também objeto do Anexo I do Tratado e consiste na desgravação tributária automática, linear e progressiva sobre os produtos negociados entre os membros do bloco. De acordo com o art. 1º do referido anexo, todos os Estados-partes deveriam eliminar, até 31 de dezembro de 1994, todos os gravames e demais restrições aplicadas ao comércio recíproco, salvo no que se refere às Listas de Exceções apresentadas pelo Paraguai e pelo Uruguai, para as quais o prazo seria até 31 de dezembro de 1995[762]. Assim, a partir de 30 de junho de 1991, iniciou-se a aplicação de percentuais progressivos de redução tributária intrabloco, começando em 47%, nessa data, e finalizando em 100%, em 30 de dezembro de 1994, conforme estabelecido no art. 3º do Anexo.

Para que um produto proveniente de um Estado-parte possa beneficiar-se da redução tributária em outro Estado-parte, é necessário que seja comprovada sua procedência e que ele atenda a alguns critérios pré-estabelecidos para caracterizar-se como originário do Mercosul. Essa verificação corresponde ao Regime Geral de Origem, que compreende os critérios de qualificação e origem do produto, bem como os meios de certificação e comprovação dessa origem.

A tarifa externa comum (TEC), prevista na letra c, consiste numa tarifa uniforme, aplicada por uma união aduaneira a todas as importações

[762]As Listas de Exceções são listas anexas ao Tratado em que cada um dos quatro países-membros arrolam produtos temporariamente excluídos do Programa de Liberalização Comercial. De acordo, com o art. 7º do Anexo I, as listas do Brasil e da Argentina deveriam sofrer reduções de 20% ao ano, enquanto que as do Paraguai e do Uruguai poderiam ser reduzidas de 10% até 31 de dezembro de 1991 e, a partir de então, também a um a taxa de 20%. É por essa razão que o prazo para a desgravação de 100% sobre a lista desses países se estende até 31 de dezembro de 1995.

provenientes de países não pertencentes ao bloco. A TEC do Mercosul foi instituída em 1994, durante o Programa de Liberalização Comercial, e passou a vigorar em 1º de janeiro de 1995. Seu principal objetivo é incentivar a competitividade comercial entre os Estados-partes, bem como evitar a formação de oligopólios e reservas de mercado.[763] Cabe à TEC estabelecer a base de cálculo, as alíquotas e os demais elementos da obrigação tributária, cujo fato gerador, em geral, é a entrada ou saída de mercadorias no território aduaneiro.

Tanto a TEC quanto o Programa de Liberalização Comercial são requisitos essenciais da união aduaneira e, do ponto de vista tributário, são as duas medidas mais importantes para a promoção comercial no Mercosul. Por isso, sua implementação, em meados da década de 1990, foi tomada como marco para as análises dos fluxos de comércio do bloco, realizadas em nosso trabalho empírico.

3. Critérios de avaliação da eficácia

As normas comunitárias em matéria de tributação aduaneira do Mercosul são normas de eficácia jurídica plena no ordenamento interno dos Estados-partes, uma vez que, válidas e vigentes, produzem efeitos

[763]Oligopólio é o tipo de estrutura de mercado, característico das economias capitalistas, em que poucas empresas de um determinado setor detêm a maior parcela do mercado desse setor, o que pode ocorrer pela incorporação ou fusão entre empresas de grande porte, ou ainda pela eliminação das pequenas e médias empresas do setor (SANDRONI, Paulo. **Novíssimo Dicionário de Economia**. 10ª ed. São Paulo: Best Seller, 2002, p. 431). A uniformização das tarifas de importação no MERCOSUL impede que um país possa utilizar uma tarifa diferenciada para promover o desenvolvimento de determinada indústria nacional, o que poderia promover o oligopólio dessa indústria dentro do bloco. Já a reserva de mercado é um determinado setor da economia em que as autoridades econômicas procuram limitar e dificultar a instalação de outras empresas, em geral, devido à importância estratégica desse setor para o desenvolvimento da economia nacional. A reserva pode ser constituída tanto pela limitação do número de empresas que atuam nesse setor, quanto se impedindo que empresas de capital estrangeiro atuem no país; e ambas as possibilidades podem ser promovidas através da criação de taxas ou impostas de importação relacionados ao setor protegido. (SANDRONI, Paulo. **Novíssimo Dicionário de Economia**., p. 526 e 527).

jurídicos efetivos no mundo fático.[764] Cabe ressaltar que essas normas, por serem tratados internacionais, tiveram de se submeter ao referendo do Congresso Nacional dos Estados-partes para serem internalizadas e incorporadas aos seus ordenamentos jurídicos internos.

A eficácia jurídica de uma norma, no entanto, não garante sua eficácia econômica. O conceito de eficácia, em si, não tem diferença se considerado sob a ótica jurídica ou econômica: eficácia consiste na real capacidade de produzir efeitos úteis.[765] O que difere, contudo, é o caráter de eficaz sob cada uma dessas óticas.

Juridicamente, uma norma eficaz é aquela que produz efeitos no mundo fático, ou seja, aquela que é efetivamente aplicada à sociedade, ou pelos próprios cidadãos, ou pelo poder judiciário. O importante é que a norma produza efeitos jurídicos, independentemente de quais sejam seus efeitos indiretos (por exemplo, os sociais ou econômicos).

Do ponto de vista econômico, a avaliação da eficácia depende da adequação dos efeitos econômicos produzidos pela norma em relação aos objetivos pretendidos. Assim, no caso do Mercosul, a norma tributária eficaz (em relação à tributação aduaneira) será aquela capaz de promover o incremento das relações comerciais dos Estados-partes, entre si e com o resto do mundo, conforme objetivo estabelecido pelo Tratado de Assunção. Não existe um critério único para essa avaliação. No caso em análise, tomamos por base a teoria de Viner sobre criação e desvio de comércio em blocos econômicos.

---

[764] De acordo com as definições de Carvalho (CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário. Fundamentos Jurídicos da Incidência**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 56): validade é a relação de pertinência de uma norma em relação a um sistema jurídico; vigência é o atributo de uma norma válida de produzir prontamente os efeitos para os quais está destinada, ocorrendo os fatos nela descritos; e eficácia jurídica é a condição de os fatos jurídicos desencadearem as consequências previstas pelo ordenamento.

[765] Vide: INSTITUTO ANTONIO HOUAISS. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004, p. 1102.

3.1 Criação e desvio de comércio e integração regional

Os conceitos de criação e desvio de comércio foram inicialmente propostos por Jacob Viner e, desde então, têm sido discutidos por diversos estudiosos da economia e do comércio internacional. Esses conceitos estão relacionados ao impacto para os níveis de bem-estar das nações do bloco, bem como para o resto do mundo, provocado pelas relações comerciais decorrentes da formação do bloco.[766]

Antes dos trabalhos de Viner, era comum se pensar que qualquer ato de liberalização comercial de uma nação importaria necessariamente um aumento de bem-estar, pois estaria provocando a utilização mais eficiente e, por consequência, a maximização da produção mundial. Viner, contudo, demonstrou que existem duas consequências possíveis para a liberalização comercial dos blocos regionais: a formação e o desvio de comércio.

As discussões a esse respeito são geralmente formuladas tendo-se como base as relações de comércio dentro de uma união aduaneira, que consiste no nível de integração em que as barreiras tributárias e não tributárias entre seus membros são removidas e em que esses membros adotam uma política de tributação aduaneira comum em relação ao resto do mundo.

A criação de comércio "ocorre quando parte da produção interna de uma nação-membro da união aduaneira é substituída por importações de custo inferior de outra *nação-membro*".[767] A geração de comércio, portanto, é a situação em que, em razão da eliminação dos tributos

[766] Aumentar o nível de bem-estar de uma nação consiste em aumentar seu nível de eficiência, ou seja, aumentar a utilidade de umas pessoas sem se diminuir a de outras. Esse tema é objeto da Economia do Bem-estar.

[767] SALVATORE, Dominick. **Economia Internacional**. 6ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 2000, p. 175.

aduaneiros sobre bens e serviços oriundos de Estados-partes, tem-se a substituição de importações dos mesmos bens e serviços de terceiros países em prol de fornecedores mais eficientes de dentro do bloco. Essa substituição decorre da redução dos preços, ocasionada pela supressão do imposto de importação.

A seguir, um exemplo de uma situação de união aduaneira formadora de comércio:

Uma nação X fornece um bem a uma nação Y a um preço P_1=10.

Uma nação Z fornece o mesmo bem à nação Y a um preço P_2=15.

O país Y aplica sobre a importação desses bens um imposto *ad valorem* de 100%, o que torna P_1=20 e P_2=30.

Nessas condições, Y importa de X uma determinada quantidade do bem, e não importa nada de Z, pois seu custo é superior ao custo do mesmo bem proveniente de X. Ou seja, na produção desse determinado bem, a nação X é mais eficiente do que a nação Z.

Supondo-se a formação de uma união aduaneira entre X e Y, com a supressão de todas as barreiras alfandegárias entre essas nações, mas mantendo-se o imposto sobre as importações de terceiros países, ocorreria que o custo do bem adquirido por Y de X passaria a ser ainda menor (P_1=10), enquanto o valor do bem da nação Z permaneceria inalterado (P_2=30).

Por fim, haveria uma intensificação do comércio desse bem entre Y e X, provocando um aumento do nível de bem-estar em vários aspectos: em primeiro lugar, um aumento do nível interno de produção, decorrente da redução do custo do produto fornecido pela nação-membro; depois, um aumento dos níveis de consumo interno, também decorrente da queda nos preço; por fim, um aumento de bem-estar do resto do mundo (nações não pertencentes ao bloco), já que parte do aumento da renda

real de dentro do bloco se converte em importação de bens de países externos.[768]

Desvio de comércio, ao contrário, "ocorre quando importações de custo inferior de nações não integrantes de uma união aduaneira são substituídas por importações de custo superior de uma nação-membro da união".[769] Essa é a situação em que, por exemplo, uma nação Z, que era inicialmente menos eficiente do que uma nação X nas relações com um país Y, após a formação do bloco regional entre si e Y, substitui X nas relações comerciais com Y, por ter seu preço desgravado do imposto de importação enquanto as importações da nação X continuam tributadas.

A partir do mesmo exemplo utilizado anteriormente, a situação passaria a ser a seguinte:

Uma nação X fornece um bem a uma nação Y a um preço P_1=10.

Uma nação Z fornece o mesmo bem à nação Y a um preço P_2=15.

O país Y aplica sobre a importação desses bens um imposto *ad valorem* de 100%, o que torna P_1=20 e P_2=30.

Até esse momento, Y continua importando todos os bens de que necessita de X. No entanto, a partir do momento em que uma união aduaneira é formada entre Y e Z, com a supressão de todas as barreiras

[768] Para essa teoria de criação e desvio de comércio, a variação no nível de bem-estar de produtores e consumidores é mensurada em termos de excedente:
Excedente do consumidor é a medida do "*quão melhor* será a satisfação das pessoas, em conjunto, por poderem adquirir um produto no mercado" e consiste na "*diferença entre o preço que um consumidor estaria disposto a pagar por uma mercadoria e o preço que ele efetivamente paga*" (PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomia**. 5ª ed. São Paulo: Prentice Hall, 2002, p. 123).
A ideia é a mesma em relação ao excedente do produtor, com a diferença de que a comparação é feita entre o preço de mercado do produto vendido e seu custo. Ou seja, se a empresa é capaz de adquirir matéria-prima e produzir a mercadoria a um custo menor, ela terá maior excedente.
[769] SALVATORE, Dominick. **Economia Internacional**, p. 176.

alfandegárias entre essas nações, mas mantido o imposto em relação a terceiros países, o custo do bem importado da nação Z passaria a ser inferior ao custo do bem importado de X (P_2=15, P_1=20). Assim, deixar-se-ia de importar o bem de X para importá-lo de Z, ocorrendo uma substituição de um fornecedor economicamente mais eficiente (que, em condições originais, fornecia a um custo menor), por um menos eficiente.

A união aduaneira que desvia comércio pode ter os dois efeitos, explica Salvatore:[770] tanto desviar, quanto gerar comércio. O efeito negativo desse desvio consiste na substituição do fornecedor mais eficiente, com preços mais competitivos, em prol de outro menos eficiente, mas que integre o bloco econômico; já o efeito positivo decorre da geração de comércio que é provocada pelo aumento das importações do bem em questão, que passa a ter um custo inferior para o país importador. Ao final, o aumento ou a redução de bem-estar dependerá da força relativa de cada um desses efeitos opostos.

Os benefícios provocados sobre o bem-estar em razão da criação ou do desvio de comércio são classificados como *benefícios estáticos* sobre o bem-estar.

3.2 Outros benefícios obtidos com os blocos regionais

Além dos benefícios estáticos anteriormente apresentados, reconhece-se também alguns efeitos *dinâmicos* sobre o bem estar decorrentes das uniões aduaneiras, que Salvatore[771] elenca como sendo: o aumento da concorrência, as economias de escala, os estímulos ao investimento e a melhor utilização dos recursos econômicos.

[770] SALVATORE, Dominick. **Economia Internacional**, p. 177.
[771] SALVATORE, Dominick. **Economia Internacional**.

O primeiro benefício, o aumento da concorrência, decorre do fato que, dentro do bloco, os produtores de cada nação têm de se tornar cada vez mais eficientes para poder concorrer com os produtos oriundos das outras nações da união. Outro benefício é a união de produtores de uma determinada nação para poder fazer frente a essa concorrência. Caso contrário, os produtores menos competitivos acabam tendo que deixar o negócio. O aumento do nível de concorrência é também muito desejável por estimular o desenvolvimento de novas tecnologias, o que reduz os custos de produção e beneficia ainda mais os consumidores.

Outro benefício é a obtenção de economias de escala,como resultado da expansão do mercado. Sandroni define economias de escala como:

> Produção de bens em larga escala, com vistas a uma considerável redução nos custos. Também chamadas de economias internas, as economias de escala resultam da racionalização intensiva da atividade produtiva, graças ao empenho sistemático de novos engenhos tecnológicos e de processos avançados de automação, organização e especialização do trabalho.[772]

Em termos práticos, pode-se dizer que uma empresa possui economias de escala quando ela é capaz de duplicar sua produção com menos do que o dobro dos custos.

O estímulo ao investimento, terceiro possível benefício, ocorre em razão da perspectiva das empresas de tirar vantagem de um mercado mais amplo. Além disso, a formação de um bloco regional tende a estimular que empresas de terceiros países procurem estabelecer unidades de produção dentro do âmbito do bloco, buscando evitar as barreiras tributárias impostas contra países não membros. São as chamadas *fábricas tarifárias*.

[772] SANDRONI, Paulo. **Novíssimo Dicionário de Economia**, p. 190.

Por fim, na etapa de integração de um mercado comum, ter-se-ia o benefício do livre deslocamento da mão de obra e do capital entre as nações-membros, o que permite uma alocação e uma utilização mais eficiente desses fatores de produção.

Embora uma união aduaneira possa proporcionar a suas nações-membro tanto esses benefícios dinâmicos quanto os benefícios estáticos, Salvatore[773] ressalta que tal situação é apenas a segunda melhor opção para a nação. Segundo ele, a melhor política seria a completa eliminação de todas as barreiras comerciais indiscriminadamente, em prol de uma completa liberalização comercial.

3.3 A teoria do segundo melhor

Antes da década de 1950, acreditava-se que todas as medidas tomadas em direção a uma liberalização comercial tenderiam necessariamente a levar a nação a uma situação melhor, em termos de bem-estar, do que sua situação anterior. Viner,[774] contudo, demonstrou que essa conclusão não era verdadeira, e que a liberalização comercial ocasionada por uma união aduaneira poderia ter efeitos opostos: tanto criar quanto desviar o comércio.

Essa situação representa um exemplo da *teoria do segundo melhor*. Essa é a teoria segundo a qual a tentativa de satisfazer o maior número de condições possíveis para se maximizar o bem-estar (para se atingir o ótimo de Pareto[775]) não necessariamente promove a segunda melhor

[773] SALVATORE, Dominick. **Economia Internacional,** p. 179.

[774] VINER, J.**The Customs Union Issue**. New York: Carnegie Endowment forInternational Peace, 1950.

[775] Ótimo de Pareto: "Situação em que os recursos de uma economia são alocados de tal maneira que nenhuma reordenação diferente possa melhorar a situação de qualquer pessoa (ou agente econômico) sem piorar a situação de qualquer outra. O conceito foi introduzido por Vilfredo Pareto (1848-1923), e a Economia do Bem-Estar em grande medida estuda as

posição, ou seja, a segunda melhor situação possível. Lembrando que a melhor situação seria sempre uma abertura comercial unilateral, indiscriminada, de uma nação em relação ao resto do mundo.

"Assim, a formação de uma união aduaneira e a remoção de barreiras comerciais apenas entre os membros não trarão necessariamente a segunda posição em termos de bem-estar".[776]

3.4 Situações de maior probabilidade de aumento do bem-estar

Como foi visto, os efeitos de uma união aduaneira em termos de bem-estar podem ser ambíguos, pois um acordo regional pode provocar tanto criação quanto desvio de comércio.

Outras condições econômicas, além da desgravação tributária da união aduaneira, influenciam para que o bloco regional tenha sucesso comercial no sentido de promover eficientização e bem-estar.

Salvatore faz um apanhado dessas condições:[777]

a) quanto maiores houverem sido as barreiras comerciais dos países anteriormente à formação da união aduaneira, maior a possibilidade de que essa união venha a criar comércio interno em vez de desviá-lo. Isso quer dizer que, quanto maior a alíquota dos impostos de importação antes da formação do bloco, maior a probabilidade de que a posterior redução tributária promova criação de comércio, uma vez que se tende a ter uma grande redução dos preços de importação;

---

condições nas quais um Ótimo de Pareto possa ser alcançado". (SANDRONI, Paulo. **Novíssimo Dicionário de Economia**, p. 436-437)

[776] SALVATORE, Dominick. **Economia Internacional,** p. 178.

[777] São instrumentos de política comercial, além das barreiras tarifárias, também os subsídios, as cotas de importação e as restrições voluntárias às exportações. Dentre essas condições, foram abordadas as barreiras comerciais como um todo, e não apenas as tributárias, para se manter o mesmo padrão que o autor. Contudo, tudo o que se diz sobre as barreiras comerciais nesse momento é também aplicável às barreiras tributárias.

b) quanto mais reduzidas as barreiras comerciais da união aduaneira em relação ao resto do mundo, caso ocorram desvios de comércio, menos gravosos serão seus efeitos. Ou seja, havendo desvios de comércio, seus efeitos, em termos de excedente do produtor e do consumidor, tenderão a ser tão menores quanto menor for o imposto de importação aplicado a terceiros países, em decorrência da menor variação dos preços após a desgravação tributária;

c) quanto maior o tamanho e maior o número de integrantes da união aduaneira, maior a probabilidade de que produtores de baixo custo estejam contidos dentro da união, o que diminui a possibilidade de que ocorram desvios de comércio. Isso porque, quanto maior o tamanho de uma nação, maior tende a ser a gama de mercadorias por ela produzidas e também a probabilidade de que, dentro dessa gama, existam mercadorias de melhor preço do que nos demais países;

d) quanto mais concorrentes as economias dos países-membros, em vez de complementares, maior a possibilidade de especialização de cada um dos membros e, portanto, de aumento do bem-estar, tendo em vista que essa característica estimula o desenvolvimento e a eficientização das indústrias concorrentes;

e) quanto mais próximos geograficamente estiverem os membros da união aduaneira, menores os custos de transporte entre eles e, com isso, maior facilidade à criação de comércio;

f) quanto maior for a relação comercial e econômica entre os membros antes da formação da união, maior a possibilidade de que, após a união, ocorra criação de comércio.[778]

O processo de integração comercial entre países em desenvolvimento ainda apresenta dificuldades em relação a diversas

[778] SALVATORE, Dominick. **Economia Internacional,** p. 178.

dessas condições, como as grandes distâncias e a falta de transportes e comunicação apropriados entre elas, a natureza geralmente complementar de suas economias e a concorrência pelos mesmos mercados mundiais.

