

REVISTA

ESCOLA DA MAGISTRATURA REGIONAL FEDERAL 2ª REGIÃO

Volume 19

Nº 1 - Out.2013/Abr.2014



Pontes de Miranda


EMARF



**REVISTA
DA ESCOLA DA
MAGISTRATURA REGIONAL
FEDERAL DA 2ª REGIÃO
EMARF**

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Volume 19
Nov.2013/Abr.2014

Esta revista não pode ser reproduzida total ou parcialmente sem autorização

Revista da Escola da Magistratura Regional Federal / Escola da
Magistratura Regional Federal, Tribunal Regional Federal da 2ª Região.
N. 1 (ago. 1999)

Rio de Janeiro: EMARF - TRF 2ª Região / RJ 2013 - volume 19, n. 1
(nov.2013/abr.2014)

Semestral

Disponível em: <[http://seer.trf2.jus.br:81/emarf/ojs/index.
php/emarf](http://seer.trf2.jus.br:81/emarf/ojs/index.php/emarf)>

ISSN 1518-918X

1. Direito - Periódicos. I. Escola da Magistratura Regional
Federal.

CDD: 340.05

Diretoria da EMARF

Diretor-Geral

Desembargador Federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama

Diretor de Publicações

Desembargador Federal Luiz Antonio Soares

Diretor de Cursos e Pesquisas

Desembargador Federal Aluisio Gonçalves de Castro Mendes

Diretor de Intercâmbio e Difusão

Desembargador Federal Augusto Guilherme Diefenthaeler

Diretor de Estágio

Desembargador Federal Marcus Abraham

EQUIPE DA EMARF

Jaderson Correa dos Passos - Assessor Executivo

Rio de Janeiro

Carlos José dos Santos Delgado

Carlos Roberto de Assis Lopes

Cidinéia Carvalho dos Reis

Clarice de Souza Biancovilli Mantoano

Diana Cordeiro Franco

Edith Alinda Balderrama Pinto

Leila Andrade de Souza

Liana Mara Xavier de Assis

Luciana de Mello Leitão

Luciana Villar

Luzinalva Tavares Marinho Joaquim

Pedro Mailto de Figueiredo Lima

Marta Geovana de Oliveira

Thereza Helena Perbeils Marchon

Espírito Santo

Jaqueline Guioti Dalvi

Livia Peres Rangel

Soraya Bassini Chamun

Conselho Editorial

Alberto Nogueira, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal aposentado, Brasil

Alberto Nogueira Jr., Justiça Federal 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Américo Augusto Nogueira Vieira, Universidade Federal do Paraná, Professor Adjunto de Direito, Advogado no Rio de Janeiro e no Paraná, Brasil

Américo Bedê Freire Jr., Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Ana Paula Vieira de Carvalho, Justiça Federal da 2ª Região, Juíza Federal, Brasil

André Ricardo Cruz Fontes, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Artur de Brito Gueiros de Souza, Procuradoria Regional da República 2ª Região, Brasil

Caio Márcio Gutterres Taranto, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Carlos Guilherme Francovich Lugones, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Carmem Tiburcio, Advogada, Brasil

Celso de Albuquerque Silva, Procuradoria Regional da República 2ª Região, Brasil

Daniel Antônio de Moraes Sarmento, Procuradoria Regional da República 2ª Região, Brasil

Eugênio Rosa de Araújo, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Guilherme Couto de Castro, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Gustavo Sampaio Telles Ferreira, Universidade Federal Fluminense, Professor, Brasil

Helena Elias Pinto, Justiça Federal da 2ª Região, Juíza Federal, Brasil

Jane Reis Gonçalves Pereira, Justiça Federal da 2ª Região, Juíza Federal, Brasil

Leonardo Greco, Advogado, Brasil

Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva, Justiça Federal da 2ª Região, Juíza Federal, Brasil

Firly Nascimento Filho, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Flávio de Oliveira Lucas, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Luís Greco, Advogado, Universidade da Alemanha, Alemanha

Luiz Antonio Soares, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Marcus Abraham, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Marcus Lívio Gomes, Justiça Federal 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Nadia de Araújo, Procuradoria de Justiça - MPRJ, Assessoria de Recursos Constitucionais, Brasil

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Procurador de Justiça aposentado, Advogado, Brasil

Paulo Freitas Ribeiro, Advogado, Brasil

Poul Erik Dylund, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Reis Friede, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Rodolfo Kronenberg Hartmann, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Rodrigo de Souza Costa, Advogado, Brasil

Rogério Dutra dos Santos, Universidade Federal Fluminense - UFF, Brasil

Salete Maria Polita Maccalóz, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargadora Federal, Brasil

Sérgio D'Andrea Ferreira, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal aposentado, Brasil

Silvana Batini César Góes, Procuradoria Regional da República 2ª Região, Brasil

Theophilo Antonio Miguel Filho, Justiça Federal 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Presidente:

Desembargador Federal SERGIO SCHWAITZER

Vice-Presidente:

Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND

Corregedor-Geral:

Desembargadora Federal SALETE MACCALÓZ

Membros:

Desembargador Federal PAULO ESPIRITO SANTO
Desembargadora Federal MARIA HELENA CISNE
Desembargadora Federal VERA LÚCIA LIMA
Desembargador Federal RALDÊNIO BONIFÁCIO COSTA
Desembargador Federal ANTONIO IVAN ATHIÉ
Desembargador Federal ANDRÉ FONTES
Desembargador Federal REIS FRIEDE
Desembargador Federal ABEL GOMES
Desembargador Federal LUIZ ANTONIO SOARES
Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO
Desembargadora Federal LANA REGUEIRA
Desembargador Federal GUILHERME COUTO
Desembargador Federal GUILHERME CALMON
Desembargador Federal JOSÉ ANTONIO NEIVA
Desembargador Federal JOSÉ FERREIRA NEVES NETO
Desembargadora Federal NIZETE LOBATO RODRIGUES CARMO
Desembargador Federal LUIZ PAULO DA SILVA ARAÚJO FILHO
Desembargador Federal ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES
Desembargador Federal GUILHERME DIFENTHAELER
Desembargador Federal MARCUS ABRAHAM
Desembargador Federal MARCELO PEREIRA DA SILVA
Desembargador Federal RICARDO PERLINGEIRO

SUMÁRIO

A AUTONOMIA INTERNA E AS RELAÇÕES EXTERNAS NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS: AS RESTRICÇÕES VERTICAIS, O DIREITO ANTITRUSTE E A IMPORTAÇÃO PARALELA DE MARCAS..... 11

Ana Cristina von Gusseck Kleindienst, Leandro Saito e Pedro Marcos Nunes Barbosa

QUAIS SÃO AS DIFERENÇAS ENTRE AS EMPRESAS PRODUTORAS DE MEDICAMENTOS DE REFERÊNCIA E GENÉRICOS NO BRASIL, A PARTIR DOS ANOS 90, NO TRATAMENTO DA AIDS..... 73

Ana Paula Gomes Pinto

REGISTRO ESPECIAL DE FABRICANTE DE CIGARROS - CONSTITUCIONALIDADE E JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS 97

Ana Tereza Basilio e Marcelo Ludolf

UMA APROXIMAÇÃO DOS CAMINHOS DA RESPONSABILIDADE POR DANOS..... 103

André R. C. Fontes

O VALOR NA NOVA ERA INFORMACIONAL 109

Braz Rafael da Costa Lamarca

A RETRATAÇÃO DO VETO 121

Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz

A INEXPLICÁVEL POLÍTICA PÚBLICA POR TRÁS DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 40 DA LEI DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL 127

Denis Borges Barbosa

O TRIUNFO DA RACIONALIDADE INDIVIDUAL SOB O VÉU DA IGNORÂNCIA: A TEORIA DA JUSTIÇA NO PENSAMENTO DE RAWLS E AS PERSPECTIVAS DO DEBATE ACADÊMICO ATUAL 187

Humberto Eustáquio César Mota Filho

O CÓDIGO É SOBREVIVENTE DO TEMPO?	193
José Alfredo dos Santos Júnior	
CONTRIBUIÇÕES DA NOVA ECONOMIA INSTITUCIONAL (NEI) PARA A ANÁLISE JURÍDICA DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS	233
Rafael Bianchini Abreu Paiva	
ORIENTAÇÕES E CRITÉRIOS PARA O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA DE SAÚDE: CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	273
Rafael Meireles Saldanha	
DEMOCRACIA E DIREITOS HUMANOS	293
Reis Friede	
ASPECTOS REFERENTES ÀS FONTES DO DIREITO NA GRÉCIA E EM ROMA	315
Renata Marques Osborne da Costa	
O REPÚDIO AO “SOLVE ET REPETE” NO DIREITO BRASILEIRO	337
Ruy Pereira Camilo Júnior	
LAVAGEM DE DINHEIRO: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE NOVAS ABORDAGENS	347
Theophilo Miguel	
O SISTEMA FALIMENTAR AMERICANO: UMA BREVE ANÁLISE DO INSTITUTO DA REORGANIZATION (CHAPTER 11)	357
Vinícius de Novais Gertulino	

A AUTONOMIA INTERNA E AS RELAÇÕES EXTERNAS NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS: AS RESTRIÇÕES VERTICAIS, O DIREITO ANTITRUSTE E A IMPORTAÇÃO PARALELA DE MARCAS

Ana Cristina von Gusseck Kleindienst - Mestranda em Direito Comercial na USP, Bacharel em Direito pela FADUSP; Leandro Saito - Mestrando em Direito Comercial na USP, Bacharel em Direito pela FADUSP e Pedro Marcos Nunes Barbosa - Doutorando em Direito Comercial na USP, Mestre em Direito Civil pela UERJ, Especialista em Direito da Propriedade Intelectual pela PUC-Rio, Professor de Direito Civil e Propriedade Intelectual nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio. Sócio de Denis Borges Barbosa Advogados.

1) INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por foco uma célere abordagem sobre a faceta endógena e os fatores exógenos provenientes das relações contratuais insertas no nicho empresarial.

O direito obrigacional é um dos feixes jurígenos mais antigos e com a dogmática tradicional e estável, entre todas as outras áreas na seara privada. No Brasil, com a importação, ao melhor estilo Leito de Procusto, do teor textual-regulador dos Códigos Civis Europeus que disciplinam a matéria, pouquíssimas modificações formais foram feitas no atual Código Civil (NCC), perante o derradeiro de 1916 (CC).

Por outro lado, com a unificação obrigacional causada pela derrogação parcial do Código Comercial de 1850, e com a consolidação de um única fonte normativa estampada no NCC, uma série de equívocos pretorianos passaram a ser corriqueiros ao dirimir lides sobre contratos empresariais, no contexto da legislação civilista. A uniformização intelectual de alguns julgadores incidiu numa lógica unívoca e errônea na relação entre o Direito Civil¹, o Comercial, e o do Direito do Consumidor².

Nesta esteira, ao invés de aplicar seletivamente os valores, princípios e regras atinentes a cada seara do direito, a jurisprudência e certa doutrina passaram a padronizar sistemas díspares e a violar o axioma da igualdade³, quando deveriam realizar certa comunicação das fontes⁴.