Mas o maior entrave a uma integração econômica bem sucedida entre esses países é outro segundo o autor: o fato de que a distribuição dos benefícios é desuniforme entre os membros do bloco, tendendo a se concentrar nas nações mais desenvolvidas do grupo, e isso pode levar as nações menos desenvolvidas a se retirar. Outro problema importante é a questão política: os países ainda têm dificuldades em renunciar a alguns aspectos de sua soberania em prol da comunidade supranacional.

O Mercosul, embora ainda não tenha sofrido a retirada de nenhum membro, sofre com todos esses empecilhos à integração, inerentes aos países em desenvolvimento.

4. Testes empíricos

Para verificar se a tributação aduaneira do Mercosul é economicamente eficaz, no sentindo de promover criação e não desvio de comércio, decidimos realizar nossos próprios testes empíricos, já que a bibliografia a esse respeito não é unânime.

Para isso, avaliamos dados de fluxos de comércio anteriores e posteriores à entrada instituição da TEC e à desgravação tributária intrabloco (1994), pressupondo que os fluxos são positivamente relacionados com a renda dos países de origem e de destino e negativamente relacionados com a distância entre eles. Tal relação pode ser expressa por meio da seguinte equação:

(1)

$$Xij = \frac{YiYj}{Dij}$$

O fluxo de comércio (variável X) é estimado em função da renda dos países que comercializam entre si (variáveis Y) e da distância entre os países (variável D), sendo positivamente correlacionado com as rendas e negativamente correlacionado com as distâncias.

O modelo (1) de comércio é também conhecido por modelo gravitacional, em razão da semelhança que este modelo apresenta com o modelo de gravitação universal newtoniano, qual seja

$$F = \frac{gm\ 1\ m2}{d^2} \qquad (2)$$

em que F representa a força de atração entre dois corpos, *g* é uma constante, *m1* e *m2* são as massas dos corpos e *d* é a distância entre eles.

Conforme verificou Morais, "o modelo gravitacional tem obtido êxito há mais de quatro décadas na explicação dos fluxos comerciais. A comprovação disso está no número de estudos que vêm sendo feitos".[779] Nosso modelo, nesse trabalho, teve como ponto de partida o do próprio Morais, que relaciona os fluxos de comércio a variáveis quantitativas – renda, distância, taxas de câmbio e população – e a variáveis qualitativas – laços coloniais, idioma e fronteira. Além dessas, nosso modelo contemplou, ainda, variáveis *binárias (dummies)* para indicar se o fluxo de comércio é estabelecido entre países de dentro ou de fora do bloco e se ocorre antes ou depois da assinatura do Tratado de Assunção.

[779] MORAIS, Adriano Giacomini. **Criação e Desvio de Comércio no MERCOSUL e no NAFTA**. São Paulo: 2005. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12138/tde-03012006-113732/>. Acesso em: 20 jan. 2007, p. 34.

O modelo inicial para esse trabalho foi construído da seguinte maneira:

$$\begin{aligned}\mathrm{Ln}\, XMi\, t = {} & \alpha + \beta 1 Yit + \beta 2 Yjt + \beta 3 Eit + \beta 4 jt + \beta 5 Nit + \beta 6 Njt + \\ & \beta 7 Dij + \beta 8 Frontij + \beta 9 Idij + \beta 10 Colo + \beta 11 Merc1ij + \\ & \beta 12 Merc2ij + \beta 13 Merc3ij + \beta 14 Abert + \beta 15 Mundo + \\ & \beta 16 Merc1aij + \beta 17 Merc2aij + \beta 19 Merc3aij + uij + et \end{aligned} \qquad (3)$$

cujas variáveis são definidas conforme segue:

- XM_{it} – fluxo de comércio total entre os países *i* e *j* no período *t* (somatório das importações e exportações);
- α – intercepto geral do modelo;
- Y_{it} e Y_{jt} – PIBs per capita dos países *i* e *j* no tempo *t*, medidos em preços constantes;
- E_{it} e E_{jt}– taxas reais de câmbio dos países *i* e *j* no tempo *t*;
- N_{it} e N_{jt}– populações dos países *i* e *j* no período *t*;
- D_{ij}– distância entre as capitais dos países *i* e *j*;
- $Front_{ij}$ – variável *dummy* que assume valor 1 para países que fazem fronteira e 0 para países não vizinhos;
- Idi_{ij} – variável *dummy* de valor 1 para países com o mesmo idioma e de valor 0 para países com idiomas distintos;
- $Colo_{ij}$ – variável *dummy* correspondente a 1 para países com algum laço colonial e 0 para países sem laços;
- $Merc1_{ij}$ – variável *dummy* que assume valor 1 quando ambos os países pertencerem ao Mercosul e 0 quando o comércio se estabelecer entre um país membro e um país não pertencente ao bloco;
- $Merc2_{ij}$ – variável *dummy* de valor 1 quando o fluxo de comércio é direcionado do Mercosul para o resto do mundo (exportações do bloco);
- $Merc3_{ij}$ – variável *dummy* de valor 1 quando o fluxo de comércio é direcionado do resto do mundo para o Mercosul (importações do bloco);

- $Abert_{ij}$– variável *dummy* de valor 1 para períodos posteriores à efetivação da união aduaneira (1994 – ano de instituição da TEC) e de valor 0 para períodos anteriores;
- $Mundo_t$ – Fluxo total de comércio (importações e exportações) realizados no mundo todo no período *t*;
- *Merc1a* – interação entre as variáveis *merc1* e *abert*, que representa o quanto (em termos percentuais) o comércio entre os países do bloco variou após a criação do Mercosul;
- *Merc2a* – interação entre as variáveis *merc2* e *abert*, que demonstra a variação (em termos percentuais) das exportações dos países do Mercosul para fora do bloco após a sua criação;
- *Merc3a* – interação entre as variáveis *merc3* e *abert*, que expressa a variação (em termos percentuais) das importações dos países do Mercosul de países de fora do bloco após a sua criação. Tendo em vista que o percentual de importações do bloco é estabelecido em comparação ao período anterior à constituição do bloco, essa variável consiste no principal instrumento para observação do desvio de comércio;
- *t* – tendência temporal;
- u_{ij} – efeito específico (idiossincrático) do par *ij* de países, ou seja, todas as variáveis que explicam a relação entre os países *i* e *j* e que não variam no tempo;
- e_{ij} – erro do modelo.

Posteriormente, eliminamos as variáveis *população* e *merc2a* por problemas de alta multicolinearidade: *merc2a* se apresentou altamente correlacionada com *merc3a* e a *população* apresentou alta correlação com o PIB. Da mesma forma, omitimos do modelo as variáveis *Abert*, *Merc1*, *Merc2* e *Merc3* por já estarem todas contempladas nas interações

entre *Merc*e a *abertura*; ou seja, caso mantivéssemos as variáveis, ocorreria o problema da multicolinearidade.

Efetuamos regressões considerando as variáveis de PIB, taxa de câmbio e distância também em log, mas constatamos que o modelo ficou melhor especificado com as variáveis explicativas em nível (obtivemos melhores resultados econométricos em termos de R^2, teste t e de número de variáveis significativas). Portanto, mantivemos apenas a variável dependente (fluxo de comércio) em log.

Ao final, o modelo ficou com as seguintes variáveis explicativas: *PIB per capita, taxa de câmbio, distância, fronteira, idioma, merc1a, merc3a* e, apenas para a regressão dos fluxos agregados, a variável *mundo*.

Efetuamos as regressões com base no método de painel e realizamos estimações com efeitos fixos e aleatórios, sendo que, na maioria dos casos, o teste de Hausman confirmou a preferência pela estimação de efeitos fixos. Embora esse método não seja capaz de captar o efeito da distância sobre os fluxos de comércio (já que se trata de uma variável de efeito fixo – que não sofre variação no tempo), isso em nada prejudica a principal análise objetivada pela regressão, qual seja observar a criação e o desvio de comércio. Acrescentamos, ainda, que todas as estimações com efeitos aleatórios confirmaram o sinal esperado para o coeficiente da distância: negativo.

O painel é um método que compreende dados tanto com aspecto de corte transversal quanto de série temporal, por meio do que se chama de um corte longitudinal (que não se confunde com agrupamentos independentes de cortes transversais). No corte longitudinal, diferentemente dos agrupamentos independentes, tenta-se acompanhar o movimento das variáveis para os *mesmos indivíduos* (no caso, países) ao longo do tempo. Quando optamos pela estimação de efeitos fixos, estamos assumindo que as variáveis fixas apresentam alta correlação

com as variáveis explicativas aleatórias. Caso contrário, o melhor estimador seria o de efeitos aleatórios.

São pressupostos do estimador de efeitos fixos: (i) que o erro idiossincrático (que varia no tempo) seja não correlacionado com as variáveis explicativas ao longo de todos os períodos de tempo; (ii) que haja uma correlação arbitrária entre as variáveis constantes e as demais variáveis ao longo do tempo (razão pela qual as variáveis constantes são suprimidas do modelo); (iii) que os erros idiossincráticos sejam homocedásticos (de variância constante); (iv) que os erros idiossincráticos sejam não correlacionados ao longo do tempo.

Conforme observou Morais, "o uso da equação para testar teorias de comércio produz resultados inconclusivos quando os fluxos estiverem dispostos de forma agregada".[780] Assim, a fim de realizar uma análise mais minuciosa dos efeitos de criação e desvio de comércio no bloco, efetuamos regressões para fluxos de comércio desagregados em 4 grandes categorias, quais sejam:

- Produtos Primários
- Manufaturados
- Minerais e Óleos
- Químicos

Essas categorias contemplam 8 das 10 classificações de produtos utilizadas pelo COMTRADE.[781] As duas outras classificações foram mantidas de fora da análise dos fluxos desagregados porque consistem em outros produtos não especificados e, portanto, não teriam sentido como uma análise dos impactos de comércio para um setor produtivo

[780] MORAIS, Adriano Giacomini. **Criação e Desvio de Comércio no MERCOSUL e no NAFTA**. São Paulo: 2005. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12138/tde-03012006-113732/>. Acesso em: 20 jan. 2007, p. 34.
[781] United Nations Commodity Trade Statistics Database

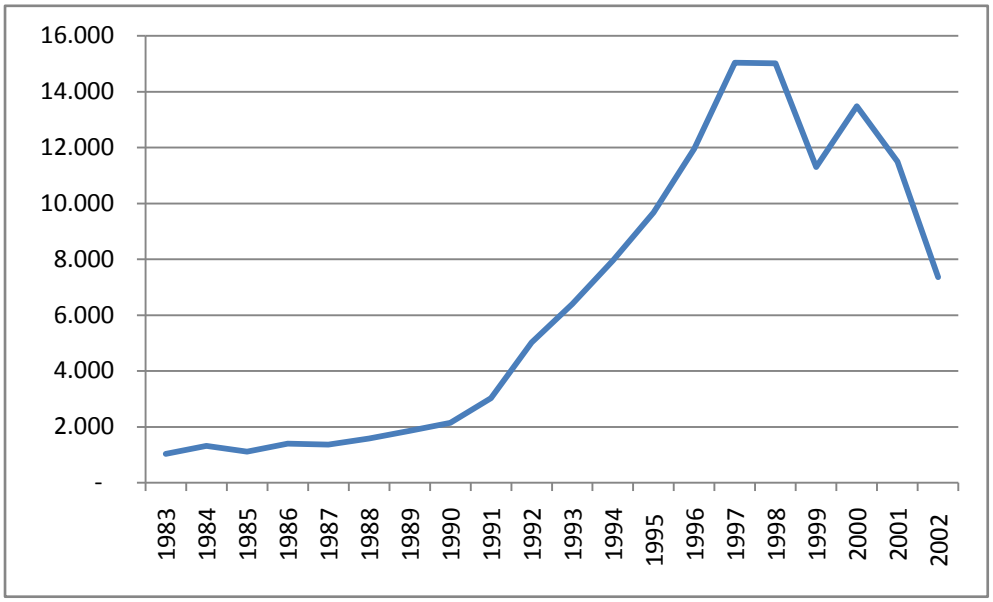
específico. Efetuamos, então, as mesmas regressões para cada categoria de produto isoladamente, a fim de captar os efeitos da criação de comércio do Mercosul para os setores isoladamente.

Os dados utilizados para as regressões foram obtidos nos *sites* do COMTRADE e da UNCTAD.[782] O período analisado foi de 1983 a 2002 e os países observados, além dos quatro pertencentes ao Mercosul, foram: Angola, Bolívia, Canadá, Chile, China, França, Alemanha, Índia, México, Holanda, Portugal, África do Sul, Espanha, Reino Unido, Estados Unidos, Venezuela e Japão.

4.1 Análise dos resultados

A seguir, a representação gráfica da evolução das relações comerciais do Mercosul durante o período analisado. A partir dos gráficos, já é possível se criar uma expectativa intuitiva para o resultado numérico das regressões.

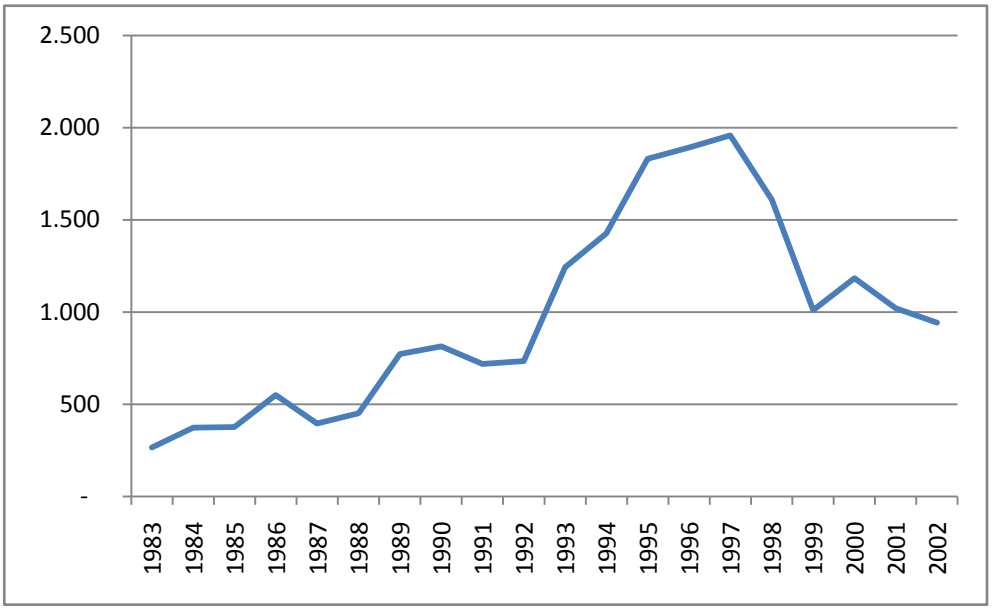
GRÁFICO 1 – FLUXO DE COMÉRCIO BRASIL-ARGENTINA (US$ MILHÕES)



[782] UNCTAD Database. Disponível em: <www.unctad.org>. Acesso em: 15/10/09.

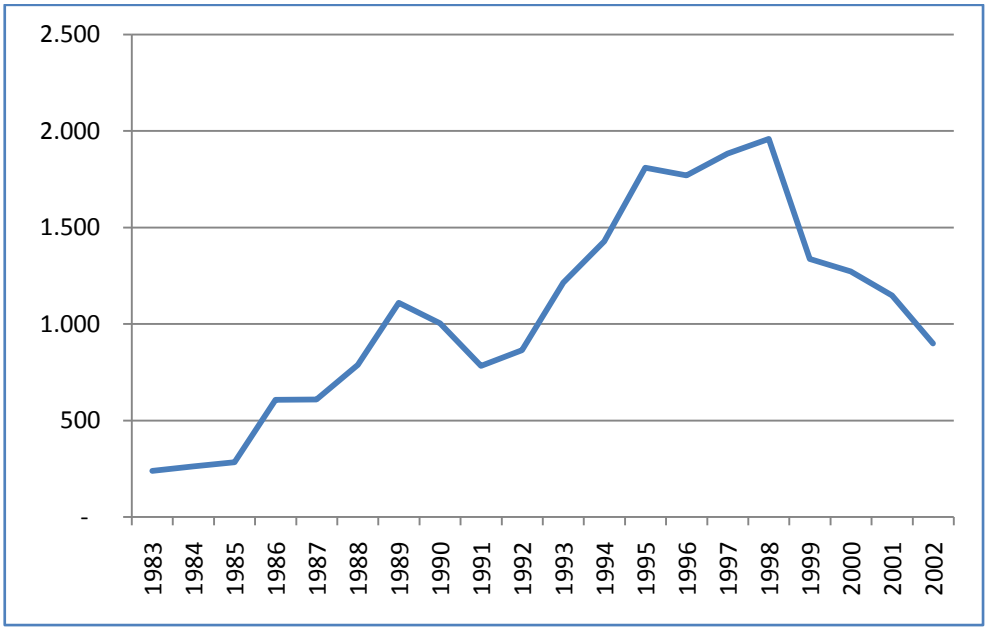
Fonte: COMTRADE/UNCTAD.

GRÁFICO 2– FLUXO DE COMÉRCIO BRASIL-PARAGUAI (US$ MILHÕES)



Fonte: COMTRADE/UNCTAD.

GRÁFICO 3– FLUXO DE COMÉRCIO BRASIL-URUGUAI (US$ MILHÕES)



Fonte: COMTRADE/UNCTAD.

Verificamos que existe uma mesma tendência para os fluxos de comércio: uma trajetória de crescimento contínua – com alguns eventuais

intervalos de queda – que se acentuam significativamente a partir de meados da década de 1990 (lembrando que o Tratado de Assunção data de 1991, e a TEC, de 1994). No entanto, no final do período, com exceção dos fluxos entre Mercosul e China e entre Mercosul e Reino Unido, que se mantiveram estáveis, todos os demais iniciaram uma tendência de queda.

O crescimento dos fluxos de comércio na década de 1990, tanto entre os países do Mercosul quanto desses com o resto do mundo, reforça a expectativa de que a constituição do bloco tenha provocado criação e não desvio de comércio. Quanto aos resultados do final do período, o fato de termos observado uma redução generalizada dos fluxos não pode ser considerada como um sinal de desvio de comércio, pois é possível que fatores exógenos tenham provocado redução da atividade econômica e, por consequência, das relações de comércio internacional. Reforçam essa ideia as variações das taxas de crescimento do PIB da América Latina para o período, conforme demonstrado na tabela 1 a seguir.