Não obstante, alguns mitos provenientes da aplicação serôdia de velhos brocardos jurídicos (o absolutismo no axioma da relatividade) acabam por manietar, ou simplesmente ignorar, a esfera jurígena de pessoas afetadas. Estes terceiros, apesar de não terem integrado a parte volitiva-formadora de uma relação contratual interempresarial consubstanciada pelas partes, eventualmente sofrerá com efeitos daninhos dela oriundos.

No sentido oposto, o mesmo arquétipo valorativo da personalidade

¹“É inegável, diz Messineo, que existe uma diferença notável entre o tipo de atividade jurídica do “civis” comum e o tipo de atividade jurídica do empresário comercial. As relações jurídicas deste se situam sempre no campo da economia, enquanto que as relações jurídicas tradicionalmente classificadas como civis em grande parte abstraem de critérios econômicos” em BARRETO Filho, Oscar. Teoria do Estabelecimento Comercial – fundo do comércio ou fazenda mercantil. 2ª Edição, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 16.

²“Já foi ressaltado que direito comercial e direito do consumidor são regidos por princípios peculiares diversos, submetendo-se a lógicas apartadas. É preciso, então, distinguir as duas espécies de contratos para impedir a indevida aplicação de princípios de um ramo do direito a outro, comprometendo o bom fluxo de relações econômicas. Torna-se premente resgatar os contratos comerciais para impedir sua absorção pelo consumerismo e, consequentemente, o aviltamento da racionalidade própria ao direito empresarial” em FORGIONI, Paula A. Teoria Geral dos Contratos Empresariais. 2ª Edição. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010, p. 44.

³“Assim, se há o paradigma da boa-fé nas relações entre iguais (dois empresários) e há o dever de informar, é claro que a informação entre experts deve ser mais branda, mesmo que leal, pois são dois profissionais e especialistas. Já a informação do expert em relação ao consumidor é um dever qualificado, há que se pressupor que ele é um leigo, há dever de esclarecer, aconselhar, explicar dados que seriam banais e pressupostos entre dois empresários, mas não entre um profissional e um leigo. Quem usar o mesmo paradigma e o Código Civil de 2002 na relação entre diferentes estará violando o valor (Wert) constitucional de proteger os consumidores de forma especial, mesmo que invoque a boa-fé para fazê-lo! Daí a importância da ideia de diálogo das fontes” em MARQUES, Claudia Lima. A nova crise do contrato: Estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 86.

⁴“No que respeita ao direito das obrigações, exige-se a mediação da Constituição, para o diálogo entre o Código Civil e os microsistemas jurídicos, principalmente o direito do consumidor, além de legislações sobre certos tipos de obrigações que não se enquadram na sistemática do Código” em LÔBO, Paulo Luiz Netto. Teoria Geral das Obrigações. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p. 1.

relacional dos pactos, acabou por acobertar a índole-errante daqueles que, ao não participarem da constituição contratual, sem cometer um ilícito absoluto (verba gratia, um crime), violam a legítima expectativa dos contratantes.

Nesse afã específico do Direito Comercial hodierno, este artigo enveredará pelo exame das teorias das relações jurídicas ainda em uso no direito nacional para melhor explicar qual delas é precisa ao sistema econômico-jurígeno.

Em seguida, abordou-se certas situações jurídicas em que a relação contratual não pode ser vista de maneira estanque e cerrada da sociedade, bem como das falhas metodológicas-dogmáticas em se autorizar uma pseudo-libertinagem aos não contratantes para impactarem, negativamente, na esfera obrigacional de outrem.

Não obstante, em complemento ao estudo dos liames vinculativos, e dos efeitos exógenos contratuais, apurou-se que o bojo da prestação contratual no tocante ao seu elemento qualitativo poderá gerar maior ou menor autonomia às partes, e aos estranhos à relação.

Na conseqüente evolução acadêmica da interrelação partes e terceiros, no capítulo subsequente foi esmiuçada a eficácia negativa/positiva decorrente das restrições verticais, pelo foco do direito antitruste, no intuito de correlacionar o fenômeno do poder econômico para com o direito contratual.

Ulteriormente no penúltimo capítulo, observou-se o caso concreto da importação paralela envolvendo signos distintivos marcários como um fenômeno ideal a apuração dos efeitos e da proteção contra os não-contratantes.

Por último, tomando como base as premissas dos capítulos antecedentes, buscou-se aglutinar, à guisa concludente, algumas balizas analíticas para ampliar o enfoque dado às relações contratuais sem extinguir a necessária, e desejável, segurança jurídico-econômica.

2) AS TEORIAS DAS RELAÇÕES JURÍDICAS NO DIREITO OBRIGACIONAL

Para se compreender um contrato, é mister a concepção da origem constitutiva de tal instituto jurídico. Fato é que ao tratar dos pactos, muitas vezes a doutrina toma como imanente e pacífica a derivação complexa

dos negócios jurídicos⁵, da relação obrigacional e seus elementos, além do liame que conecta os centros de interesse numa determinada relação.

O próprio estudo das relações jurídicas não tem sido objeto de maior profundidade por parte dos estudiosos nacionais, particularmente afeitos ao aprofundamento nos atos e fatos *ex post*⁶ dos vínculos contratuais.

Exempli gratia, quando o conteúdo contratual versa sobre direito das coisas, ou mesmo, na hipótese de um liame jurígeno envolver diretamente um direito (essencialmente) patrimonial oponível⁷ *erga omnes*, há uma gama de doutrinadores que concebem haver vínculo jurídico entre o objeto e seu titular.

Tal concepção de professores acaba por jungir, erroneamente, o conceito de titularidade, com o de relação jurídica, denominando a última, neste conceito do direito das coisas⁸, como Teoria Realista.

Note-se, por certo, que dentro de tal concepção ideológica-política-jurídica-econômica há dois efeitos diretos e importantes, posto que o liame do direito estaria cerrado entre titular e bem intitulado (a “conexão” seria entre sujeito e objeto). O primeiro consectário lógico de tal premissa “relacional” é que ao titular é destinado o mais autocentrado e ilimitado

⁵ “Como categoria, ele é a hipótese de fato jurídico (às vezes dita “suporte fático”), que consiste em uma manifestação de vontade cercada de certas circunstâncias (as circunstâncias negociais) que fazem com que socialmente essa manifestação seja vista como dirigida à produção de efeitos jurídicos; negócio jurídico, como categoria, é, pois, a hipótese normativa consistente em declaração de vontade (entendida esta expressão em sentido preciso, e não comum, isto é, entendida como manifestação de vontade, que, pelas suas circunstâncias, é vista socialmente como destinada à produção de efeitos jurídicos). Ser declaração de vontade é a sua característica específica primária. Segue-se daí que o direito, acompanhando a visão social, atribui, à declaração, os efeitos que foram manifestados como queridos, isto é, atribui a ela efeitos constitutivos de direito - e esta é a sua característica específica secundária. In concreto, negócio jurídico é todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide. Visto através do próprio ângulo do direito, estática, ou formalmente, se quiserem, o negócio, in abstrato ou in concreto, coloca-se, portanto, antes de mais nada, debaixo da rubrica mais ampla do fato jurídico” em AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico. Existência, Validade e Eficácia*. 4ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 16.

⁶ Nesse sentido, registre-se a farta expansão de textos e livros sobre institutos como a revisão contratual, a onerosidade excessiva, cláusula *hardship*, a autonomia no exercício da resilição, entre outros temas. De outro lado, é farta a doutrina estrangeira que enfoca nas questões *ex ante* dos contratos, mas, em geral, direcionada aos custos de transação e ao *lawandconomics*.

⁷ “O direito real (já o disse) apresenta-se como um vínculo entre pessoa e coisa, prevalecendo contra todos” RODRIGUES, Silvio. *Direito das coisas*. 28ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 05.

⁸ “O direito das coisas abrange o conjunto das normas que regulam as relações jurídicas referentes às coisas suscetíveis de apropriação, estabelecendo um vínculo imediato e direto entre o sujeito ativo ou titular do direito e a coisa sobre a qual o direito recai e criando um dever jurídico para todos os membros da sociedade” em WALD, Arnoldo. *Direito das coisas*. 12ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2009, p.01.

poder jurídico, como num direito potestativo, vez que apenas haveria um real centro de interesses.

Na ausência de alteridade originária em tal “relação”, não haveria uma delimitação exógena aos interesses do titular, vez que a coisa, em si, não teria – por exemplo – legitimidade processual para exercitar pretensão contra o sujeito ativo. Em tal ótica doutrinária – e aqui se permita o exagero no exemplo –, não haveria qualquer problema no exercício do *jus abutendi* do proprietário que resolvesse adquirir um animal de estimação com o exclusivo propósito de sadicamente se divertir através da tortura⁹ do semovente.

O segundo efeito de tal Teoria é expurgar qualquer incidência de uma função social (princípio criticado por muitos¹⁰), visto que a sociedade estaria

⁹Averbe-se que precedentes da Suprema Corte brasileira não coadunam com tal prática maximalista dos direitos de titulares para com as próprias coisas intituladas: “COSTUME - MANIFESTAÇÃO CULTURAL - ESTÍMULO - RAZOABILIDADE - PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA - ANIMAIS - CRUELDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado “farras do boi” em BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, Min. Marco Aurélio, Rex 153531/SC, DJ 13.03.1998. No mesmo sentido, “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - BRIGA DE GALOS (LEI FLUMINENSE Nº 2.895/98) - LEGISLAÇÃO ESTADUAL QUE, PERTINENTE A EXPOSIÇÕES E A COMPETIÇÕES ENTRE AVES DAS RAÇAS COMBATENTES, FAVORECE ESSA PRÁTICA CRIMINOSA - DIPLOMA LEGISLATIVO QUE ESTIMULA O COMETIMENTO DE ATOS DE CRUELDADE CONTRA GALOS DE BRIGA - CRIME AMBIENTAL (LEI Nº 9.605/98, ART. 32) - MEIO AMBIENTE - DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225) - PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE - DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE - PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA FAUNA (CF, ART. 225, § 1º, VII) - DESCARACTERIZAÇÃO DA BRIGA DE GALO COMO MANIFESTAÇÃO CULTURAL - RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL IMPUGNADA - AÇÃO DIRETA PROCEDENTE. LEGISLAÇÃO ESTADUAL QUE AUTORIZA A REALIZAÇÃO DE EXPOSIÇÕES E COMPETIÇÕES ENTRE AVES DAS RAÇAS COMBATENTES - NORMA QUE INSTITUCIONALIZA A PRÁTICA DE CRUELDADE CONTRA A FAUNA - INCONSTITUCIONALIDADE. - A promoção de briga de galos, além de caracterizar prática criminosa tipificada na legislação ambiental, configura conduta atentatória à Constituição da República, que veda a submissão de animais a atos de crueldade, cuja natureza perversa, à semelhança da “farras do boi” (RE 153.531/SC), não permite sejam eles qualificados como inocente manifestação cultural, de caráter meramente folclórico. Precedentes. - A proteção jurídico-constitucional dispensada à fauna abrange tanto os animais silvestres quanto os domésticos ou domesticados, nesta classe incluídos os galos utilizados em rinhas, pois o texto da Lei Fundamental vedou, em cláusula genérica, qualquer forma de submissão de animais a atos de crueldade. - Essa especial tutela, que tem por fundamento legitimador a autoridade da Constituição da República, é motivada pela necessidade de impedir a ocorrência de situações de risco que ameacem ou que façam periclitarem todas as formas de vida, não só a do gênero humano, mas, também, a própria vida animal, cuja integridade restaria comprometida, não fora a vedação constitucional, por práticas aviltantes, perversas e violentas contra os seres irracionais, como os galos de briga (“gallus-gallus”). Magistério da doutrina” em BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Pleno, Min. Celso de Mello, ADI 1856/RJ, DJ 14.10.2011