TABELA 1 – VARIAÇÃO PERCENTUAL DO PIB DA AMÉRICA LATINA[783]

	1990-1997	**1998-2003**
Argentina	5,0%	-1,3%
Brasil	2,0%	1,5%
Chile	7,6%	2,7%
Colombia	3,9%	1,1%
México	3,1%	2,9%
Perú	3,9%	2,0%
Uruguay	3,9%	-2,1%
Venezuela	3,8%	-2,7%

[783] Tabela construída a partir de dados de crescimento do PIB extraídos da UNCTAD.

Pode-se observar que, para o período de 1998 a 2002, todos os países do Mercosul apresentaram taxas de crescimento do PIB inferiores ao período anterior (1990 a 1997), o que pode explicar, em parte, a redução generalizada dos fluxos de comércio. Para se falar em desvio de comércio, a trajetória esperada dos fluxos seria de crescimento entre os países do Mercosul e de redução entre esses e o resto do mundo, o que não se verificou em momento algum.

4.2 Resultados econométricos

Os resultados para a regressão do modelo final, tanto dos fluxos agregados quanto por setor, estão apresentados no quadro a seguir.

TABELA 2 – RESULTADOS DAS REGRESSÕES DOS FLUXOS DE COMÉRCIO

	Agregado		Primários		Manufaturados		Combustíveis		Químicos	
N. Obs.	6958		1402		1448		1170		1406	
R-sq within	0.2121		0.2378		0.535		0.1185		0.534	
R-sq between	0.0245		0.0048		0.1709		0.1372		0.0431	
R-sq overall	0.0046		0.0131		0.0009		0.0773		0.0005	
Prob > F	0.0000		0.0000		0.0000		0.0000		0.0000	
corr(u_i, Xb)	-0.2349		-0.1807		-0.3407		0.0806		-0.383	
logcom	coeficiente	P>|t|	coeficiente	P>|t|	coeficiente	P>|t|	coeficiente	P>|t|	coeficiente	P>|t|
pib1pc	0.1002839	0.000	0.1267858	0.003	0.058639	0.055	0.0709216	0.316	0.0120744	0.683
pib2pc	-0.0673538	0.000	-0.0513957	0.008	-0.0637178	0.000	0.0298626	0.330	-0.0879859	0.000
xrate1	0.0000856	0.001	0.0000845	0.094	0.0001169	0.001	-0.0002042	0.014	0.0000857	0.011
xrate2	-0.0000642	0.216	-0.0000517	0.592	-0.0000451	0.521	0.0001194	0.412	-0.0000389	0.562
mundo	5.22E-08	0.003	-	-	-	-	-	-	-	-
distancia	(dropped)		(dropped)		(dropped)		(dropped)		(dropped)	
fronteira	(dropped)		(dropped)		(dropped)		(dropped)		(dropped)	
idioma	(dropped)		(dropped)		(dropped)		(dropped)		(dropped)	
merc1a	1.280325	0.000	1.44998	0.000	-0.5558218	0.040	2.107388	0.000	1.876172	0.000
merc3a	1.140103	0.000	1.037415	0.000	-0.8112519	0.002	1.083877	0.011	2.003316	0.000

Por serem estimativas de efeitos fixos, as variáveis fixas (que não apresentam variação no tempo), que são distância, fronteira e idioma, foram omitidas do modelo. Não obstante, verificamos que a correlação entre a distância e os erros fixos do modelo apresentou um valor considerável, confirmando o efeito da distância em nosso modelo gravitacional.

Ressaltamos que foram utilizadas variáveis *dummy* para cada um dos anos em todas as regressões, a fim de se controlar o efeito do tempo sobre os fluxos de comércio. Essas variáveis não foram apresentadas no quadro de resultados porque não são relevantes para o modelo.

4.3 Análise da regressão dos fluxos de comércio agregado

De acordo com o teste t, com exceção da taxa de câmbio do país 2, todas as variáveis explicativas se demonstraram significativas (P(t) < 0,1).

Os coeficientes de *merc1a* e *merc3a*, positivos, indicam que ocorreu um aumento no volume dos fluxos de comércio em comparação com o período anterior à formação da união aduaneira, tanto entre os países do bloco quanto de fora para dentro do Mercosul. Considerando que o desvio de comércio se caracteriza pela substituição de fornecedores mais eficientes de fora do bloco por fornecedores menos eficientes de dentro, não se pode afirmar que tenha ocorrido desvio de comércio no Mercosul, em termos de fluxos agregados, para o período de 1994 a 2002.

O que os valores dos coeficientes indicam é que, após a criação do bloco, o comércio interno e de fora para dentro aumentaram em 128% (*merc1a*) e 114% (*merc3a*), respectivamente.

Os resultados esperados para caracterizar desvio de comércio seriam um coeficiente positivo para *merc1* e um coeficiente negativo para *merc3*, pois essa combinação estaria indicando que as importações de fora do bloco foram reduzidas frente a um aumento dos fluxos intrabloco.

4.4 Análise da regressão dos fluxos de comércio de produtos primários

Nesse grupo está contemplada a categoria 0 da classificação do COMTRADE, que compreende os produtos alimentícios e os animais vivos.

O teste de Hausman igualmente indicou a utilização do modelo de regressão de efeitos fixos, de modo que as variáveis que não variam no tempo foram suprimidas.

De acordo com o teste t, a taxa de câmbio do país 2 não se mostrou variável significativa para explicar os fluxos de comércio dos produtos em questão.

As interações das *dummies* de comércio e de abertura, *merc1a* e *merc3a*, novamente apresentaram coeficientes positivos, ou seja, não verificamos evidências de desvio de comércio para o setor de produtos primários no período em análise.Pelo contrário, o comércio entre os países do bloco, representado por *merc1a*, apresentou um crescimento de 145% após a criação do Mercosul, assim como o comércio de fora para dentro do bloco (*merc3a*) aumentou em 103%.

4.5 Análise da regressão dos fluxos de comércio de produtos manufaturados

A categoria que denominamos de produtos manufaturados compreende as classificações 1, 4, 6, 7 e 8 do COMTRADE, as quais correspondem, respectivamente, aos seguintes produtos: bebidas e tabaco, óleos e gorduras animais e vegetais, bens manufaturados classificados por material, equipamentos de transporte e máquinas e, por fim, outros artigos manufaturados.

Da mesma forma que nas outras regressões, apenas a taxa de câmbio do país 2 se demonstrou não significativa de acordo com o teste t.

Em relação aos fluxos de comércio, as variáveis *merc1a* e *merc3a* apresentaram coeficientes negativos, o que significa uma redução nos fluxos de comércio tanto entre os países do Mercosul, quanto deles com países de fora do bloco. O valor de *merc1a* indica que o volume de comércio interno sofreu redução de 55% após a criação do bloco, enquanto o volume de importações de terceiros (*merc3a*) apresentou uma queda de 81%.

Esses resultados demonstram que a categoria de manufaturados sofreu uma redução generalizada dos fluxos de comércio após criação da união aduaneira. É possível que esse efeito tenha sido provocado por apenas um ou alguns dos produtos que incluímos nessa categoria, o que não pode ser identificado nesse momento. Embora não tenhamos verificado o resultado esperado para o desvio de comércio, que seria uma redução das importações de fora do bloco (*merc3a* negativo) frente a um aumento no comércio intrabloco (*merc1a* positivo), o que se pode dizer é que, mesmo com a queda generalizada, os fluxos de fora para dentro do bloco foram ainda mais prejudicados do que os fluxos internos, o que demonstra uma perda de espaço dos fornecedores externos em relação aos fornecedores do Mercosul.

4.6 Análise da regressão dos fluxos de comércio de combustíveis

Esse grupo corresponde à categoria 3 da classificação do COMTRADE, que compreende óleos minerais, lubrificantes e materiais relacionados.

A regressão foi efetuada com base em efeitos fixos (aspectos que não variam no tempo foram suprimidos), e tanto os PIBs dos dois países quanto a taxa de câmbio do país 2, de fora do Mercosul, não se mostraram significativos para explicar os fluxos de comércio dos produtos em questão (P (t) > 0,1).

As variáveis de comércio após a abertura, *merc1a* e *merc3a,* são significativas e apresentam coeficientes positivos e elevados, indicando um aumento nos fluxos de comércio de 210% dentro do bloco e de 108% de fora para dentro. Ou seja, não podemos afirmar que tenha ocorrido desvio de comércio para o setor de combustíveis no período em análise.

4.7 Análise da regressão dos fluxos de comércio de produtos químicos

Os produtos químicos e relacionados estão contemplados na classificação 5 do COMTRADE.

A regressão foi realizada pelo modelo de efeitos fixos e o PIB do país 1 e a taxa de câmbio do país 2 não se apresentaram estatisticamente significativas.

*Merc1a*e *merc3a* positivos nos fazem rejeitar, também para essa categoria, a hipótese de desvios de comércio no Mercosul para o período de 1994 a 2002, demonstrando, inclusive, que houve uma forte intensificação do comércio de produtos químicos tanto entre os países do bloco (188%) quanto de fora para dentro (200%).

5. Conclusões

Constatamos que, tanto em relação aos fluxos de comércio agregado quanto para categorias específicas de produtos, com exceção

dos manufaturados, não houve nenhuma evidência empírica de desvios de comércio entre 1994 (ano de instituição da TEC e de desgravação tarifária intrabloco) e 2002, já que todos os resultados referentes à variável de comércio com o resto do mundo demonstraram aumento nas importações. Quanto aos produtos manufaturados, o que se constatou foi uma redução generalizada dos níveis de comércio, ou seja, uma redução tanto nos fluxos dentro do Mercosul quanto das importações de fora para dentro do bloco.

Dessa forma, do ponto de vista da teoria econômica adotada, podemos concluir que houve criação de comércio e aumento de eficiência econômica no Mercosul no período em análise, o que torna as normas de tributação aduaneira do bloco não apenas juridicamente eficazes, mas também economicamente eficientes.

Não obstante, entendemos que, mesmo que os resultados fossem diversos, o Mercosul ainda assim seria desejável, tendo em vista os benefícios econômicos dinâmicos promovidos pelo processo de integração – aumento da concorrência, maior especialização da produção, estímulo ao desenvolvimento tecnológico, estímulo ao investimento estrangeiro, aumento das economias em escala, livre deslocamento dos fatores de produção e alocação mais eficiente dos recursos escassos.

Assim, ressaltamos a importância das políticas tributárias comunitárias para o Mercosul e, sobretudo, a necessidade de trabalhos empíricos que continuem verificando os impactos econômicos dessas políticas.

6. Referências

BAUM, Christopher F. An Introduction to Modern Econometrics Using Stata. Texas: Stata Press, 2006.

BORGES, José Souto Maior. Curso de Direito Comunitário. Instituições de Direito Comunitário Comparado: União Européia e MERCOSUL. São Paulo: Saraiva, 2005.

CANO, Hugo Gonçalves. A Harmonização Tributária em Processos de Integração Econômica. Brasília: Escola de Administração Fazendária.

CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário. Fundamentos Jurídicos da Incidência. São Paulo: Saraiva, 1998.

COMTRADE Database. Disponível em: <www.comtrade.un.org>. Acesso em 01/10/09.

FERNANDES, Edison Carlos. Sistema Tributário do Mercosul. O Processo de Harmonização das Legislações Tributárias. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERREIRA JÚNIOR, Lier Pires. Estado, Globalização e Integração Regional. Políticas exteriores de desenvolvimento e inserção internacional da América-Latina no final do século XX. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

FOLLONI, André Parmo. Tributação Sobre o Comércio Exterior. São Paulo: Dialética, 2005.

HOUAISS, Antônio. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.

KRUGMAN, Paul R; OBSTFELD, Maurice. Economia Internacional. Teoria e Política. 5ª ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2001.

MARINS, James (coord.). Tributação e Política. Curitiba: Juruá, 2005.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Tributação no Mercosul. Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: <http://www.geocities.com/js_source/adframe07.html>. Acesso em: 13/10/2006.

MERCADO Comum do Sul. Apresentação. Disponível em: <http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/secex/negInternacionais/acoComerciais/MercoQuee.php>. Acesso em: 11 fev. 2007.

MORAIS, Adriano Giacomini. Criação e Desvio de Comércio no MERCOSUL e no NAFTA. São Paulo: 2005. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12138/tde-03012006-113732/>. Acesso em: 20 jan. 2007.

NONNEMBERG, Marcelo José Braga; MENDONÇA, Mário Jorge Cardoso. Criação e Desvio de Comércio no MERCOSUL: O Caso dos Produtos Agrícolas. Rio de Janeiro: 1999. Disponível em: < http://www.ipea.gov.br/pub/td/td0631.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2007.

NUSDEO. Fábio. Curso de Economia. Introdução ao Direito Econômico. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

O QUE é Mercosul. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/comissoes/cpcms/oqueeomercosul.html>. Acesso em: 28/01/2007.

PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. Microeconomia. 5ª ed. São Paulo: Prentice Hall, 2002.

REALE. Miguel. Lições Preliminares de Direito. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

RIANI, Flávio. Economia do Setor Público: Uma Abordagem Introdutória. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1990.

ROSSETI, José Paschoal. Introdução à Economia. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

SALVATORE, Dominick. Economia Internacional. 6ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 2000.

SANDRONI, Paulo. Novíssimo Dicionário de Economia. 10ª ed. São Paulo: Best Seller, 2002.

SILVA, Fernando Antonio Rezende da. Finanças Públicas. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

SILVA, Roberto Luiz. Direito Econômico Internacional e Direito Comunitário. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

SILVA FILHO, Antonio Rodrigues da; CATÃO, Marcos André Vinhas. Harmonização Tributária no Mercosul. São Paulo: Aduaneiras, 2001.

SISTEMA Harmonizado. Disponível em: <http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/secex/negInternacionais/acoComerciais/nomComMercosul.php>. Acesso em: 13/02/2007

TARIFA Externa Comum. Disponível em: <http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/secex/negInternacionais/tec/apresentacao.php>. Acesso em: 11/02/2007.

UNCTAD Database. Disponível em: <www.unctad.org>. Acesso em: 15/10/09.

VARIAN, Hal R. Microeconomia. Princípios Básicos. Uma Abordagem Moderna. 7ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

VINER, J.The Customs Union Issue. New York: Carnegie Endowment forInternational Peace, 1950.

WOOLDRIDGE, Jeffrey M. Introdução à Econometria. Uma Abordagem Moderna. 1ª ed. São Paulo: Cengage Learning, 2006.

Política Comercial e a Instituição dos Tributos Extrafiscais na Importação

Gabriel Bungenstab Coutinho[784]

[784]Advogado. Mestrando em Direito (LLM) na U.C. Berkeley - EUA. Especialista em Economia Política Internacional pela Universidade de Harvard - EUA. Especialista em Direito Tributário pela UDC. Membro da Associação Paranaense de Direito e Economia (ADEPAR). Integrante do Grupo de Estudos na área de Governo da Universidade de Harvard.

Sumário: 1.Introdução; 2. Política comercial**;** 2.1 Teoria e princípios econômicos políticos relativos ao tema; 2.2 Fatores determinantes da política comercial brasileira; 2.2.1 Econômico internacional; 2.2.2 Político internacional; 2.2.3 Doméstico político institucional; 2.2.4 Doméstico econômico; 3 Impostos sobre a importação; 3.1 Extrafiscalidade; 3.2 Fundamentos constitucionais; 3.2.1 Princípios subjetivos; 3.2.2 Legalidade; 3.2.3 Competência; 3.2.4 Aspectos práticos da incidência tributária sobre a importação; 4 Conclusão; 5. Referências.

1. Introdução

Há determinadas searas da liberdade econômica em que o Estado, visando atender o interesse público, intervém através de impostos denominados extrafiscais. Tal modalidade tributária adquire especial relevância por não possuir caráter simplesmente arrecadatório, pois se encontra ligada ao que se chama de estratégia política econômica do país.

No que tange a extrafiscalidade incidente sobre os tributos na importação, tal relação merece especial enfoque, pois dentro do contexto comercial globalizado atual, há de se perceber que nenhuma nação sobrevive isoladamente e são todas extremamente dependentes umas das outras, sobretudo no que tange ao fluxo comercial. Por tais razões, um dos principais pontos de discussão entre as nações é justamente a instituição de tais tributos, pois serve de instrumento político para regular a interação econômica nacional com o mundo e consolidação do desenvolvimento social e econômico de cada qual.

Como já se pode perceber, os fundamentos pelos quais é desenvolvida a legislação sobre a importação decorrem de duas searas totalmente interligadas. Primeiramente, na esfera política econômica, tem-se justificada a instituição de tal tributo pela defesa do interesse público o qual se consolidaria por meio da estratégia político-comercial

desenvolvida pelo país. Na esfera jurídica, verifica-se que tal manifestação política se encontra fundamentada por princípios de direito, muitos constitucionalmente assinalados, direcionando e limitando a atuação do poder público na instituição de tais tributos.

Assim, em que pese ter sido concedido ao poder público extrema liberdade no controle sobre a importação nacional, tal controle se instrumentaliza pela instituição dos impostos sobre importação, os quais devem respeitar fundamentos constitucionais para que finalmente cumpra sua função final, o interesse público,sob pena de não haver uma base jurídica que legitime a prolação estatal tributária.

Realizando um comparativo, observa-se que o desenvolvimento econômico interno e mundial está para legislação sobre importação, assim como a efetividade dos negócios jurídicos está para o direito civil. Ou seja, percebendo que a legislação civil não está refletindo as necessidades e desenvolvimento dos negócios jurídicos atuais, esta se encontraria obsoleta. Da mesma forma, a legislação sobre a importação foi desenvolvida para gerir estrategicamente a relação comercial de um país para com o mundo, fazendo com que o país e seus cidadãos desfrutem da melhor forma possível do desenvolvimento econômico mundial. Caso a legislação esteja de alguma forma freando este desenvolvimento, ou eventualmente isolando o país de inúmeras oportunidades comerciais, esta se encontraria obsoleta.

Neste sentido, visando dar melhor organização didática ao complexo tema, em primeiro momento busca-se compreender as principais teorias políticas econômicas aplicáveis e esclarecer qual sua relação e importância com a matéria. Em seguida, ainda dentro do contexto político econômico, passa-se aos esclarecimentos sobre determinação política comercial brasileira e os principais fatores decisivos na instalação desta política.

Dado a complexidade e abrangência do assunto, se utiliza de uma divisão prática, segregando os diversos fatores que exercem influência na elaboração destas políticas por meio de quatro perspectivas, são elas: fator econômico e social doméstico; fator político doméstico; fator econômico internacional; fator político internacional. Absorvem-se de cada um destas perspectivas diversas peculiaridades que exercem forte pressão na tomada de decisões políticas comerciais.

São vários os diferentes modelos comerciais, estratégias, adotados hoje no mundo, muitas desfrutam tremendo sucesso, outros nem tanto. Entendendo que cada nação possui peculiaridades próprias, cabe aos cientistas que se aprofundam no tema tão somente aprender como as experiências externas e adaptar as necessidades da nação. Contudo, sendo este o fundamento mor na instituição dos tributos da importação, deve as ciências jurídicas buscar compreender em até que ponto tal fundamento se encontra consubstanciado nas normas jurídicas.