¹⁰ “o NCC no artigo 421 estabeleceu como pré-requisito da liberdade de contratar (em razão e nos limites)

excluída da relação jurídica envolvendo um direito real (como, por exemplo, um contrato de *traspasse*), vez que o viés de oponibilidade seria circunscrita a hipótese de exogenia. Ou seja, com máxima autonomia da vontade, e com a inexistência de uma principiologia socialmente legitimadora de tal direito, o titular muito se aproximaria do *déspota*, de um ditador.

De outra feita, naquelas relações jurídicas contratuais que versassem, exclusivamente, sobre obrigações de fazer, não há na doutrina qualquer dúvida sobre a incidência da denominada Teoria Personalista.

Neste segundo patamar-idealista, não se confunde titularidade¹¹ com relação jurídica, e, ao contrário da Teoria Realista, há um certo espaço para a alteridade, com a circunscrição de interesses entre as partes, em geral delimitadas como credor e devedor.

Em tal Teoria Personalista, portanto, exurgem famosos axiomas e brocardos jurídicos, no estilo “o contrato faz Lei *inter partes*” ou “o processo faz coisa julgada *inter partes*”¹². No primeiro brocardo, também conhecido como princípio da relatividade¹³, extrai-se a grande vantagem

do atendimento de sua função social. Esta expressão jamais pode ser tomada como relacionada ao exame do equilíbrio contratual no caso concreto. A existência de uma função social pré-condiciona o contrato na sua celebração tanto como condição para recorrer-se a este instituto quanto no que diz respeito aos limites em que a liberdade de contratar é exigida. Se isto atenta contra o princípio da autonomia privada, que se descarte a norma (...) Podemos dizer que a função social do contrato é um remédio ruim que foi receitado pelo legislador do NCC. E se todo medicamento mal utilizado torna-se uma droga perigosa, o remédio ruim representa em si mesmo um veneno insidioso”. VERÇOSA, Haroldo M. D. *Contratos Mercantis e a Teoria Geral dos Contratos*. O Código Civil de 2002 e a Crise do Contrato. Ed. QuartierLatin; São Paulo, 2010., p. 110 - 112.

¹¹ “Acentuamos ainda que o que caracteriza o direito real é o conteúdo consistente na utilização autônoma (ainda quando seja limitada) da coisa por parte do titular; conteúdo que varia, mas nunca falta (codemloci). Preferível é a fórmula - poder direto e imediato sobre a coisa, porquanto o emprego da palavra relação pode levar a crer na existência de uma relação jurídica entre o sujeito e a coisa, o que é inadmissível, certo como é, em boa doutrina, que a relação jurídica só existe entre pessoas, muito embora existam escritores que não vacilam em falar numa relação jurídica entre a pessoa, que é sujeito do direito e a coisa, que lhe constitui objeto” ESPÍNOLA, Eduardo. *Posse, Propriedade, Compropriedade ou Condomínio, Direitos Autorais*. Campinas: Editora Bookseller, 2002, P. 12.

¹² Código de Processo Civil, “Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros”.

¹³ “Com efeito, em não havendo ilicitude no ato do réu, e não constando na data de emissão do cheque a pactuação, tendo em vista o princípio da relatividade dos efeitos contratuais e os princípios inerentes aos títulos de crédito, não devem os danos ocasionados em decorrência da apresentação antecipada do cheque ser compensados pelo réu, que não tem legitimidade passiva por ser terceiro de boa-fé, mas sim pelo contraente que não observou a alegada data convencionada para apresentação da cártula” em BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 4a Turma, Min. Luis Felipe Salomão, Resp 884346/SC, DJ 04.11.2011.

de tal concepção relacional para o direito comercial, posto ser dotado de enorme segurança jurídica.

Isto é possível visto que o teor negocial ficaria adstrito às partes, diretamente identificadas ou identificáveis no trato jurídico, dentro do contexto dogmático do *quod non est actis no est in hoc mundo* (“o que não está aqui não existe”). Portanto, quanto à abrangência subjetiva do contrato, a Teoria Personalista limita a assimetria informacional no tocante às partes submetidas ao crivo do pacto.

Contudo, o próprio axioma da relatividade, base fulcral da Teoria Personalista, começa a ter problemas quando a ordem jurídica (enveredada pela Constituição da República) adotou o mandato de otimização da função social como valor-princípio que incide sobre qualquer posição patrimonial. Em outras palavras, a teoria que circunscreve o contrato como algo circunscrito às partes que outorgaram seu consentimento, também passou a ser corroída pelo mandamento da solidariedade.

Tal cláusula geral, ao lado do princípio da boa-fé objetiva, tem incidência tanto no aspecto intra-contratual, *rectius*, a função havida entre as partes, como também na faceta extra partes com os efeitos para terceiro de uma relação negocial meramente obrigacional¹⁴.

Aliás, outro entrave sistemático de tal Teoria Personalista é que, em seu viés originário, não concebia a equivalência de Pessoas – na acepção jurídica do direito da personalidade – e Sujeitos (conceito bem mais amplo), o que gera uma série de complexas questões.

Ou seja, se a Teoria Personalista é aquela incidente numa relação contratual entre partes/pessoas, como explicar a possibilidade de entes

¹⁴“é o princípio da boa-fé objetiva, não já a função social do contrato, o fundamento para a proteção do crédito em face de terceiros: “(...) o princípio da boa-fé objetiva, informado pela solidariedade constitucional, por não se limitar ao domínio do contrato, alcança todos os titulares de situações jurídicas subjetivas patrimoniais, vinculando-os ao respeito de posições contratuais, suas ou de terceiros. Por isso mesmo, fundamenta-se na boa-fé objetiva a proteção do crédito em face de terceiros (...) [a] função social do contrato, entendida como dever imposto aos contratantes de atender – ao lado dos próprios interesses individuais perseguidos pelo regulamento contratual – a interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relacionem com o contrato ou são por ele atingidos” TEPELINO, Gustavo José Mendes. Notas sobre a função social dos contratos. TEPELINO, Gustavo José Mendes, e FACHIN, Luiz Edson. O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 399.

empresariais despedidos de personalidade¹⁵ jurídica poderem contratar? Por sua vez, na seara processual, como tal Teoria concebe a legitimidade passiva ou ativa de um ente despersonalizado¹⁶? E ainda, como tal teoria pode explicar a possibilidade de relações jurídicas que ensejem e reflitam no patrimônio de sujeitos indeterminados, como nas hipóteses de empresas petrolíferas causarem danos ambientais?

No viés crítico da Teoria Personalista, uma terceira doutrina envereda outra teoria das relações jurídicas dentro de um escopo mais amplo do que o conceito de pessoas, e mais aberta do que a egocêntrica noção de partes: A Teoria dos Núcleos de Interesse.

Esta derradeira Teoria das Relações Jurídicas tem nas relações patrimoniais, como a propriedade¹⁷, ou os contratos versando sobre obrigações de dar, um foco sobre as situações subjetivas como vieses complexos. Ou seja, que toda relação jurídica não é cerrada a uma posição positiva (de crédito) e outra negativa (de débito), tampouco as partes de um contrato seriam às únicas cujos interesses jurídicos seriam afetados por tal pacto.

Numa comparação entre Teorias através de uma análise econômica pode-se falar que, enquanto na Teoria Personalista há uma minúcia com

¹⁵ “CONSÓRCIO PRIVADO DE EMPRESAS DO RAMO DA CONSTRUÇÃO CIVIL. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL POR INEXISTÊNCIA DE CAPACIDADE JUDICIÁRIA. RECURSO DO AUTOR. A CAPACIDADE DE SER PARTE NÃO SE CONFUNDE COM A PERSONALIDADE JURÍDICA. A LEGISLAÇÃO PROCESSUAL EM VIGOR ATRIBUI A DIVERSOS ENTES DESPERSONALIZADOS A CAPACIDADE DE DEFENDER EM JUÍZO DIREITO MATERIAL AMEAÇADO OU VIOLADO. O CONSÓRCIO PRIVADO, APESAR DE NÃO POSSUIR PERSONALIDADE JURÍDICA, POSSUI PERSONALIDADE JUDICIÁRIA. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. A EXPRESSÃO “PESSOA FÍSICA OU JURÍDICA” DO ART. 1.º, DA LEI N.º 12.016, A TODA EVIDÊNCIA, NÃO PODE SER INTERPRETADA RESTRITIVAMENTE DE MOLDE A AFASTAR A CAPACIDADE DE SER PARTE DOS ENTES DESPERSONALIZADOS COMO O NASCITURO, O ESPÓLIO, A MASSA FALIDA, O CONDOMÍNIO, A SOCIEDADE DE FATO, DETERMINADOS ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, O CONSÓRCIO, DENTRE OUTROS. PROVIMENTO DO RECURSO” BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 8ª Câmara Cível, Des. Norma Suely, AC 0025136-42.2011.8.19.0023, J. 29.05.2012.

¹⁶ “LEGITIMIDADE ATIVA DO CONDOMÍNIO. DEFESA DE INTERESSES COMUNS DOS CONDOMÍNOS. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DA ASSEMBLEIA PARA ACIONAR. IRRELEVÂNCIA. RECURSO ESPECIAL. REEXAME DE PROVA. DESCABIMENTO. I - O condomínio tem legitimidade para ingressar em juízo visando à defesa de interesses comuns dos condôminos, independentemente de autorização prévia da assembleia geral (CC, art. 1.348, II e V, 1ª parte)” BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Min. Sidnei Beneti, Resp 855809/DF, DJ 13.09.2010.

¹⁷ “existe um sujeito que é titular de uma situação de propriedade, existe da outra parte, não um sujeito determinado, mas a coletividade, que tem o dever de respeitá-la, de não se ingerir. Portanto, na relação jurídica a relação é entre situações subjetivas, ainda que confluentes na titularidade de um mesmo sujeito” PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 114.

o interesse dos contratantes, na Teoria dos Núcleos de Interesse há a preocupação, também, com os não-contratantes¹⁸.

Portanto, como nesta última Teoria das Relações Jurídicas há um escopo de núcleos de interesses que não se confundem com pessoas (em especial determinadas), há uma ampliação da tutela jurígena do que seja interesse juridicamente relevante, além de uma maximização do contexto extra partes quanto à função social.