De tal forma, verificando que o panorama comercial econômico apresentado serve justamente para fornecer o substrato axiológico para a legitimação e consolidação das normas tributárias sobre a importação, após uma análise política econômica, passa-se a compreensão legal do tema, pelo entendimento do caráter extrafiscal do tributo de importação, quais os fundamentos jurídicos constitucionais a serem perseguidos na construção, eficiência e finalidade dos impostos sobre a importação.

Até onde se acha justo essas políticas, desde um questionamento filosófico à atenciosa observação estatística. Neste trabalho, cas analisar fatores mais evidentes,que podem ser reconhecidos e julgados por todos, tentando organizar tal pensamento e aproximar às ciências jurídicas, em uma discussão sobre o ciclo entre causa e efeito do exercício do poder estatal por meio da legislação sobre a importação.

Adota-se a noção geral de política comercial, pela política governamental que rege o comércio com países terceiros. Tais como os subsídios ao comércio, quotas de importação, restrições voluntárias à exportação, restrições à criação de empresas de capital estrangeiro, regulamentação do comércio de serviços e outras barreiras ao comércio internacional. Como se vê, boa parte desta noção se encontra inserida dentro da seara tributária, sobretudo manifestada pelos tributos incidentes na importação.

Para compreender tais políticas, sejam as estratégias comerciais realizadas por um determinado país, frente ao mundo cada vez mais interligado economicamente, se faz necessário um exame mais aprofundado sobre as razões pelas quais governos adotam certas políticas comerciais, quais os fatores estão envolvidos em suas decisões.

Contudo, tais razões vêm carregadas de um profundo desenvolvimento teórico político econômico, que realçam diversos prós e contras a liberalização aduaneira dos países, os quais devem ser analisados pelos entes competentes no direcionamento de suas políticas comerciais.

2.1 Teoria e princípios econômicos políticos relativos ao tema

Cumpre neste momento esclarecer os argumentos desenvolvidos nas ciências econômicos políticas e sua utilidade na análise sobre as políticas comerciais desenvolvidas. As teorias por vezes se complementam, por outras vão a sentido oposto, de qualquer maneira, têm como foco a busca pelo bem estar social e que nos serve de base para a compreensão da matéria.

Uma das principais teorias identificadas nas relações políticas comerciais entre as nações é a **teoria da Vantagem Comparativa**. Tal

teoria se trata simplesmente de uma abstração a nível mundial da teoria da Vantagem Absoluta desenvolvida por Adam Smith, a qual quebrou a ideologia mercantilista em vigor na época (1776). Adam Smith observou em seu livro A Riquezas das Nações que se cada qual se especializasse com maior maestria em uma determinada atividade produtiva e ofertasse seus serviços no mercado, todos viriam a ser beneficiados. Nesse sentido, em vez do alfaiate fabricar seu próprio sapato, este compra do sapateiro, o qual se especializou em produzir sapatos com maior maestria e eficiência e vice versa. Esta teoria resta evidente em qualquer microeconomia moderna. Ë aceita praticamente de forma absoluta por todos.

Nesse mesmo sentido, contudo, observando a evolução comercial e logística a nível mundial, David Ricardo desenvolve a teoria das Vantagens Comparativas. Na qual, cada país deve produzir o produto ou serviço o qual ele consegue desenvolver com maior eficiência e exportar tal especialidade para qualquer lugar do globo. Da mesma forma, deve importar os serviços e produtos os quais não consegue produzir com eficiência equivalente.(FRIEDEN *et al.*, 2010)

Apesar de certa relutância por alguns estudiosos a serem esclarecidas na sequência, esta teoria das vantagens comparativas é tão bem aceita ao ponto de a maioria dos cientistas políticos econômicos entender que a total liberalização comercial, sem quaisquer impostos aduaneiros, pode trazer muitos maiores benefícios à humanidade(FRIEDEN *et al.*, 2010).

Segue relacionada à teoria denominada **Stolper-Samuelson** a qual sugere que a mão de obra pouco qualificada, a qual é abundante nos países em desenvolvimento, é a principal beneficiada da liberalização comercial global. Para melhor entendimento, utiliza-se como exemplo a relação comercial entre dois países, um desenvolvido (abundância em

mão de obra qualificada, capital) e outro em desenvolvimento (abundancia em mão de obra não qualificada). Cada qual irá produzir produtos onde agregue o fator de produção o qual possui em maior abundância. Assim, seria muito oneroso ao país em desenvolvimento produzir computadores, pois não detém os fatores de produção necessários a isso. Assim como seria muito oneroso para um país desenvolvido produzir calçados, pois se utiliza demasiada mão de obra não qualificada, e a custo da mão de obra em seu país é extremamente alto.

No momento que este país em desenvolvimento eliminar suas barreiras alfandegárias o preço de produtos tais como computadores irão despencar, sem contar no acesso a esta tecnologia. Em contrapartida, quando o país desenvolvido parar de produzir calçados e passar a importá-los, o preço de este produto irá despencar. Em que pese haver a queda de preço, a qual naturalmente beneficiaria a todos, esta medida ainda surtiria efeito na harmonização da oferta e demanda destes fatores globalmente, em que os trabalhadores não qualificados dos países desenvolvidos passarão a competir globalmente, seu serviço prestado passará a competir com trabalhadores na China, que prestam o mesmo serviço a custo inferior. Como se vê, a teoria predita que os fatores produtivos em abundância dos países tendem a se beneficiar com a abertura de capital e os escassos tendem a ser prejudicados. Sendo as classes produtivas inseridas nestes fatores escassos, os principais opositores da abertura comercial. Ainda, que com o tempo e a abertura econômica global esses fatores produtivos tendem a se equilibrar.

É fato que este modelo liberalista reina nos sistema financeiro mundial, estabelece diretrizes para Organização Mundial do Comércio e Fundo Monetário Internacional, contudo, vem sofrendo diversas críticas, por meio de pertinentes observações sobre os efeitos desta abertura

comercial indiscriminada. Sendo assim, em que pese haver inúmeros argumentos a abertura comercial, conforme visualizados acima, existem diversos outros contra argumentos, os quais delinearam as políticas de diversos países no mundo, sobretudo latinos americanos, tal como o Brasil, assim como equilibrar o conteúdo deste estudo.

A argumentação de que os países devam desenvolver a atividade sob as quais possuem maior perícia, nos leva a crer que determinados países essencialmente agrícola devam se dedicar fundamentalmente a esta atividade. No entanto, tal entendimento seria extremamente pernicioso a diversas nações em desenvolvimento. Dentre as razões, se utiliza a terminologia econômica "***Backyardlinkage"*,** a qual seria a dinâmica produtiva trazida pela atividade industrial, a qual a atividade agrícola não possui. Melhor dizendo, aqueles países que possuem a mera produção de commodities sustentam uma séria baixa distribuição de renda, pois não desenvolve na economia uma complexa cadeia de atividade econômica. Assim, a atividade de commodities promove desigualdade de renda, pois nela se concentram o proprietário rural e seus empregados, aquele que detém a terra e uma mão de obra pouco qualificada. Para esta atividade bastariam algum maquinário agrícola e insumos, não desenvolvendo uma cadeia produtiva mais complexa, exaltando a desigualdade entre aqueles que detêm o capital e os que não.

No entanto, a atividade industrial gera uma série de cadeias produtivas, além da matéria prima necessária, desenvolve diversas indústrias que sustentam umas as outras, dentre peças de reposição, prestação de serviços, construção civil, infraestrutura, dentre inúmeros outros setores da economia, promovendo o desenvolvimento de riquezas de maneira mais dinâmica em toda sociedade e assim maior distribuição de renda(OATLEY, 2012).

Com base nos fundamentos expostos acima, assimilados a compreensão da realidade de muitos países em desenvolvimento, sobretudo nos meados do século 21, surge dentre as teorias opositoras do livre mercado, a **teoria Singer-Prebish,** a qual serviu como base na estratégia política, desenvolvida por diversos países em desenvolvimento, denominada ISI **Industrialização Substituindo a Importação.** Esta acredita que países em desenvolvimento deveriam perseguir a industrialização, pois seus termos de comércio[785] iriam se desvalorizar com o tempo. Em outras palavras, com o desenvolvimento do mundo, a tendência é que o preço de commodities tenda a cair e o preço de produtos mais industrializados a subir.(ARDENI & WRIGHT, 1992).

Tal afirmação pode ser observada dentre vários contextos, um deles é o valor agregado pela industrialização na comercialização de alimentos, onde a produção da matéria prima, a carne, o trigo, resulta apenas uma mínima porcentagem em todo o lucro envolvido no ramo alimentício, sendo que, aqueles que realizam a embalagem, conservação e transformação, transporte e comercialização dos alimentos, recebem a grande maioria dos lucros envolvidos neste processo. Melhor exemplificando, no interior do Paraná o avicultor vende por R$ 0,27 o quilo de peru, sendo a totalidade de sua produção adquirida pela Sadia. Contudo, este produto chega ao consumidor final por R$ 14,00 o quilo. Ou seja, aquele que produziu a matéria prima recebe apenas uma fatia ínfima do valor envolvido no negócio.

Outra questão justificativa deste protecionismo, ainda dentro da teoria desenvolvida por Prebisch, é que o setor privado não é capaz

[785] Termos de Comércio – O valor daquilo que o país exporta e o valor daquilo que o país importa. Exemplificando, o Brasil sempre foi um grande produtor de commodities e importador de eletrônicos. Defende a teoria que o valor bruto das commodities tende a ser desvalorizado com o tempo, pois cada vez mais se agrega valor a estes bens com a industrialização.

promover a industrialização sozinho, este precisaria de toda uma cadeia produtiva necessária ao seu desenvolvimento e funcionamento, tal como: prestação de serviços, autopeças, maquinário, mão de obra qualificada, bancário, infraestrutura, energia, comunicação, logística, etc. A teoria estruturalista argumenta que o setor privado não conseguiria organização suficiente para desenvolver conjuntamente toda essa cadeia produtiva de desenvolvimento na economia e iria precisar de um suporte governamental a promover simultaneamente este desenvolvimento e planejar toda a industrialização.

Ainda, percebendo que o setor privado não irá se lançar automaticamente em diversos setores da economia necessários a sustentar esta industrialização, caberia ainda ao Estado se inserir na atividade econômico e explorar atividades ligadas à telecomunicação, setor energético, infraestrutura, transporte e logística. Promovendo assim a indústria de base a fim de dar um empurrão no desenvolvimento industrial nacional.

Seguindo nesta mesma linha, outro problema abordado pela teoria é que seria necessário, no mínimo, o mercado consumidor nacional para sustentar esta produtividade doméstica, porém, dado seu precário desenvolvimento, tais indústrias não poderiam competir com as já consolidadas internacionalmente, sendo necessário o seletivo fechamento alfandegário aos produtos estrangeiros, sendo na verdade este a principal instrumento estratégico de desenvolvimento deste processo industrial.

Vale ressaltar que tais medidas política-comerciais não se esgotam na esfera alfandegária, existem outros fortes instrumentos que concretizam tais políticas e naturalmente refletem diretamente no poder consumidor nacional. São eles, o controle cambial, pois este determina diretamente o poder econômico dos seus cidadãos, sendo necessário

para concretização da ISI um cambio extremamente desvalorizado. Ainda, a fim de controlar a alta inflação trazida pelas medidas alfandegárias e cambiais, se eleva a taxa de juros. Porém, tais manifestações não se expressam necessariamente através de leis tributárias, o que acaba por afasta do cunho jurídico tributário do presente trabalho. Assim, se irá focar na política comercial no que tange a instituição dos tributos na importação e trazer maior profundidade a este tema.

O fechamento alfandegário, além dos benefícios acima defendidos, traz serias consequências econômicas. A teoria que mais retrata os efeitos da estratégia política comercial de fechamento das fronteiras é a teoria da **Falha de Mercado**.

A falha de mercado ocorre da seguinte maneira, a indústria interna produz um determinado produto, no entanto, dado a sua ineficiência tecnológica e produtiva, esta indústria tão somente consegue produzir um produto de qualidade mediana a um preço relativamente alto, dada a sua baixa eficiência produtiva e escala de produção. No entanto, circula na economia global um produto destinado ao mesmo fim com qualidade superior e preço inferior, este, porém, sofre grande tributação para entrar no mercado nacional. Consequentemente, o consumidor, ou seja, toda a população se vê obrigada a pagar mais caro por um produto de pior qualidade pois o internacional se encontra inacessível ou artificialmente mais caro, em razão da tributação incidente. Tal situação é considerada uma falha de mercado, pois se cria uma interferência artificial no valor de mercado do produto por meio de um protecionismo aduaneiro. O presente conteúdo é melhor compreendido quando demonstrado graficamente, onde se demonstra os efeitos perniciosos de tal ineficiência. Por meio da análise gráfica, se pode medir a ineficiência

econômica de um determinado país, no que tange a distorção criada pela tributação aduaneira (Figura 1).

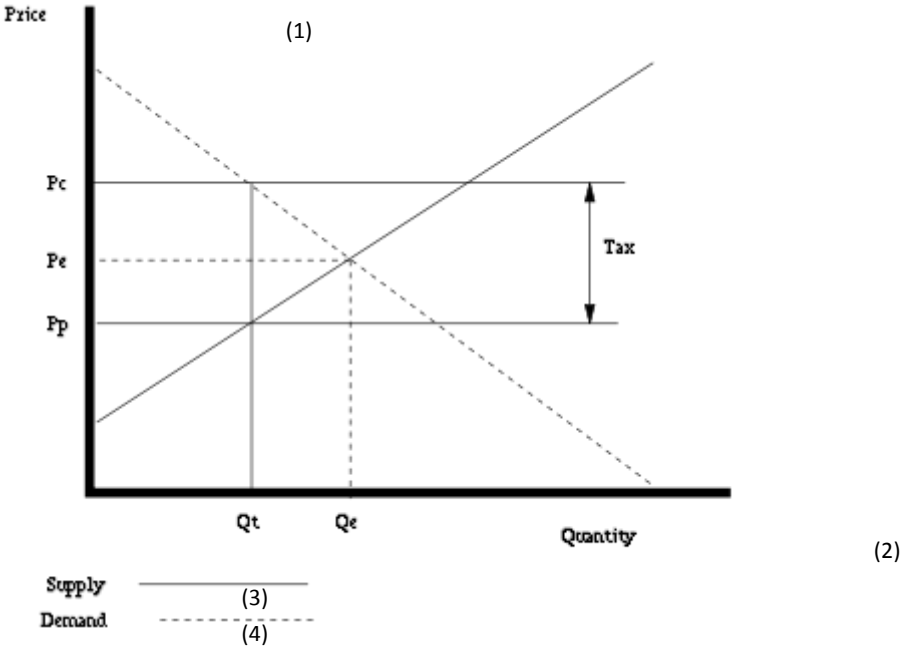


Figura 1

(1)Price – Preço

(2)Quantity - Quantidade

(3)Supply– Oferta

(4)Demand – Demanda

A racionalidade econômica nos leva a crer que o preço do fornecimento deve sempre se equilibrar ao da demanda como fator determinante deste processo. Em uma economia livre e equilibrada, o melhor preço daquele produto oferecido no mercado mundial se ajusta ao perfeito interesse e demanda por esse, fazendo com que todos que possam arcar com ele ao mínimo preço oferecido no mercado os tivessem acesso. Tal como se vê no gráfico, quando as retas de oferta e demanda se cruzam.

Contudo, quando há ostensiva interferência tributária, sobretudo na importação, verifica-se a consequente distorção no preço de mercado.

Com a tributação, o preço do produto sobe, e por consequência seu consumo diminui, assim como o número de pessoas que teriam acesso a este. Por outro lado, o produtor interno, ressalvado da competição internacional pode manter um valor maior de seus produtos, do que seria com a competitividade.

Vê-se neste processo uma forma direta de empobrecimento do povo, pois seu poder de compra diminui, refletindo a inflação real. Tal como se observa no gráfico acima, onde a incidência do tributo resultou o decréscimo da venda e da demanda por aquele produto.

O que muitos doutrinadores argumentam é que as medidas protecionistas comerciais acarretam em uma distribuição direta de riqueza de todo o povo, sejam consumidores, para o alto industrial nacional, por meio de uma maior interferência do governo na economia e consequente maior controle desta. Sobre tal assunto, me permito citar, mesmo em espanhol, texto publicado pela Comissão Econômica Latino Americana:

> *La amenaza de conductas lesivas para lacompetencia*[786]*, así com laconformación de grupos económicos de significativa magnituden determinados mercados, determinanlaposibilidad de ejercer poder de mercado. El concepto de poder de mercado puedeinterpretarse como un aumento delprecio por parte de alguno de los participantes por medio de restricciones de la oferta. El resultado de esta conducta es laredistribución de beneficios e ineficiência asignativa. Así, alguno de los participantes del mercado encuentrabeneficioso incrementar sus precios, lo que induce a uma transferencia de ingresos desde los consumidores a losproductores y genera una pérdida neta (perdida irrecuperabledelbien estar) que perjudica a lasociedad em su conjunto.(PETRECOLLA, 2007)(grifo meu)*

[786] Português: Concorrência.

Como se vê o estudo especializado traz sérios argumentos sobre os efeitos perniciosos da extensiva incidência tributária sobre a importação de bens. Assim como, demonstrou-se se fazer necessário que o Estado oferecesse um empurrão a atividade industrial necessário ao desenvolvimento econômico e social, na medida em que gera riquezas de maneira mais equilibrada à sociedade.

Mesmo aqueles que aceitam ambas as hipóteses, entendem que diversas nações mantêm a atual conjectura protecionista dada a certo acomodamento do setor produtivo industrial a falta de competitividade. Ademais, no que tange ao Brasil, já se verifica um setor industrial consolidado que deve um dia ou outro entrar em competitividade com a produção mundial, em beneficio de sua população que terá acesso a produtos de consumo mais baratos e eficientes, uma vez que boa parte do seu orçamento é utilizada na compra de produtos industrializados.

Demonstrou-se, portanto, uma parte da teoria econômica relativa ao tema aqui proposto, passando-se agora a compreender onde resulta juridicamente tal teoria.

2.2 Fatores determinantes da política comercial brasileira

O estudo conduzido até agora, deixou claro que existem inúmeros fatores sobre a tomada de decisões políticas relacionadas aos impostos nas importações. No entanto, para de fato compreender a política comercial existente, se faz necessário visualizar por diversos ângulos, ou seja, analisar por meio de uma ferramenta didática que ofereça por diversas perspectivas, resposta a questão. Tais perspectivas sejam elas econômica internacional; econômica doméstica[787]; político internacional; político doméstica; demonstram as principais determinantes na

[787]Doméstica diz respeito aos fenômenos internos do país.

construção deste tema. Tal divisão é utilizada nos estudos políticos comerciais em todo o mundo por renomados doutrinadores da área, entre eles JeffryFrieden e Thomaz Oatley.