Entretanto, poder-se-ia questionar que estes Núcleos de Interesse, uma vez tangenciados pelo contrato, gerariam uma insegurança jurídica não quista pelo nicho empresarial que tem no lucro¹⁹, e na segurança jurídica, seu esteio de primazia.

De outra monta, é possível afirmar que a Teoria Personalista e a Teoria dos Núcleos de Interesse não são incompatíveis ou adversativas, visto que na primeira o enfoque é intra-contratual, ou microeconômica; já a segunda tem como escopo uma perspectiva extra-contratual, ou macroeconômica.

Destarte, na combinação das Teorias Personalista e dos Núcleos de Interesse, o Direito Comercial poderá ser bem tutelado seja quando o interesse for, predominantemente endógeno, ou, também, quando este transbordar a esfera dos contratantes.

3) A EFICÁCIA EXTERNA DA RELAÇÃO OBRIGACIONAL

Dentro da ótica majoritária nacional, que envereda pela tradicional Teoria Personalista, haveria uma lógica linear e definida no tocante aos efeitos de um contrato. O plano da eficácia contratual – e sua delimitação

¹⁸ “A propriedade, portanto, não seria mais aquela atribuição de poder tendencialmente plena, cujos confins são definidos externamente, ou, de qualquer modo, em caráter predominantemente negativo, de tal modo que, até uma certa demarcação, o proprietário teria espaço livre para suas atividades e para a emanção de sua senhoria sobre o bem. A determinação do conteúdo da propriedade, ao contrário, dependerá de centros de interesses extraproprietários, os quais vão ser regulados no âmbito da relação jurídica de propriedade” TEPEDINO, Gustavo José Mendes. Contornos constitucionais da propriedade privada. In Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 4ª Edição, 2008, p.336.

¹⁹ “Em todas as fases de sua evolução, esse ramo especial do direito sempre disciplinou a atividade dos agentes econômicos encarregados da geração de riqueza, fossem eles chamados mercadores, comerciantes ou empresários. O traço diferenciador dessa área do direito, e que identifica seus protagonistas, sempre foi o marcado escopo de lucro” em FORGIONI, Paula A. Teoria Geral dos Contratos Empresariais. 2ª Edição. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010, p. 26.

–, portanto, coincidiria com os sujeitos integrantes da formação originária vontade. Se A e B contrataram algo, as suas vontades²⁰ circunscrevem o objeto do acordo, a forma do pacto, e as pessoas²¹ a ele vinculadas.

Mas ainda dentro do viés clássico do direito contratual, certas espécies negociais já desafiavam a lógica maniqueísta do que eram os sujeitos (partes) vinculados ao contrato, daqueles que não correspondiam o pólo subjetivo do acordo de vontades (terceiros). Como exemplo máximo desta exceção vigiam as estipulações em favor de terceiro²², geralmente oriundas de um contrato de seguro, os contratos com pessoa a declarar²³ e as promessas de terceiros²⁴.

Entretanto, superado o dogma do voluntarismo jurídico divorciado dos interesses coletivos²⁵, é importante frisar que o *animus* contratual não importa num alvará de plenas liberdades, visto que o próprio contrato só tem tutela jurígena no ambiente social²⁶. Neste quadrante, para além da

²⁰ “Aqui é que se situa a noção estrita de contrato. É um negócio jurídico bilateral, e de conseguinte exige o consentimento; pressupõe, de outro lado, a conformidade com a ordem legal, sem o que não teria o condão de criar direitos para o agente; e, sendo ato negocial, tem por escopo aqueles objetivos específicos. Com a pacificidade da doutrina, dizemos então que o contrato é um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos” em PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, Vol. III, Contratos, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 7.

²¹ “In other words, the interests of third parties are external to the interests of the parties to the explicit contracts, and, normally, the legal analysis of private law ignores these interests in order to concentrate on securing corrective justice between the parties to the contract”. COLLINS, Hugh. The weakest Link: legal implications of the network Architecture of Supply Chains, p. 205.

²² Art. 436 e seguintes do NCC: O que estipula em favor de terceiro pode exigir o cumprimento da obrigação.

²³ Art. 467 e seguintes do NCC: No momento da conclusão do contrato, pode uma das partes reservar-se a faculdade de indicar a pessoa que deve adquirir os direitos e assumir as obrigações dele decorrentes.

²⁴ Art. 439 e seguintes do NCC: Aquele que tiver prometido fato de terceiro responderá por perdas e danos, quando este o não executar.

²⁵ “O legislador atentou aqui para a acepção mais moderna da função do contrato, que não é a de exclusivamente atender aos interesses das partes contratantes, como se ele tivesse existência autônoma, fora do mundo que o cerca. Hoje o contrato é visto como parte de uma realidade maior e como um dos fatores de alteração da realidade social. Essa constatação tem como consequência, por exemplo, possibilitar que terceiros que não são propriamente partes do contrato possam nele influir, em razão de serem direta ou indiretamente por ele atingidos” em PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, Vol. III, Contratos., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 12.