No caso brasileiro em especial, conforme já brevemente se esclareceu acima, há uma tendência política econômica histórica que levou o Brasil a adotar um sistema denominado industrialização substituindo importação (ISI). Apesar de este sistema estar vagamente se alterando, sobretudo dado a crise da Balança Comercial brasileira de 1980 e uma reforma requisitada pelo Banco Mundial e o FMI, acredita-se que ainda se encontra em vigor por meio de uma série de medidas protecionistas fiscais que oneram a entrada de produtos estrangeiros em nosso país, justamente a base da ISI(OATLEY, 2012).

A existência de tal protecionismo e seus fundamentos é largamente encontrada na doutrina, como se vê nas palavras de Hugo de Britto Machado:

> Se não existisse imposto de importação, a maioria dos produtos industrializados no Brasil não teria condições de competir no mercado com seus similares produzidos em países economicamentemais desenvolvidos, onde o custo industrial é reduzido graças aos processos de racionalização da produção e ao desenvolvimento tecnológico de um modo geral. Além disso, vários países subsidiam as exportações de produtos industrializados, de sorte que seus preços ficam consideravelmente reduzidos. Assim, o imposto funciona como valioso instrumento de política econômica(MACHADO, 2007)

Para compreender esse fenômeno, passa-se a diversas reflexões sobre os fundamentos que sustentam este sobredito protecionismo, assim como outros diversos fatores que exercem pressão a abertura aduaneira e livre comércio. Sendo assim, primeiramente se conceitua cada perspectiva a ser abordada, para depois estabelecer a correlação desta com a política comercial nacional.

2.2.1Econômico internacional

Pode-se entender pelo fator **econômico internacional** o desenvolvimento econômico e tecnológico do mundo. Tecnológico no sentido de que qualquer nova tecnologia desenvolvida por certo país, acaba naturalmente beneficiando a todos. Como exemplo, a invenção da internet e do navio de aço. Nesse mesmo sentido se percebe, sobretudo, a influência da tecnologia do desenvolvimento logístico e barateamento das trocas comerciais, ao ponto de ser muito mais benéfico trazer um produto da China do que fabricá-lo internamente(FRIEDEN *et al.*, 2010).

Ainda, se encontra inserida nesta perspectiva o papel das multinacionais no processo político legislativo do país. Estas megaempresas trabalham seguindo o principio de onde for mais fácil e eficientemente produtivo, lá estará inserida uma de suas plantas industriais e onde houver um mercado consumidor, lá estarão seus produtos.

Dentro do contexto, um dos principais objetivos da política comercial protecionista é justamente fechar o consumo doméstico para a produção e fabricação nacional. Assim, visando desfrutar do alto poder consumidor inserido no país, as multinacionais começaram a migrar para o Brasil e instalar aqui suas plantas industriais, com efeito, acabavam por trazer também diversos desenvolvimentos tecnológicos.

Essa política impede que os produtos sejam importados com o intuito de que sejam produzidos no próprio território brasileiro e as empresas transnacionais, que desejem explorar o vasto mercado consumidor brasileiro e latino, são obrigadas a investir aqui seus recursos, através de suas filiais. Tal política é denominada “Industrialização por Substituição de Importação (ISI)” e como escreve

Moraes “Possibilitaram as ETN´s[788] transpor as tarifas aduaneiras, ou realizar um salto sobre as barreiras tarifárias” e passaram a produzir nos países para onde antes exportavam, beneficiando-se da proteção do país recipiente” (MORAES, 2002).

Contudo, em que pese os diversos benefícios trazidos pela instalação das multinacionais, subsistem ainda alguns problemas a serem bem administrado pelo Estado. Esta problemática foi devidamente sintetizada e simplificada por SILVEIRA:

> Há que se analisar que a abertura indiscriminada ao investimento estrangeiro pode rapidamente implicar a extinção das empresas nacionais, ante a possibilidade das transnacionais utilizarem seu poder visando a dominação de mercado.
>
> (...)
>
> As empresas transnacionais, assim, como base em seu poder econômico, podem facilmente manipular preços, praticando o dumping e sofrendo prejuízos pelo período necessários a eliminar a concorrência local, bem como adquirir as empresas nacionais com menor poder competitivo. Com isso, a concentração de mercado aumenta significativamente, acarretando efeitos maléficos como o desemprego e a redução da arrecadação fiscal(SILVEIRA, 2002).

Todo o capital estrangeiro inserido em nossa economia, justamente o principal objetivo da industrialização substituindo a importação trouxe enormes vantagens ao desenvolvimento econômico brasileiro. No entanto, a entrada deste capital não implica melhores condições sociais quando não feito de forma discricionária e não regulamentada.

[788] Empresas Transnacionais.

2.2.2. Político internacional

Como fator político internacional, pode-se entender pelos acordos diplomáticos, militares e comerciais. Visualizando o contexto internacional atual e do próprio trabalho, delimita-se a análise das influências comerciais e políticas que certos países exercem sobre outros.

No contexto político econômico internacional o Brasil se encontra nos seus direitos soberanos de regular a entrada dos produtos estrangeiros a nação. Este direito encontra especial proteção na Resolução n. 3.281 da Assembleia Geral das Nações Unidas, importante documento que institui a Carta de Deveres Econômicos dos Estados, medida visando o estabelecimento de uma nova ordem econômica-mundial proposto pelos países em desenvolvimento a fim de diminuir as disparidades econômicas entre os Estados.

Nesta resolução, em seu artigo 2, consta a seguinte disposição:

> Article 2 – Each State has the right: (a) To regulate and exercise authority over foreign investment within its national jurisdiction in accordance with its laws and regulations and in conformity with its nationals objectives and priorities. No State shall be compeled to grant preferential treatment to foreign investment(SILVEIRA, 2002).

A Organização Mundial do Comércio (OMC) da mesma forma reconhece como legítimas as atuações estatais interventivas, sua regulamentação multilateral a fim de estabelecer normas que equilibrassem as concorrências comerciais entre as nações se manifesta em especial pelo Sistema Geral de Preferências não recíprocas, em que os Países em desenvolvimento elaboram uma lista de produtos que consideram essenciais ao desenvolvimento de sua produção doméstica, podendo realizar as devidas restrições aduaneiras com relação a estes.

Ainda, com relação à política comercial que vem sendo desenvolvido no Brasil com o MERCOSUL, vale dizer que o principal ponto de evolução do bloco vem sendo justamente na integração aduaneira entre os países. Com isso, o bloco vem ganhando especial relevância no país, pois o intercâmbio comercial entre os países integrantes vem aumentando. Um dos principais fatores relacionados ao tema é a eliminação dos impostos na importação de produtos que tenham origem de dentro do bloco. Tal como estabelece o artigo 5º, inciso a) do tratado que constituiu o bloco:

a) Um Programa de Liberação Comercial, que consistirá em redução tarifárias progressivas, lineares e automáticas, acompanhadas das eliminações de restrições não tarifárias ou medidas de efeito equivalente, assim como de outras restrições ao comércio entre os Estados Partes, para chegar a 31 de dezembro de 1994 com tarifa zero, sem barreiras não tarifárias sobre a totalidade do universo tarifário (Anexo I);

No entanto, o objetivo proposto no artigo ainda não foi consolidado até o presente momento e vem caminhando a passos curtos requisitando também umas reforma tributária integrada em todo o bloco.

2.2.3 Doméstico político institucional

O fator **doméstico político** institucional busca entender aorganização política de um determinado país, tal como regime democrático, sistema eleitoral e partidário, a inserção de diferentes grupos de poder no domínio político interno, possui papel fundamental da tendência política, sobretudo na presente matéria.

No âmbito político doméstico verifica-se no processo legislativo comercial brasileiro, sobretudo no que se refere à elaboração da legislação aduaneira, uma forte tendência em proteger a indústria

interna. Resta evidente que tais medidas decorrem do alto controle empresarial sobre o legislativo e executivo.

Em notícia publicada recentemente no Jornal Valor Econômico se demonstrou claramente tal situação. A União, a pedido confesso do setor industrial situado na zona franca de Manaus, majorou em grande porcentagem a importação de determinadas peças necessárias a vários níveis da produção nacional. Entre eles a produção de ares condicionados, por uma empresa situada em Santa Catarina. Tal discussão foi levada ao judiciário, tendo o Juiz Federal, em primeira instância, considerou inconstitucional a majoração daquela alíquota(VALOR ECONÔMICO, 2012).

Essa barganha existente entre os setores privados domésticos visando seus exclusivos interesses é também identificada pela doutrina especializada, conforme o economista Marcelo de Paiva Abreu:

> A economia política da proteção reflete não apenas o poder de barganha setorial diferenciado, que a experiência brasileira tem demonstrado ser distribuído de forma muito heterogênea entre setores, mas também o preço que a sociedade está disposta a pagar pela adoção de políticas que redundam na queda de seu nível de bem-estar e que não alcançam necessariamente os objetivos inicialmente propostos. Há, além disso, a conhecida assimetria entre os grupos de interesse favoráveis e contrários à tarifa alta: o primeiro é tipicamente composto por um número limitado de indústrias operando ineficientemente e/ou extraindo lucros extraordinários no mercado interno, frequentemente em coalizão com sindicatos que representam os trabalhadores nelas empregados; e o segundo grupo é composto por um grande número de consumidores que pagam preços mais altos pelos bens que adquirem do que seria o caso se a tarifa fosse mais baixa. Embora o custo da proteção do ponto de vista do consumo seja alto em bases agregadas, isso é resultado da soma de um grande número de pequenas perdas de bem-estar. Consequentemente, os

> interesses desses consumidores são dispersos, enquanto os dos produtores são concentrados. O estímulo a uma ação política eficaz é muito maior para os produtores do que para os consumidores (ABREU, 2002).

Como se vê o cientista trouxe ainda a questão já suscitada a respeito das consequentes falhas de mercado trazidas pela excessiva tributação aplicada à importação. Ainda ressalta a falta de poder de organização dos consumidores.

A problemática em torno da influência exercida pelo povo em geral sobre as políticas comerciais e consequentemente tributárias. Infelizmente tal influência se encontra prejudicada decorrente do que se chama na economia como “problema de ação coletiva”. Pois o povo tem poder de organização muito inferior decorrente de seu baixo grau de organização e difusão de interesses. Diferente do alto poder de organização dos detentores de capital, estes que operam diretamente no financiamento de campanhas e posteriormente na elaboração de uma infinita colcha de retalhos legislativos tributários visando seus interesses, sejam setoriais ou regionais.

Por fim, cumpre trazer a compreensão desenvolvida por André Ramos Tavares a respeito do tema:

> Em uma palavra, pois, a legislação não pode beneficiar grupos específicos de interesses exclusivamente privados. Em outros termos, tem-se que a legislação há de ser objetiva e genérica, não contemplando com benefícios, sejam de que ordem for, a nenhum título, a não ser no caso de estar envolvido o próprio interesse público. Não se deve ignorar as circunstancias de que, nas ultimas décadas, a maioria dos países fizeram uso dos benefícios fiscal para fomentar seu desenvolvimento. Ademais, a realidade atual da economia, que ocorre já em escala mundial, torna a disputa mais acirrada, sendo que a concessão de subsídios governamentais para

> determinado produto gera uma ‘guerra’ entre seus países produtores e exportadores(BASTOS & TAVARES, 2000)

Verificada as principais questões políticas inerentes ao tema, cumpre agora observar alguns fatores domésticos que exercem grandes influências sobre a forma como se legisla na importação.

2.2.4 Doméstico econômico

O fator social e econômico doméstico igualmente corresponde um importante fator com relação ao tema, neste estão inseridos o regular desenvolvimento da economia doméstica e a interação desta com o desenvolvimento social. Neste desenvolvimento se inclui o tecnológico, a eficiência e a livre-concorrência. Este último, por ser um princípio constitucionalmente disposto, será tratado no momento em que se abordam as disposições legais a respeito do tema.

Assim passemos a tratar sobre a eficiência da economia e produtividade doméstica. Em que pese haver inúmeros fatores que exercem pressão negativa no desenvolvimento na economia doméstica, acredita-se ser o principal dele, na opinião do próprio empresariado nacional, após inúmeras pesquisas, a alta carga tributária e a ineficiência do sistema público.

Neste sentido, recorre-se a agências internacionais, mantidas pelo Banco Mundial, que analisam o desenvolvimento econômico doméstico de diversos países no mundo, justamente para oferecer ao empresariado internacional que queiram investir naquele determinado país, uma fiel análise sobre o tema. Um dos principais pontos analisados por esta agência denominada Doing Business (fazendo negócios) e justamente a

carga tributária e eficiência de sua cobrança. Para realização desta pesquisa utilizou-se como parâmetro uma empresa de porte médio[789].

Ao avaliar o Brasil restou clara a tamanha ineficiência do setor público nessa questão. Utilizando como comparativo a América Latina assim como a OCDE (Tabela 1):

Tabela 1– Pagando Impostos, um panorama global.

Indicador	Brasil	América Latina & Caribe	OCDE
Pagamentos (1) (número)	9	32	13
Tempo(2) (horas por ano)	2.600	382	186
Imposto sobre os lucros (%lucros)	22,4	19,9	15,4
Contribuições e impostos sobre o trabalho (% lucros)	40,9	14,6	24,0
Outros impostos (% lucros)	3,8	13,2	3,2
Alíquota de imposto total (3) (% do lucro)	67,1	47,7	42,7

(1) O número total de pagamentos de impostos por ano. O indicador reflete o número total de impostos e contribuições pagos, o método de pagamento, a frequência de pagamento e o número de organismos envolvidos para um estudo de caso padronizado durante o segundo ano de operação de uma empresa.

(2) O tempo gasto para preparar, arquivar e pagar (ou reter) o imposto de renda das empresas, o imposto sobre o valor agregado e as contribuições de previdência social (em horas por ano).

[789] Os critérios de avaliação podem ser encontrados no próprio site.

(3) O total da taxa tributária mede o valor dos impostos e das contribuições obrigatórias a serem pagos pelas empresas no segundo ano de operação, expressos como uma parcela dos lucros comerciais.

Como se observa acima, enquanto uma empresa no restante da América Latina leva em média 382 horas para organizar sua parte contábil necessária a quitação de seus tributos, no Brasil, devido a extrema ineficiência e incongruência da legislação tributária, a empresa chega a levar 2.600 horas. Ainda, o governo simplesmente “abocanha”, reunindo todos os impostos, cerca de 67% dos lucros do empresário obtido no ano.

Como ficou claro, o principal obstáculo para que as empresas nacionais possam competir com os produtos importados seria então a alta tributação e baixo nível de eficiência do Estado. Assim, o governo visando corrigir esta deficiência, eleva a carga tributária sobre a importação. Este ciclo vem vigorando no Brasil há décadas e agora está no seu ápice. A população a muito custo vem tentando elevar seu padrão de vida e desenvolver economicamente o país, mesmo diante de toda usurpação do seu patrimônio.

Cumpre deixar clara que a política protecionista não se resume nas tarifas aduaneiras aplicadas, sendo esta apenas uma parte dela, segue conjugada uma política cambial de frequente desvalorização da moeda nacional, com efeito, o dinheiro do brasileiro vale menos. Ainda, a alta inflação ocasionada por ambas às medidas, cambial e aduaneira, é frequentemente contida por meio do aumento dos juros.

Como se viu, utilizando tal divisão didática, ficou mais fácil compreender a realidade político comercial do Brasil, no que tange aspectos relacionadas à tributação sobre as importações, por meio de exemplos inseridos dentre das 4 perspectivas que definem as políticas comerciais deste país.

Por fim, vale dizer que existem inúmeros outros fatores que poderiam ser aqui inseridos, contudo, buscou-se trazer tão somente aqueles mais evidentes e que possuem maior conexão com o tema.

3. Impostos sobre a importação

Compreendido os motivadores políticos e econômicos que definem diretamente a legislação e incidência dos tributos sobre a importação. Vale agora perceber como tal manifestação política repercuti na esfera legal, quais os fundamentos que concedem esta liberdade ao Estado para estabelecer uma densa carga tributária sobre a importação, e igualmente, quais os fundamentos que delimitam e dão legitimidade as diversas manifestações tributárias extrafiscais.

Vale saber que os impostos incidentes na importação não se limitam ao Imposto de Importação (II), incidindo também outros tributos constitucionalmente admitidos, tal como o IPI, ICMS, taxas em razão do exercício do poder de polícia, contribuições sociais do importador, contribuições sociais de intervenção do domínio econômico, etc.

3.1Extrafiscalidade

Cabe agora esclarecer os fundamentos jurídicos existentes a matéria, por meio dos conceitos de extrafiscalidade, e os princípios constitucionais que permitem e regulam tais motivações.

No conceito trazido por Geraldo Ataliba, já se verifica a conexão jurídica à política no que tange a matéria:

> consiste a extrafiscalidade no uso de instrumentos tributários para obtenção de finalidade não arrecadatórias, mas estimulantes, indutoras ou coibidoras de comportamentos, tendo em vista outros fins,a realização

> de outros valores constitucionalmente consagrados.(ATALIBA, 1990)

Como outrora se afirmou de fato o tributo possui um caráter extra arrecadatório, devendo ser utilizado com a finalidade de estimular o desenvolvimento social, tendo em visto outros valores constitucionalmente admitidos. Assim, se concede certa arbitrariedade ao poder público na instituição destes. Porém, esta competência deve ser exercida a luz dos princípios de direito.

Neste mesmo prisma, segue esclarecimento trazido por Paulo de Barros Carvalho acerca da extrafiscalidade:

> Considerando a extrafiscalidade no uso de formulas jurídicas tributárias para a obtenção de metas que prevalecem sobre os fins simplesmente arrecadatórios de recursos monetários, o regime que há de dirigir tal atividade não poderia deixar de ser aquele próprio das exações tributárias. Significa, portanto, que, ao construir suas pretensões extrafiscais, deverá o legislador pauta-se, inteiramente dentro dos parâmetros constitucionais, observando as limitações de sua competência impositiva e os princípios superiores que regem a matéria, assim entendidos tanto os dispositivos expressos quanto os implícitos. (CARVALHO, 2011)

É certo que o poder público, no âmbito de seu poder executivo, tem liberdade para desenvolver estrategicamente suas políticas. Porém, no momento que elas se amoldam através de uma legislação tributária, incidindo sobre a liberdade privada de todos os cidadãos, tem estes legítimos direitos de questionar seus fundamentos, por meio dos princípios jurídicos inerentes a matéria, os quais se buscarão entender na sequência.

3.2Fundamentos constitucionais

A atual Constituição em vigor traz em seu escopo normas e diversos dispositivos que tratam da ordem econômica nacional e seu desenvolvimento visando o bem-estar social. Assim, quando a carta normativa maior do Estado incorpora aos seus dispositivos normas reguladoras deste nível, visa direcioná-los, sobretudo, à atuação estatal, devendo tais normas servirem como parâmetro nas diversas atuações regulatórias do Estado.

Como se observa nos conceitos citados acima, os doutrinadores apontam para os existentes princípios delimitadores do direito a função de limitar e direcionar a atividade pública na instituição e cobrança dos tributos extrafiscais. Neste ponto, o papel constitucional é esclarecedor sobre os fundamentos a serem perseguidos na cobrança destes tributos, pois são vários os princípios constitucionalmente inseridos(SILVA, 1998).

Com se verá, os princípios inerentes tendem a equilibrar entre a liberdade econômica e o interesse público. Porém, inseridos nestes ainda se encontram diversos outros mandamentos legais, que podem fornecer uma visão mais apurado sobre a questão.

Existem ainda princípios assentados por normas delimitadores que possuem muito maior grau de objetividade, com critérios pontuais, sem que seja necessário qualquer juízo de valor, para restringir a atividade de instituição de tributos e resguardar a segurança jurídica com relação à matéria.

Neste escopo, se utiliza da divisão principiológica adotada por Paulo de Barros de Carvalho, que se acredita combinar com a finalidade do presente trabalho. Carvalho divide os princípios incidentes sobre a instituição de tributos, neste naturalmente se incluem os tributos sobre a

importação, em duas categorias. Primeiro seriam aqueles princípios que impõem limites objetivos a competência legislativa sobre a matéria, tais como os princípios da legalidade, a anterioridade e a noventena. O segundo grupo de princípios seriam aqueles em que sua avaliação e aplicação sobre a matéria possuem necessariamente certo grau de juízo de valor, tal como a moralidade publica, principio a liberdade econômica, interesse público, etc. (CARVALHO, 2011).

Com base em tal divisão, conjugado a finalidade prática do presente trabalho, primeiramente serão realizados os devidos esclarecimentos a respeito dos fundamentos constitucionais a instituição dos tributos extrafiscais de importação. Na sequência serão então compreendidos os principais tributos incidentes na importação, conjuntamente com a competência para sua instituição e o devido respeito ao princípio, aqui denominados objetivos.

3.2.1 Princípios subjetivos

Conforme os conceitos estabelecidos, o principal fundamento à instituição dos tributos extrafiscais é justamente a perseguição do desenvolvimento nacional em prol do interesse público, a qual deve ser almejada com base nos princípios constitucionalmente dispostos. Neste ponto, a Constituição Brasileira adota o modelo dirigente, visando conduzir minuciosamente os Poderes a adotar determinadas diretrizes e por vezes inclusive, trazendo os meios para alcançar estas finalidades.

Sobre o presente tema não é diferente o tratamento constitucional, pois dispõem de várias normas que variam entre a liberdade privada com a necessidade da interferência estatal. Apesar de inúmeros princípios estarem inseridos neste contexto, visando delimitar o tema, serão

apresentados somente aqueles que se entende ser de fundamental importância ao trabalho.

Inicia-se, portanto, expondo um pouco deste conflito normativo para melhor esclarecer cada qual na sequência. No artigo 1º da Constituição Federal se disciplinam os princípios fundamentais da República.

Neste mesmo sentido, visando concretizar alguns dos princípios dispostos, a Constituição estabelece como determinante ao Poder Público a função de fiscalização, incentivo e planejamento, disposto em seu art. 174, sendo este, meramente indicativo ao ente privado:

De fato o papel do Estado se faz necessário, sobretudo no que tange à relação comercial internacional. A referida intervenção em grau comedido é defendida por praticamente toda a doutrina, a ver:

> A necessidade de se estabelecer, por via da legislação, punições às atitudes da iniciativa privada que possam comprometer o equilíbrio dos agentes econômicos e incontestável. Isso porque referido equilíbrio é objetivado pela Constituição, não apenas como decorrência do princípio abstrato da igualdade, mas também porque a própria Constituição foi especificamente incisa neste particular, como se verificará adiante. Não há como aquele equilíbrio ser atingido com a ausência total da regulação e fiscalização pelo Estado. No mercado regido pelas forças absolutamente livre há sempre a possibilidade de o agente econômico interferir nesse estado de liberdade, corrompendo o desejável equilíbrio, pela sua força econômica superior. (TAVARES, 2003)

Contudo, em que pese tal poder interventivo, seu exercício não pode ocorrer de forma arbitrária, conforme observa Eros Grau:

> O planejamento apenas qualifica a intervenção do Estado sobre e no domínio econômico, na medida em que esta, quando consequente ao prévio exercício dele, resulta mais racional (GRAU, 1997)

Neste sentido, o que pode ser considerado racional ou não resulta além de um estudo político econômico a respeito do tema, tal como brevemente realizado acima, também de uma abordagem de quais princípios direcionam a atividade pública e assim o próprio planejamento nacional.

Sobre o tema da necessária intervenção do Estado na economia, vale combinar algumas considerações de cunho econômico, afinal, como seu viu, em razão da matéria tratada, fica difícil fazer tal distinção, pois economia e direito se encontram conexas na presente.

Do outro lado da moeda, equilibrando a intervenção estatal e a limitando, a Constituição estabelece como fundamento do Estado Democrático a livre-iniciativa logo em seu artigo 1º.

O relativo conflito citado acima se encontra ainda mais evidente no primeiro artigo regulador da ordem econômica nacional, art. 170, dispositivo determinante dos princípios gerais da ordem econômica brasileira.

No mesmo momento em que o Estado concede liberdade e defende os direitos da população em geral, estabelece critérios que visam delimitá-la a fim de garantir os interesses públicos.

Como estabeleceu o artigo acima e também se encontra inserido no artigo 1º, inciso IV dentre outros, a Constituição em vários momentos cita a livre concorrência, as quais neste contexto pode ser considerada sinônimo da livre iniciativa[790], como um primado da República, tais dispositivos se enquadram justamente na postura capitalista absorvida

[790] Sobre tal tema, a algumas discordâncias na doutrina, contudo, igualmente ambos os conceitos possuem caráter semelhante, vale citar Celso Ribeiro Bastos “só pode existir a livre concorrência onde há a livre iniciativa. O inverso, no entanto, não é verdadeiro – pode existir livre iniciativa sem livre concorrência. Assim, a livre concorrência é algo que se agrega à livre iniciativa” (Curso de direito constitucional, p. 354).

pelo Estado brasileiro, buscando conexão com o desenvolvimento globalizado(TAVARES, 2003).

Manuel Gonçalves Ferreira Filho faz importante consideração a respeito deste princípio:

> A consagração da liberdade de iniciativa, como primeira das bases da ordem econômica e social, significa que é através da atividade socialmente útil a que se dedicam livremente os indivíduos, segundo suas inclinações, que se procurará a realização da justiça social e, portanto, do bem-estar social(FERREIRA FILHO, 2001)

Essa liberdade vem configurada por uma série de conceitos econômicos, entre eles a distorção ou falhas de mercado inserido no capítulo 2. Sendo assim, tal princípio acaba por consolidar outro constitucionalmente previsto, o de defesa consumidor, pois a concorrência sendo livre concede ao consumidor melhores opções em termos de qualidade e preço. Da mesma forma observa André Ramos Tavares:

> Portanto, infere-se da livre concorrência, enquanto principio constitucionalmente expresso, a contemplação, dentre as suas finalidades, concomitantemente com a tutela do mercado, a tutela do consumidor, considerando como o ente principal das relações de consumo travadas no cenário de desenvolvimento econômico de um país(TAVARES, 2003)

Da mesma forma interpreta Celso Ribeiro Bastos, estabelecendo estreita relação da livre-concorrência com os benefícios trazidos ao consumidor:

> É pela livre concorrência que se melhoram as condições de competitividade das empresas, forçando-as a um constante aprimoramento dos seus métodos tecnológicos, dos seus custos, enfim, na procura constante de criação de condições mais favoráveis ao consumidor. Traduz-se

> portanto numa das vigas mestras do êxito da economia de mercado (BASTOS & MARTINS, 2000)

Ainda, verifica-se no art. 173, par. 4º da CF penalidades repressivas a praticas que ofendam a livre concorrência *"§ 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"*. Situação a qual é completamente desconsiderada no que tange a competição interna com a externa.

Em análise sobre os princípios apresentados e a atuação estatal na importação, Tavares faz grave crítica à ineficiência estatal a qual prejudica todo cumprimento do escopo constitucional:

> A péssima situação dos portos brasileiros, bem como a precariedade na regulamentação que por muito tempo vingou no Brasil, tem provocado o encarecimento imediato dos produtos que se utilizam desses sistemas. A situação já foi mais grave do que é atualmente. Contudo, ainda há muito a ser feito. Toda a 'intervenção' nesse setor, contudo, só será válida se considerá-lo estratégico para o desenvolvimento do país, proteção do consumidor e incremento a livre iniciativa. Contudo, não tem sido este o enfoque conferido à questão dos portos, cuja solução ainda resta em aberto.(TAVARES, 2003)

Mesmo em havendo os princípios norteadores do direito e da atividade econômica, a Constituição ainda determinou ao Estado o planejamento da economia, a redução das desigualdades sociais e a busca do pleno emprego. Neste sentido, como interventor, mesmo sendo considerados os pressupostos acima dispostos, deve o Estado atuar de forma a fiscalizar e regular a economia.

No entanto, mesmo sobre tais fundamentos, ainda se consideram excessivas a intervenção ora existentes, de forma que, o caráter interventivo passa ir contra aos próprios razões que os fundamentam.

Sobre a busca pelo pleno emprego, disposta pelo art. 1º e 170 da CF, Américo Luís Martins da Silva traz valioso esclarecimento:

> A busca do pleno emprega é, como se afigura, um princípio diretivo da economia. Ele se opõe evidentemente, às políticas recessivas, uma vez que elas trazem desemprego (SILVA, 1996, grifo meu)

No que diz respeito a principio da redução das desigualdades sociais, retorna-se novamente a compreensão da matéria por Américo Martins da Silva:

> entre essas estratificações de uma sociedade existem visíveis desigualdades, que, por vezes, são extremamente profundas, a ponte de à classe inferior ser relegada apenas a mera sobrevivência. Assim, entendemos por 'reduzir a desigualdade sociais' como diminuir a diferença entre o padrão de vida de uma classe e o padrão de vida de outra classe. Isto pode ser tentado por um caminho ascendente ou por um caminho descendente.
>
> Tratando-se de um sistema capitalista, parece-nos que a intenção do legislador constituinte brasileiro, ao elevar a redução das desigualdades sócias a principio de ordem econômico, é de orientar a intervenção do Estado na economia no sentido de melhor distribuir a riqueza ou renda nacional, para se proporcionar um aumento do nível de vida, de consciência, de educação e de cultura das camadas inferiores da população, assegurando a cada membro o mínimo de que ele carece, individual e socialmente, para viver condignamente.

As palavras do doutrinador expõem grande parte da problemática em torno do tema, nos levando novamente ao ponto de partida, ampliando ainda mais o assunto que se buscava de certa forma reduzir. De qualquer maneira as faz de maneira totalmente legítima, pois estabelecer critérios dos limites a intervenção estatal na importação, exige não somente a análise de praticamente todo o disposto na

constituição e de toda conjectura econômica brasileira, mas também a análise de todo o sistema político internacional, por meio dos seus diversos órgãos, assim como uma sensível percepção das experiências mundiais no que tange a abertura comercial de suas fronteiras.

3.2.2 Legalidade

Os princípios objetivos delimitadores da atividade de se legislar sobre a importação se fundamentam, sobretudo, no **principio da legalidade,** o qual é aplicável a todo o direito de maneira geral, sobretudo nos sistemas de “Civil Law”, e no que tange a matéria tributária ganha especial relevo. Assim, o dito princípio se encontra positivado na Carta Magna, em seu art. 5º, inciso II. No mesmo sentido, o Código Tributário Nacional traz ainda mais detalhes quando disciplina a matéria em seu artigo 97.

Porém, em matéria tributária, tal conceito ganha certa abrangência, dado ao caráter dinâmico e imediato nas alterações de alíquotas, fazendo com que um dos principais pontos de discussão desta legalidade seria o momento em que poderiam ser cobrados tais tributos instituídos, equilibrando mais uma vez o interesse do Estado em ter um instrumento imediato no controle de sua política econômico em face da segurança jurídica dos cidadãos em serem surpreendido a todo momento com excessiva diferenciação nos preços sobre produtos que podem ou não ser essenciais a sua vida.

Quanto ao **princípio da anterioridade e da noventena**, este concede ao contribuinte uma segurança jurídica de não ser surpreendido pela instituição de impostos de um dia para o outro e assim, ter um mínimo de segurança jurídica necessária ao planejamento de sua vida e atividade empresarial. Tal princípio se encontra bem conceituado pelo

artigo 150, inciso III da CF, conceituando a anterioridade na alínea b deste, e a noventena na alínea c.

No mesmo inciso, na aliena a, verifica-se ainda a inserção **do principio da irretroatividade**. No qual, a própria aliena já deixa claro, simplesmente não se pode querer cobrar um tributo sobre fatos anteriores à lei que o estabeleceu. Este o qual, visando garantir ao cidadão um mínimo de segurança jurídica, não encontra substanciais exceções.

Em que pese tais disciplinas serem aplicáveis ao direito tributário em geral, com exceção da mencionada, no que tange a alteração de alíquotas sobre os impostos incidentes na importação, se institui uma excepcionalidade trazida pelo próprio artigo 150 citado, em seu par. 1º, a ver: “§ 1º A vedação do inciso III, b, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, IV e V; e 154, II; e a vedação do inciso III, c, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, III e V; e 154, II, nem à fixação da base de cálculo dos impostos previstos nos arts. 155, III, e 156, I.”

Como se vê, dado o caráter extrafiscal, cada tributo recebe um tratamento especial com relação à anterioridade e noventena, contudo, não com relação a irretroatividade que deve ser respeitada em todas as cearas do direito.

3.2.3 Competência

Com relação à competência para alterações das alíquotas destes tributos, cumpre esclarecer neste momento seus aspectos gerais e tratar a exceção diretamente com o esclarecimento deste tributo, sendo que, com exceção do ICMS, todos são de competência da União e todos compartilham a mesma característica comum, seu caráter extrafiscal.

Entendido que é de competência da União desenvolver a citada estratégia de desenvolvimento econômico nacional, a esta justamente se concedeu o poder de instituição e alterações dos principais tributos inerentes à importação, através do artigo 153 da CF.

Ainda, suportando a conexão existente entre a política desenvolvida e a tributação, o artigo constitucional 237 faz menção direta ao controle do comércio exterior pela Fazenda Nacional.

Conforme se demonstrou é de competência do executivo a alteração dos impostos sobre a importação. Procedimentalmente, tal competência se manifesta por meio do decreto, tal como disciplina o art. 84 da CF em seus incisos IV e XXVII.

Tratando do assunto de forma ainda mais especifica e objetiva, cumpre dizer que o poder executivo delegou o referido poder de alteração nas alíquotas sobre a importação a Câmera de Comércio Exterior (CAMEX), órgão integrante do conselho de governo, tal delegação se deu por meio do Decreto 4.732/2003 e é exercida pela CAMEX por meio da edição de resoluções por este órgão.

Como se vê, o poder executivo possui ampla liberdade na alteração dos impostos sobre a importação de acordo com as políticas que estão sendo desenvolvidas.

3.2.4 Aspectos Práticos da Incidência Tributária Sobre a Importação

Dado a dificuldade de compreender teoricamente todas as disposições esclarecidas acima, passemos diretamente para a compreensão prática do assunto, reunindo os principais tributos sobre a importação trazidos neste trabalho.

Assim, utiliza-se o exemplo de um veículo automotor de motorização de 1.5 a 2.0, de até 6 passageiros, o qual, sendo importado ao País teria a seguinte incidência tributária, conforme simulador da Receita Federal:

Tabela 2 - Simulação do Tratamento Tributário e Administrativo das Importações - Veículo

Código NCM		8703.23.10	
Descrição NCM		AUTOMS.C/MOT.EXPL.,C>1500<=3000CM3,ATÉ 6 PAS	
Taxa de Câmbio do Dia 29/7/2012		R$ 1,0000	
Valor Aduaneiro Convertido		R$30.000,00	
Alíquota II (%)	35,00	**Tributo II**	R$ 10.500,00
Alíquota IPI (%)	55,00	**Tributo IPI**	R$ 22.275,00
Alíquota PIS (%)	2,00	**Tributo PIS**	R$ 737,91
Alíquota COFINS (%)	9,60	**Tributo COFINS**	R$ 3.541,97

Fonte: RECEITA FEDERAL, 2012

Desta forma, um veículo que tivesse seu preço, já incluído os custos de transporte, no valor de R$30.000,00, teria ainda incidência de aproximadamente mais R$ 37.054,00 sobre seu valor. Ficando disponível ao consumidor interno a R$67.054,00.

Porém, quando se trata de uma câmera fotográfica, os impostos são reduzidos sensitivamente, no entanto, permanecem altos.Neste caso, o valor do produto foi de R$500,00 para R$732,00.

Utilizando os fundamentos econômicos dispostos no segundo capítulo resta evidente a distorção econômica causada pelos tributos na importação. Como se vê no exemple do automóvel, o produto é produzido internamente com menos da metade da eficiência produzida externamente, assim, visando favorecer a indústria nacional, se estabelecem os tributos extrafiscais na importação.

Evidentemente o tema é mais complexo, e existem justamente os fatores econômicos dispostos também naquele capítulo acerca dos fundamentos do protecionismo. Contudo, vale pesar se tais fundamentos seriam suficientes para fazer com que o povo pague um valor extensivamente superior a praticamente todos os produtos comprados. Cabe confiarmos à renda do povo diretamente aos cofres públicos, confiando em sua estratégia desenvolvimentista nacional. Restou claro acima que o ônus disso é muito alto.

4. Conclusão

Conforme amplamente demonstrado, a matéria é impassível de ser esgotada. Apesar de tal frase representar uma contradição é a realidade encontrada sobre um tema que envolve como finalidade ultima a busca pelo bem estar social. Sendo que, quanto mais extensa a análise realizada mais duvidas virão surgir, tornando a conclusão ainda mais distante.

Apesar desta dificuldade, restou clara que as ciências jurídicas e econômicas políticas são indispensáveis para se começar uma discussão sólida. Assim, se encontrando a nação brasileira inserida em um mundo

onde as trocas comerciais são indispensáveis ao crescimento econômico, verificar se a estratégia política comercial nacional se encontra harmonizada com os principais princípios norteadores desta economia globalizada e no mínimo o ponto de partida para estudo da matéria. Apontar quais seriam os princípios jurídicos inerentes à matéria, nos fornece uma base para que neste passo possamos analisar a normatização pertinente e fazer estreita relação entre a economia e o direito.

Sobre tal tema, exponho as palavras de Alberto Xavier, brilhante doutrinador português, a fim de promover as considerações finais do presente trabalho:

> Num sistema econômico que tenha como principio ordenadores a livre iniciativa, a concorrência e a propriedade privada, toma-se indispensável eliminar, no maior grau possível, todos os fatores que possam traduzir-se em incertezas econômicas suscetíveis a prejudicar expansão livre da empresa, designadamente a insegurança jurídica.[791] (XAVIER, 1978)

Neste sentido, cumpre a cada qual, verificar se a atual estrutura estatal se mostra eficiente o suficiente para promover a extensiva intervenção econômica sobre a importação. Se tal atividade estatal transmite certezas quando visa controlar a atividade econômica comercial internacional, interferindo em grande monta na liberdade econômico de todos os seus cidadãos a fim de consolidar políticas que visem como finalidade principal o bem estar social.

5. Bibliografia

[791]XAVIER, ALBERTO. **Os principios da legalidade e da tipicidade da tributação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.**

ABREU, MARCELO P. Política Comercial Brasileira: Limites e Oportunidades. In: PINHEIRO, A. C.; MARKWALD, R.; PEREIRA, L. V. O Desafio da Importações. Rio de Janeiro: BNDES, 2002. p. 704.

ARDENI, PIER GIORGIO; WRIGHT, B. The Prebisch-Singer hypothesis: A reaprraisal independent of stationarity hypothesis. The Economic Journal, v. 102, n. 413, p. 803-812, jul. 1992.

ATALIBA, GERALDO. IPTU: progressividade. Revista de Direito Público, v. 23, n. 93, p. 233-238, jan./mar. 1990.

BASTOS, CELSO R.; MARTINS, IVES G. Comentários a Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro 1988. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BASTOS, CELSO RIBEIRO; TAVARES, ANDRÉ R. As tendências do direito público no limiar de um novo milênio. São Paulo: Saraiva, 2000.

BEVIGLIA-ZAMPETTI, AMÉRICO; FREDRIKSSON, TOBIÖRN. A dimensão do desenvolvimento nas negociações sobre investimento. In: AMARAL JUNIOR, A.; RATTON, M. Regulamentação Internacional dos Investimentos - Algumas Lições para o Brasil. São Paulo: Aduaneiras, 2007. p. 584.

CARVALHO, PAULO B. Direito Tributário: linguagem e método. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2011.

FERREIRA FILHO, MANOEL G. A democracia no limiar do século XXI. São Paulo: Saraiva, 2001.

FRIEDEN, JEFFRY; LAKE, DAVID A.; BROZ, J. L. International Political Economy: Perspectives on Global Power and Wealth. 5. ed. London: Routledge, 2010.

GRAU, EROS. A ordem econômica na constituição de 1988. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

HARADA, KIYOSHI. O caráter seletivo do IPI a impedir a majoração imotivada sobre veículos importados. São Paulo: www.haradaadvogados.com.br, 2011.

MACHADO, HUGO B. Comentários ao Código Tributário Nacional. 2. ed. São Paulo: Atlas, v. 1, 2007.

MORAES, ORIZIMBO. Investimento Direto Estrangeiro no Brasil. São Paulo: Edições Aduaneiras, 2002.

OATLEY, THOMAS. International Political Economy. 5. ed. Glenview: Pearson, 2012.

PETRECOLLA, DIEGO. Mejores prácticas en matéria de defensa de la competencia en Argentina y Brasil: aspectos útiles para Centroamérica. México D.F.: Naciones Unidas, 2007.

RECEITA FEDERAL. Sitio de Apoio ao Importador. Simulador do Tratamento Tributário e Administrativo das Importações, 2012. Disponivel em: <http://www4.receita.fazenda.gov.br/simulador/>. Acesso em: 29 jul. 2012.

SILVA, AMÉRICO L. M. A Ordem Constitucional Econômica. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1996.

SILVA, JOSÉ A. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

SILVEIRA, EDUARDO T. Disciplina Jurídica do Investimento Estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

TAVARES, ANDRÉ R. Direito Constitucional Econômico. São Paulo: Método, 2003.

VALOR ECONÔMICO. Juiz reduz imposto de peça de ar-condicionado. Notícias Fiscais, 2012. Disponivel em: <http://www.noticiasfiscais.com.br/2012/03/06/juiz-reduz-imposto-de-peca-de-ar-condicionado/ >. Acesso em: 20 jul. 2012.

WIKIPEDIA. Deadweight loss. Wikipedia, 2012. Disponivel em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Deadweight_loss>. Acesso em: 22 jul. 2012.

XAVIER, ALBERTO. Os principios da legalidade e da tipicidade da tributação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

Notas Metodológicas para Avaliação de Políticas Públicas nos Investimentos de Infraestrutura Energética: um estudo a partir da análise econômica do direito regulatório

José Osório do Nascimento Neto[792]

Sumário:1. Introdução. 2. Instituições e organização na produção energética como justificativas de metodologia científica. 3. Regulação e avaliação da gestão pública na definição de objetivos de pesquisa para investimentos em infraestrutura. 4. A atividade econômica energética como fundamento jurídico-institucional metodológico. 5. O delineamento da pesquisa sob a ótica da Análise Econômica do Direito Regulatório. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. Introdução

A proposta desta pesquisa acadêmica aponta para o papel e a importância da avaliação de políticas públicas na regulação da infraestrutura energética brasileira, sob o enfoque da Análise Econômica do Direito (AED), teoria utilizada para embasar e justificar, entre outras

[792] Professor das Faculdades Integradas do Brasil (UniBrasil) e da Faculdade Cenecista de Campo Largo. Mestre em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Especialista em Direito Público pela Universidade Candido Mendes do Rio de Janeiro (UCAM-RJ). Membro da Associação Paranaense de Direito e Economia (ADEPAR). Advogado. E-mail: osorio.nascimento@gmail.com

questões, a necessidade de regulação da Economia. Uma das premissas para a aplicação da AED é a de que o mercado apresenta falhas, as quais prejudicam o desenvolvimento eficiente da Economia e precisam, portanto, ser corrigidas. Um dessas falhas é a assimetria de informações entre os agentes econômicos. A referida falha se acentua no contexto da avaliação de políticas públicas, em que a informação exerce influência significativa nas decisões de investimento dos agentes. A existência de tais distorções justifica a necessidade de regulação da economia com o propósito de sua correção.

Ora, se a regulação constitui uma das modalidades de atuação do Estado na Ordem Econômica, tem-se, então, como hipótese desta pesquisa, que a avaliação de políticas públicas impacta os investimentos de infraestrutura energética no Brasil. Neste contexto, o trabalho analisa como variáveis também desta pesquisa, as modalidades de intervenção do Estado na Economia, com enfoque preferencial na intervenção indireta; e, na regulação econômica, especialmente, por meio das determinantes jurídico-institucionais, que envolvem, conseqüentemente, as estruturas do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (CADE, SEAE e SAE), do Ministério de Minas e Energia (MME), da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), das Centrais Elétricas Brasileiras (Eletrobrás), demais Agências Reguladoras Estaduais e agentes do setor de infraestrutura energética no Brasil.

Para os teóricos da AED, a existência de instituições respeitadas, representa fator essencial para o desenvolvimento da Economia, pois exercem papel fundamental na organização da atividade econômica. Um mercado bem regulado, com o suporte da avaliação de políticas públicas, torna-se mais confiável e previsível; reduz os custos de transação e atrai, conseqüentemente, mais investidores, que contribuem não apenas para a capitalização das empresas produtivas deste País, como também para

a transparência, que envolve dicotomias conceituais como: público e privado; legalidade e legitimidade; individual e coletivo; agência e estrutura.

2. Instituições e organização na produção energética como justificativas de metodologia científica

Existem no País poucos pontos de referência em energias renováveis, que têm como objetivo principal coletar informações sobre tecnologias, atividades, projetos de pesquisa, dados estatísticos e pesquisadores. Vários desses centros também executam e coordenam projetos próprios de Pesquisa & Desenvolvimento em fontes renováveis, competindo em algumas situações entre si e com grupos de universidades. O Ministério da Ciência e Tecnologia (MCT) tem sido um dos principais organizadores desses centros e vários possuem atividades financiadas pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), pela Financiadora de Estudos e Projetos (FINEP), pela Caixa Econômica Federal (CEF), pelo Instituto de Tecnologia para o Desenvolvimento (LACTEC) e, mais recentemente, pelos Fundos Setoriais – CT-Energ, dentre outros. No mesmo sentido, como fundamento normativo do papel das Instituições de Ensino Superior (IES), na avaliação de políticas públicas, destaca-se o inciso III, do artigo 43, da Lei nº. 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional; e, segundo o qual, a educação superior tem por finalidade incentivar o trabalho de pesquisa e investigação científica, visando o desenvolvimento da ciência e da tecnologia e da criação e difusão da cultura, e, desse modo, desenvolver o entendimento do homem e do meio em que vive.[793]

[793] SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito, energia e tecnologia**: a reconstrução da diferença entre energia e tecnologia na forma da comunicação jurídica. São Leopoldo, 2008. Tese (Doutorado

Assim, a proposta desta pesquisa acadêmica, alcançando a qualidade de notas metodológicas necessárias, poderá se tornar não apenas uma contribuição para o avanço do conhecimento científico no campo da avaliação de políticas públicas, como, também, uma orientação à transparência dos investimentos em infraestrutura, no setor energético nacional, a partir da Análise Econômica do Direito Regulatório.

Numa primeira ótica, verificar a influência de mecanismos, instrumentos e processos desenvolvidos diretamente na participação política ou em outras áreas de atuação contribui para a promoção do controle social no estabelecimento de diretrizes e de princípios norteadores de ação do Poder Público. No caso de processos participativos, é importante ressaltar o papel dos diferentes atores na formulação da política e, posteriormente, no seu implemento. Sob esta rubrica, inserem-se questões como desafios da gestão pública na promoção da inovação tecnológica; gestão integrada dos seus setores; planejamento integrado de recursos à sua aplicação; papel dos agentes públicos e privados; bem como, as possíveis formas de investimento em pesquisa e desenvolvimento aplicados em inovação tecnológica a serviço do desenvolvimento.[794]

Isso significa, por exemplo, que para o desenvolvimento tecnológico brasileiro alcançar um alto grau de maturidade, é necessário que às universidades caiba a missão de 'criar' recursos humanos, fomentando a produção do conhecimento; às empresas, a tarefa de gerar empregos, riqueza, promovendo a inovação; e, ao governo (em sentido lato), desenvolver políticas públicas voltadas à inovação.

---

em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp094498.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2010.

[794]RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento**: antecedentes, significados e consequências. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 87.

Acredita-se que os poderes públicos devam assegurar às fontes renováveis condições mínimas necessárias que proporcionem uma concorrência frontal com as tecnologias clássicas e que garantam condições de escala para o desenvolvimento tecnológico, sendo uma intervenção pública justificada pela busca da diversificação energética do parque gerador brasileiro, zelando pelo uso da racionalidade e pela implementação de inovações tecnológicas que assegurem maior qualidade para a energia gerada, fruto do estímulo da aprendizagem tecnológica, orientada ao desenvolvimento. Isso significa que essa questão não poderá sequer ser bem formulada, sem um ativo papel do Governo Federal, sobretudo na busca racional de um modelo de gestão de Ciência e Tecnologia (C&T) para o setor energético, pois este modelo exige a investigação de uma arquitetura especial, cujo domínio de conhecimento é essencialmente acadêmico.

Assim, (*i*) compreender a regulação como modalidade de atuação do Estado na Ordem Econômica e (*ii*) verificar a influência da avaliação de políticas públicas em inovação tecnológica para a geração de energia pode contribuir para um planejamento energético nacional, em direção a uma produção de energia limpa e renovável, que constitui um dos elementos constitutivos para a prosperidade das presente e futura gerações, como dispõe o artigo 225, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

3. Regulação e avaliação da gestão pública na definição de objetivos de pesquisa para investimentos de infraestrutura

Uma determinada política pública pressupõe não apenas o conhecimento dos determinantes estruturais e limitadores das possibilidades de atuação do Estado, como também os determinantes jurídico-institucionais e os condicionantes políticos que permitem ao Estado definir os mecanismos de intervenção e atuar sobre os interesses envolvidos.

Nesse sentido, como objetivo geral de pesquisa, sugere-se verificar de que forma a avaliação de políticas públicas, considerada como instrumento jurídico-institucional,[795] pode contribuir para a transparência, efetividade e eficiência dos investimentos, no setor de infraestrutura energética nacional, sob o enfoque da Análise Econômica do Direito Regulatório. A partir do desmembramento de referida proposta, sob a ótica do Direito Econômico, ter-se-ia, como objetivos mais pontuais, a necessidade de:

(i) Enfrentar o desafio teórico-metodológico de reflexão da Análise Econômica do Direito Regulatório, passando-se pelas suas origens e aplicação no mundo e no Brasil; pela idéia de escolha racional, efetividade, eficiência e falhas de mercado junto às estruturas jurídico-institucionais da infraestrutura energética nacional;

(ii) Compreender, a partir de uma perspectiva jurídica e interdisciplinar, qual é o impacto da regulação econômica no planejamento energético brasileiro, verificando: (*i*) a Constituição Econômica de 1988; (*ii*) o Estado como produtor de bens e serviços; (*iii*) as noções de atividade econômica estatal, serviço público e serviço de

[795]PAIXÃO, Leonardo André. Aspectos jurídico-institucionais do setor elétrico brasileiro. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. (Org.). **Direito Regulatório**: temas polêmicos. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 369-409.

interesse geral; (*iv*) o Estado como regulador da Economia: tipos e procedimento de regulação econômica; (*v*) o fomento público como modalidade de intervenção indireta do Estado;

(iii) Analisar criticamente, a partir da relação entre Estado, Economia e Políticas Públicas,[796e797]a relevância da avaliação quantitativa de políticas públicas; as estruturas e instituições do Estado Democrático de Direito na governança energética, bem como os principais programas de Ciência, Tecnologia e Inovação.

Portanto, comparar os fenômenos observados, estabelecendo a relação existente entre a Análise Econômica do Direito Regulatório e o impacto da avaliação de políticas públicas, representam pontos prévios à operacionalização, efetividade, eficiência e conseqüente transparência dos investimentos em infraestrutura no setor energético brasileiro.

4. A atividade econômica energética como fundamento jurídico-institucional metodológico

Com o advento, em 1988, da nova e ora vigente Constituição da República Federativa do Brasil – CF/88, assegurou-se aos agentes econômicos o direito à livre iniciativa, protegendo a propriedade privada condicionada ao cumprimento de sua função social e, consagrando a liberdade de concorrência. Sobretudo, a nova Constituição reforçou a obrigatoriedade de o Poder Público obedecer a determinados princípios constitucionais e a realizar licitação pública para todas as contratações e alienações. De forma incontestável, o caráter geral de serviço público

[796] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O novo papel do Estado na Economia.**Biblioteca Digital Revista de Direito Público da Economia (RDPE)**, Belo Horizonte, ano 3, nº 11, jul./set. 2005. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=31154>. Acesso em: 23 nov. 2010.

[797] Sobre a temática das políticas públicas, ver: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

das atividades de energia foi consagrado, apesar de nem todas as atividades relativas aos processos de energia serem enquadrados como serviço público no Brasil.

Este marco no processo de transformação do papel do Estado foi progressivamente implementado pelo legislador ordinário durante a década de 1990. Em 1990, o Estado lança o Plano Nacional de Desestatização (PND), por meio da Lei nº 8.031, que estabeleceu as bases tanto para a privatização de empresas estatais que exerciam atividade econômica[798] como para a delegação da prestação de serviços públicos à iniciativa privada.[799]

Na mesma época, foram promulgadas três importantes leis para a efetivação dos princípios previstos no artigo 37 da CF/88: (I) Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, conhecida como Lei de licitações; (II) Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, conhecida como Lei das concessões; e, (III) Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, que, dentre outros ditames, criou asfiguras do "autoprodutor de energia elétrica", do "consumidor livre" e do "produtor independente de energia elétrica".[800]

Até a edição da Lei das Concessões, existiam no ordenamento jurídico – em plena validade – contratos e atos de direitos de exploração

[798] A partir do conceito de atividade econômica em sentido estrito. Cf.: GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**.14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 142.

[799] Sobre a temática do serviço público, ver: GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.

[800] Artigo 11. Considera-se produtor independente de energia elétrica a pessoa jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebam concessão ou autorização do poder concedente, para produzir energia elétrica destinada ao comércio de toda ou parte da energia produzida, por sua conta e risco. Parágrafo único. O Produtor Independente de energia elétrica estará sujeito às regras de comercialização regulada ou livre, atendido ao disposto nesta Lei, na legislação em vigor e no contrato de concessão ou no ato de autorização, sendo-lhe assegurado o direito de acesso à rede das concessionárias e permissionárias do serviço público de distribuição e das concessionárias do serviço público de transmissão. (Redação dada pela Lei nº 11.943, de 2009). Cf.: BRASIL. Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995.Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, seção 1, 08 jul. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9074cons.htm>. Acesso em: 24 nov. 2010.

de serviço de energia elétrica, realizados sem cumprimento dos princípios constitucionais vigentes, quer-se dizer, contratos e atos realizados sem prévio procedimento licitatório. Não obstante, atendendo à determinação – igualmente constitucional – de não se violar direitos adquiridos (ainda que sob a vigência de ordenamento jurídico anterior) foram previstas normas de transição que, adiante, serão comentadas.

Em 2004, com a edição das Leis nº 10.847 e 10.848, respectivamente, foi autorizada a criação da Empresa de Pesquisa Energética (EPE), bem como instituído o intitulado *"*Novo Modelo do Setor Elétrico*"*, trazendo significativa alteração no funcionamento do setor. Nas palavras de Vitor Rhein SCHIRATO, esse novo modelo:

> deixou clara a intenção de se utilizar as empresas estatais do setor elétrico como instrumentos da realização de políticas públicas setoriais de expansão da atividade e garantia do fornecimento de energia elétrica a custos aceitáveis para os usuários, sem com isso se abdicar das funções de regulação e planejamento da atividade. Tanto é assim que ao mesmo tempo em que o §1º do artigo 31 da Lei nº 10.848/2004 expressamente excluiu as empresas do Grupo Eletrobrás do Programa Nacional de Desestatização, a mesma Lei nº 10.848/2004 reforçou os poderes reguladores da ANEEL e os poderes de planejamento e gestão do setor do Ministério de Minas e Energia.[801]

Neste ponto, é importante esclarecer que são vários os conceitos criados pelos doutrinadores modernos para definir as expressões "serviço público" e "atividade econômica". Entretanto, tendo em vista a ausência de separação semântica rígida na CF/88 vigente e a atual

[801]SCHIRATO, Vitor Rhein. Geração de energia elétrica no Brasil: 15 anos fora do regime de serviço público. *Biblioteca Digital Revista de Direito Público da Economia (RDPE)*, Belo Horizonte, ano 8, nº 31, p. 141-168, jul./set. 2010. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=69232>. Acesso em: 21 nov. 2010.

configuração do Estado moderno, as definições existentes não são de grande utilidade prática, pois não são capazes de delimitar as implicações resultantes de uma classificação, de maneira estanque, de uma determinada atividade como "atividade econômica" ou "serviço público".[802] Sendo assim, em termos práticos, só é possível extrair melhor compreensão de tal classificação por meio da interpretação sistemática das normas constitucionais em conjunto com a legislação vigente e com determinados conceitos criados pela doutrina nacional.

Assim, em conformidade com a alínea 'b' do inciso XII do artigo 21 da CF/88,[803] os serviços de energia elétrica (geração, transmissão e distribuição) são de competência da União, podendo ser explorados diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão.[804]

Todavia, a CF/88 estabeleceu que a União poderá explorar a atividade diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, conforme estabelecido em seu artigo 175, "incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos". Esta divisão atribui ao Estado a faculdade de decidir quais empreendimentos e atividades são absolutamente fundamentais à manutenção do sistema energético brasileiro e que, portanto, só podem ser executadas por meio de instrumentos jurídicos mais rígidos (contrato de concessão) e quais

[802] Neste primeiro momento, destaca-se, como referência, a classificação de Eros Roberto GRAU, para quem o "serviço público" e a "atividade econômica em sentido estrito" são espécies do gênero "atividade econômica em sentido amplo", cujas caracterizações e diferenças serão tratadas a diante. Cf.: GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**.14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

[803] Artigo 21. Compete à União: XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos.

[804] Sobre a temática do interesse público, ver: GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

atividades, por não serem de grande vulto, poderiam ser atribuídas por meio de instrumentos jurídicos menos rígidos (autorizações[805] e registros[806]).

Nesse ponto, é importante, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de MELLO, o serviço público como a atividade onde o "oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público – portanto consagrador de prerrogativas e de restrições especiais –, instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido no próprio sistema normativo".[807] A partir deste conceito, é possível identificar dois elementos: (I) material, como a prestação de uma atividade de utilidade pública, que visa atender a necessidades coletivas; (II) formal, como atividade submetida a um regime jurídico específico.[808]

Por ter a própria CF/88 previsto a possibilidade de o Estado exercer tais atividades por meio de instrumentos jurídicos que, escalonadamente, atribuam diferentes poderes de controle ao Estado, há determinadas atividades e/ou empreendimentos de serviço de energia elétrica que se

[805] Artigo 7º São objeto de autorização: I - (...). II - o aproveitamento de potenciais hidráulicos, de potência superior a 1.000 kW e igual ou inferior a 10.000 kW, destinados a uso exclusivo do autoprodutor. Cf.: BRASIL. Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995.Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, seção 1, 08 jul. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9074cons.htm>. Acesso em: 24 nov. 2010.

[806] Artigo 8º O aproveitamento de potenciais hidráulicos, iguais ou inferiores a 1.000 kW, e a implantação de usinas termelétricas de potência igual ou inferior a 5.000 kW, estão dispensadas de concessão, permissão ou autorização, devendo apenas ser comunicados ao poder concedente. Cf.: BRASIL. Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995.Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, seção 1, 08 jul. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9074cons.htm>. Acesso em: 24 nov. 2010.

[807] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 665.

[808] "(...) a submissão a um regime jurídico de Direito Público, o regime jurídico administrativo, é que confere caráter jurídico à noção de serviço público". Cf.: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 670.

caracterizam pela atividade econômica de livre iniciativa do particular, se comparados à rígida prestação de serviço público pelo Estado. Sendo assim, o regime jurídico aplicável ao caso concreto depende, em verdade, não da definição da atividade (se serviço público ou se atividade econômica), mas, sim, da forma de outorga que o legislador definir para cada empreendimento específico.[809]

Por fim, é interessante notar que, em seu § 1º do artigo 176, a CF/88 também prevê um regime particular de acordo com a fonte primária que se encontra sujeita ao aproveitamento. No que se refere aos potenciais de energia hidráulica, sua exploração, pelos agentes econômicos, encontra-se autorizada sob os títulos de autorização (atividade econômica em sentido estrito) ou concessão (de serviço público) para o titular dos recursos.[810]

Nesse contexto, percebe-se, como tema de educação científica para investimentos no setor de infraestrutura energética nacional, o impacto da avaliação de políticas públicas, sob o enfoque na Análise Econômica do Direito Regulatório.

5. O delineamento da pesquisa sob a ótica da análise econômica do direito regulatório

[809] Em sentido contrário, Carlos Ari SUNDFELD defende que a Constituição Federal não teria vinculado o regime jurídico publicista ao instituto do serviço público, cabendo ao legislador definir o regime a ser aplicado. Cf.: SUNDFELD, Carlos Ari Vieira. Serviços públicos e regulação estatal. In: _____. (Org.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 33.

[810] Artigo 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra. § 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o "caput" deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995).

Sob a ótica do Direito Econômico, o método e forma de abordagem deste tipo de questão constituem um conjunto de atividades sistemáticas e racionais que, com maior segurança e economia, permitem alcançar o objetivo dos conhecimentos válidos, trançando-se, por conseguinte, o caminho a ser seguido pela Análise Econômica do Direito Regulatório.

Em outras palavras, a forma de abordagem pode ser não apenas quantitativa, como também qualitativa. Explica-se: por contribuir para a descrição da complexidade dos fenômenos institucionais, assim traduzidos – pela Análise Econômica do Direito Regulatório; e, pelo impacto da avaliação de políticas públicas, como instrumentos jurídicos interdisciplinares, no âmbito do planejamento energético brasileiro –, esta abordagem capacita o pesquisador a compreender e analisar os processos dinâmicos, mediante a interação entre os componentes envolvidos no contexto da pesquisa.[811]

Alinhada à referida percepção, a técnica de investigação dos dados da pesquisa sugere o levantamento tanto bibliográfico quanto o documental, por possibilitar a identificação da incidência relativa, da distribuição e das relações entre os atributos e as características do fenômeno em observação. Este levantamento metodológico, a partir da AED Regulatório, tem a capacidade de oferecer, assim, uma fotografia do fenômeno institucional para o investimento em sistemas técnicos de infraestrutura.

Por fim, a perspectiva sobre o seu delineamento espera um corte temporal seccional com avaliação longitudinal, havendo interesse na configuração atual dos fenômenos (isto é, sobre os processos jurídico-

[811]SALAMA. Bruno Meyerhoff. **O que é pesquisa em Direito e Economia?** Cadernos DireitoGV. v. 5, nº 2, p. 5-58, mar. 2008. Disponível em <http://www.direitogv.com.br/AppData/Publication/caderno%20direito%2022.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2010.

institucionais construídos ou omitidos), somados ao resgate de dados de períodos passados que a expliquem.

6. Conclusão

A busca racional de um modelo investimento para o setor energético exige a investigação de uma arquitetura especial, cujo domínio de conhecimento é essencialmente acadêmico. A questão da complementaridade de políticas públicas é complexa, fortemente interdisciplinar e, por conseguinte, deverá exigir a articulação das instituições de pesquisa nacionais.

A existência de fundos setoriais de investimentos, como representativos institucionais por si somente, configura apenas a condição inicial necessária, todavia mais que insuficiente para equacionar racionalmente o papel dos investimentos no desenvolvimento do país; sendo, justamente, nesse contexto, que se insere a importância da Análise Econômica do Direito Regulatório, necessária à construção metodológica para a avaliação de políticas públicas setoriais em sistemas técnicos de infraestrutura.

7. Referências

AGUILLAR, Fernando Herren. Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional. São Paulo: Atlas, 2006.

AGUIRRE, B. M. B. & SZTAJN, R. Mudanças institucionais. In: Zylbersztajn, D. & Sztajn, R. Direito & Economia: analise econômica do Direito e das organizações. Campus, 2005.

ANDRADE, Rogério Emilio de. (Org.). Regulação pública da Economia no Brasil. Campinas: Edicamp, 2003.

AVELLAR, Ana Paula Macedo de. Impacto das políticas de fomento à inovação no Brasil sobre o gasto em atividades inovativas e em atividades de P&D das

empresas. Estudos Econômicos, São Paulo, Instituto de Pesquisas Econômicas da FEA – Universidade de São Paulo, v. 39, nº 3, p. 629-649, jul./set. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-41612009000300007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 28 nov. 2010. doi: 10.1590/S0101-41612009000300007.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Os princípios estruturantes e o papel do Estado. In: CARDOSO JR., José Celso Pereira. (Org.). A Constituição brasileira de 1988 revisitada: recuperação histórica e desafios atuais das políticas públicas nas áreas econômica e social. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2009, v. 1, p. 255-291.

BREUS, Thiago Lima. Políticas públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito Administrativo e políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público (FA), Belo Horizonte, ano 9, nº 104, out. 2009. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=63051>. Acesso em: 21 nov. 2010.

_____. O conceito de política pública em Direito. In: _____. (Org.). Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-49.

CARDOSO JR., José Celso Pereira. (Org.). A Constituição brasileira de 1988 revisitada: recuperação histórica e desafios atuais das políticas públicas nas áreas econômica e social. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2009, v. 1.

FREY, Klaus. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. Planejamento e Políticas

Públicas, Brasília, IPEA, v. 21, p. 211-259, jun. 2000. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/89/158>. Acesso em: 23 abr. 2010.

GABARDO, Emerson. Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. O serviço público e a Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003.

KELMAN, Jerson. Desafios do regulador. Rio de Janeiro: Synergia Editora, 2009.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Agências reguladoras: instrumentos do fortalecimento do Estado. São Paulo: ABAR, 2003. Disponível em: <http://www.abar.org.br/legba/site/arquivos/download.asp?a=agenciasreguladoras.pdf&vCod=10&vLog=False>. Acesso em: 05 dez.2010.

_____. Regulação estatal e interesses públicos. São Paulo: Malheiros, 2002.

MASSONETTO, Luís Fernando; BERCOVICI, Gilberto. Limites da regulação: esboço para uma crítica metodológica do 'Novo Direito Público da Economia'. Biblioteca Digital Revista de Direito Público da Economia (RDPE), Belo Horizonte, ano 7, nº 25, p. 137-147, jan./mar. 2009. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=56978>. Acesso em: 21 nov. 2010.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. O sistema jurídico-institucional de investimentos público-privados em inovação no Brasil. Biblioteca Digital Revista de Direito Público da Economia (RDPE), Belo Horizonte, ano 7, nº 28, out./dez. 2009. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=64266>.

Acesso em: 21 nov. 2010.

MEDEIROS. Edmundo Emerson de. Infraestrutura energética: planejamento e regulação do setor elétrico. São Paulo: MP Editora, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O novo papel do Estado na Economia. Biblioteca Digital Revista de Direito Público da Economia (RDPE), Belo Horizonte, ano 3, nº 11, jul./set. 2005. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=31154>. Acesso em: 23 nov. 2010.

PAIXÃO, Leonardo André. Aspectos jurídico-institucionais do setor elétrico brasileiro. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. (Org.). Direito Regulatório: temas polêmicos. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 369-409.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. Direito, Economia e Mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

RISTER, Carla Abrantkoski. Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e conseqüências. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SALAMA. Bruno Meyerhoff. O que é pesquisa em Direito e Economia? Cadernos DireitoGV. v. 5, nº 2, p. 5-58, mar. 2008. Disponível em <http://www.direitogv.com.br/AppData/Publication/caderno%20direito%2022.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2010.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Geração de energia elétrica no Brasil: 15 anos fora do regime de serviço público. Biblioteca Digital Revista de Direito Público da Economia (RDPE), Belo Horizonte, ano 8, nº 31, p. 141-168, jul./set. 2010. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=69232>. Acesso em: 21 nov. 2010.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Direito, energia e tecnologia: a reconstrução da diferença entre energia e tecnologia na forma da comunicação jurídica. São Leopoldo, 2008. Tese (Doutorado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Disponível em:

<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp094498.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari Vieira. Serviços públicos e regulação estatal. In: _____. (Org.). Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2000

WALTENBERG, David Antonio Monteiro. O Direito da energia elétrica e a ANEEL. In: SUNDFELD, Carlos Ari Vieira. (Org.). Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 352-377.

RELAÇÃO DE AUTORES

Anne Ruppel

Advogada. E-mail: ruppelanne@hotmail.com

Antenor Demeterco Neto

Advogado militante nas áreas do Direito Empresarial Público e do Direito Eleitoral e Partidário. Doutorando em "Direito Econômico e Socioambiental" pela PUC-PR. Mestre em "Organizações e Desenvolvimento" pela UNIFAE – Centro Universitário. MBA em "Direito da Economia e da Empresa" pela Fundação Getúlio Vargas. Pós-graduado em "Direito Tributário Contemporâneo" pela Faculdade de Direito de Curitiba. Presidente da Comissão de Direito Econômico da OAB-PR. Membro da Academia Paranaense de Direito e Economia – ADEPAR. Sócio da De Figueiredo Demeterco Sociedade de Advogados.

Caroline Sampaio de Almeida

Doutoranda em Direito Econômico e Financeiro pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Dayane Rocha de Pauli

Professora Assistente do Departamento de Economia da Universidade Federal do Paraná (UFPR) e Pesquisadora dos Observatórios SESI/SENAI/IEL.

Eduardo Oliveira Agustinho

Advogado. Professor de Direito Empresarial da PUCPR. Doutor em Direito Econômico e Socioambiental pela PUCPR. Professor Visitante da Universidade de Paris I – Panthéon-Sorbonne (2010).

Egon Bockmann Moreira

Mestre e Doutor em Direito pela UFPR. Pós-Graduado em Regulação Pública pela Faculdade de Direito de Coimbra. Professor do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR. Professor Visitante da Faculdade de Direito de Lisboa. Professor Visitante nas Universidades de Nankai e JiLin, na China. Advogado.

Felipe Braz Guilherme

Bacharel em Direito pela Universidade Positivo. Possui extensão em Teoria dos Jogos pela Stanford University e em Direito da Concorrência pela FGV Direito Rio. Integrante do Programa de Estudos em Energia e Infraestrutura do Georgia Institute of Technology. Membro Associado da ADEPAR. Membro Fundador do Brazil Infrastructure Institute. Sócio da Braz, Leal & Varasquim – Advogados

Frederico E. Z. Glitz

Advogado. Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais (UFPR); Especialista em Direito e Negócios Internacionais (UFSC) e em Direito Empresarial (IBEJ). Professor do Programa de Mestrado da UNOCHAPECÓ e Professor convidado do Programa de Mestrado do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Coordenador dos Cursos de Pós-graduação em Direito Civil e Processo Civil (2011, 2012 e 2013), Direito Contratual (2013) e Direito Empresarial (2011) do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Professor dos cursos de Graduação e Pós-graduação do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA) e da Faculdade de Direito da Universidade Positivo (UP). Professor convidado de diversos cursos de Pós-graduação. Membro do Conselho Editorial da Revista Education and Science without Borders (Cazaquistão). Vice-presidente da Comissão de Propriedade Intelectual

da OAB/PR. Membro do Instituto dos Advogados do Paraná (IAP). Membro do Conselho de Comércio Exterior da Associação Comercial do Paraná. Diretor Científico do INTER (Instituto de Pesquisas em Comércio Internacional e Desenvolvimento).frederico@fredericoglitz.adv.br.

Gabriel Bungenstab Coutinho

Advogado. Mestrando em Direito (LLM) na U.C. Berkeley - EUA. Especialista em Economia Política Internacional pela Universidade de Harvard - EUA. Especialista em Direito Tributário pela UDC. Membro da Associação Paranaense de Direito e Economia (ADEPAR). Integrante do Grupo de Estudos na área de Governo da Universidade de Harvard.

Gabriela Destefani

Advogada. Pós-graduada em Direito Empresarial pelo Centro Universitário Curitiba. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Curitiba.

Giovani Ribeiro Rodrigues Alves

Advogado. Mestrando em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Email: giovanirralves@uol.com.br

Idevan César Rauen Lopes

Advogado Empresarial, Professor da PUC-PR, Mestre em Direito Econômico e Social pela PUC-PR, E-mail: idevan@idevanlopes.com.br

José Osório do Nascimento Neto

Professor das Faculdades Integradas do Brasil (UniBrasil) e da Faculdade Cenecista de Campo Largo. Mestre em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Especialista em Direito Público pela Universidade Candido Mendes do Rio de Janeiro (UCAM-RJ). Membro da Associação Paranaense de Direito e Economia (ADEPAR). Advogado. E-mail: osorio.nascimento@gmail.com

Luciano Benneti Timm

Pós Doutor U.C., Berkeley, EUA. Doutor em Direito dos Negócios pela UFRGS. Mestrado em Direito (LLM) na Universidade de Warwick, Inglaterra. Professor Adjunto da PUC-RS. Ex-Presidente da Associação Brasileira de Direito e Economia (ABDE) e Diretor do CBAr.

Luiz Daniel Rodrigues Haj Mussi

Professor de Direito Empresarial da UFPR/DAGA

Mestre e Doutorando em Direito Comercial pela USP

Advogado

Madian Luana Bortolozzi

Advogada. Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Professora de Direito Comercial da Faculdade de Direito das Faculdades do Brasil (UNIBRASIL). Professora convidada da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Membro da Associação de Direito e Economia do Paraná (ADEPAR).

Marcia Carla Pereira Ribeiro.

Professora Titular de Direito Societário PUCPR. Professora Associada de Direito Empresarial UFPR. Pós-doutora pela FGVSP e pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Pesquisadora Convidada da Université de Montréal - CA. Advogada e Procuradora do Estado do Paraná.

Mariana Almeida Kato

Advogada. Membro do Núcleo de Pesquisa em Direito Econômico da Faculdade de Direito da UFPR – NUPEDE.

Marilia Pedroso Xavier

Mestre em Direito das Relações Sociais pelo Programa de Pós graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Professora de Direito Civil nas Faculdades Integradas do Brasil - UniBrasil, no Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA e no Curso Professor Luiz Carlos. Contato: marilia@lxp.adv.br

Maurício Vaz Lobo Bittencourt

Professor Assistente do Departamento de Economia e do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Econômico (PPGDE) da Universidade Federal do Paraná (UFPR), Pós-Doutorando na Ohio State University (EUA), Bolsista do CNPq.

Mayara Isfer

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Integrante do Núcleo de Direito Empresarial Comparado, da Equipe de Arbitragem da UFPR e bolsista do Programa de Iniciação Científica. Trabalha no escritório de advocacia Felippe, Gomes e Isfer – Sociedade de Advogados.

Mirian Campos Moraes Silva

Graduada em Direito (PUC-PR) e em Ciências Econômicas (UFPR).

Nayara Tataren Sepulcri

Mestranda em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Email: nayarats@yahoo.com.br

Oksandro Gonçalves

Doutor em Direito Comercial pela PUCSP. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Socioambiental da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogado. oksandro@cgaadv.com.br.

Pedro Costa Einloft

Graduado e Mestre em Economia pela UFPR. Doutorando em Economia pela UFPR.

Rafael Augusto Firakowski Cruz

Advogado. Graduado pela UFPR, Pós Graduado em Direito Civil Empresarial e em Direito, Logística e Negócios Internacionais, pela PUCPR. Mestre em Direito (LL.M. Master of Laws), UC Berkeley, Califórnia.

Renato Caovilla

Advogado associado a Carvalho, Machado, Timm & Deffenti Advogados. Foi assistente jurídico do Escritório de Gestão de Contratos e de Transferência de Tecnologia do Parque Tecnológico da PUCRS.

Ricardo Siqueira de Carvalho

Bacharel em Direito pela UFPR

Advogado

Sabrina Maria Fadel Becue

Advogada. Mestranda em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo. Membro Fundadora e Associada da ADEPAR- Associação Paranaense de Direito e Economia.

Vinícius Klein

Procurador do Estado do Paraná; Mestre em Direito das Relações Sociais pela UFP; Doutorando em Direito Civil pela UERJ; Doutorando em Desenvolvimento Econômico pela UFPR; Pesquisador Visitante na Universidade de Columbia – EUA; Professor de Direito Empresarial e Econômico na Universidade Positivo; Diretor Acadêmico da Associação Paranaense de Direito e Economia – ADEPAR; Membro da Comissão de Direito Econômico da OAB/PR.

William Soares Pugliese

Doutorando em Direitos Humanos e Democracia pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito das Relações Sociais pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Professor Adjunto de Direito Processual Civil e Supervisor do Núcleo de Prática Jurídica da Universidade Positivo. Advogado militante em Curitiba. Contato: william@lxp.adv.br