²⁶ “O importante na caracterização do negócio é salientar que, se, em primeiro lugar, ele é um ato cercado de circunstâncias que fazem com que socialmente ele seja visto como destinado a produzir efeitos jurídicos, em segundo lugar, a correspondência, entre os efeitos atribuídos pelo direito (efeitos jurídicos) e os efeitos manifestados como queridos (efeitos manifestados), existe, porque a regra jurídica de atribuição procura seguir a visão social e liga efeitos ao negócio em virtude da existência de manifestação de vontade sobre eles. Exatamente porque o direito procura seguir a visão social, que vê em certas manifestações de vontade declarações destinadas a produzir efeitos jurídicos, pode-se afirmar que, em geral, o negócio jurídico é um ato lícito” em AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio Jurídico. Existência, Validade e Eficácia. 4ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 19. No mesmo sentido, PENTEADO, Luciano de Camargo. Efeitos Contratuais Perante Terceiros. São Paulo: QuartierLatin, 2007, p.203.

mera licitude, da legitimidade²⁷, o sistema jurígeno continua a tutelar a autonomia privada quando exercida em consonância com os interesses dos não-contratantes²⁸. Logo, se o contrato já foi interpretado enquanto uma espécie de estatuto do credor²⁹, na contemporaneidade ele passa a ser lido como foco de cooperação³⁰ para as partes e além delas próprias.

Outra ruptura sofrida na pacífica e segura Teoria Contratual *subsuntiva* foi no plano do conteúdo obrigacional, eis que, pelo princípio da boa-fé objetiva³¹, o próprio teor do vínculo ultrapassa aquilo que foi formalmente contratado para ser encarado como dever que abrange todo um contexto³² negocial.

Ou seja, o princípio da relatividade, ou o exclusivo enfoque micro-

²⁷ “A autonomia só recebe tutela quando realiza uma “função socialmente apreciável e juridicamente meritória” em BARBOZA, Heloísa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. em TEPEDINO, Gustavo José Mendes. e FACHIN, Luiz Edson. O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 412.

²⁸ “Já que a promessa pode de modo cabível ser considerada somente como parte de uma matriz social total, o desejo do indivíduo só pode ser parcialmente livre devido às inúmeras inibições impostas pela matriz social” em MACNEIL, Ian R. O Novo Contrato Social: uma análise das relações contratuais modernas. Ed. Elsevier, Rio de Janeiro, 2009, p. 7.

²⁹ “Isto implica uma mudança radical da perspectiva a partir da qual focar a disciplina das obrigações: esta não deve ser considerada o estatuto do credor; a cooperação substitui a subordinação e o credor se torna titular de deveres genéricos ou específicos de cooperação para o adimplemento pelo devedor. Também o terceiro se encontra envolvido neste novo clima de colaboração e de responsabilidade, em que o crédito assume cada vez mais a fisionomia de um «bem» autônomo, sobre o qual manifestamente incidem direitos de terceiros qualificados (pense-se no usufrutuário e no credor pignoratício de crédito: arts. 2800 ss., 2025, 1250, 1254, Cód. Civ.) e que os terceiros devem respeitar” PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil Na Legalidade Constitucional. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2008, P. 913.

³⁰ “Fundando-se o direito objetivo na solidariedade social, o direito subjetivo daí deriva, direta e logicamente. E sendo todo indivíduo, com efeito, obrigado pelo direito objetivo a cooperar na solidariedade social, resulta disso, necessariamente, que tem ele o direito de praticar todos aqueles atos pelos quais coopera na solidariedade social e de impedir que, seja quem for, obste à realização do papel social que lhe incumbe. O homem que vive em sociedade tem direitos; mas esses direitos não são prerrogativas que lhes pertençam na sua qualidade de homem; são poderes que lhes pertencem porque, sendo homem social, tem um dever a cumprir e deve ter o poder de cumprir tal dever” em DUGUIT, Léon. Fundamentos do Direito. São Paulo: Ed. Servanda, 2008, p. 25

³¹ “Com relação ao das obrigações, manifesta-se como máxima objetiva que determina aumento de deveres, além daqueles que a convenção explicitamente constitui. Endereça-se a todos os partícipes do vínculo e pode, inclusive, criar deveres para o credor, o qual, tradicionalmente, era apenas considerado titular de direitos” em SILVA, Clóvis V. do Couto e. A Obrigação como processo. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006, p. 33.

³² “Ainda a respeito da integração contratual, não se pode olvidar o quanto afirmado no ensaio anterior com base nas lições de BETTI, MACAULAY, COLLINS e tantos outros: as “circunstâncias concretas do desenvolvimento e da execução contratual” podem ser fonte de deveres e de obrigações, recusando visão estática pregada à letra do instrumento. O controle do oportunismo requer a análise da estrutura econômica da operação, das circunstâncias que a acompanham e dos mercados a ela relacionados. Ou, nas palavras de LARENZ: “A interpretação integrativa do contrato não é interpretação de declarações de vontade em particular e de seu significado normativo, mas interpretação da regulação objetiva criada com o contrato” em FORGIONI, Paula A. Teoria Geral dos Contratos Empresariais. 2ª Edição. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010, p. 213.

contratual, passou a ser mitigado³³ pelo senso de solidariedade social³⁴, quando o objeto do contrato influa em centros de interesses que ultrapassem o crivo da autonomia entre as empresas contratantes³⁵.

Por outro lado, os avanços humanísticos da seara privada do direito (em especial do Direito Civil e do Consumidor) não importam na alteração vertiginosa e própria do Direito Comercial, em especial quanto às premissas estabelecidas entre partes economicamente homogêneas³⁶.

Portanto, para que as profundas modificações havidas no ambiente hermenêutico da Teoria Contratual não impactem negativamente na segurança imperativa que rege a seara Mercantil, alguns conceitos estáveis precisam ser estabelecidos quando se está a tratar da eficácia externa da relação contratual.

Em primeiro lugar, a doutrina inicia sua concepção de contrato por uma noção silogística excludente, do tipo, todo contrato tem sujeitos, todo sujeito de um contrato são partes, logo, terceiros são aqueles que não participam de um contrato³⁷. Destarte, para tal exposição propedêutica

³³ “PRINCÍPIO DA RELATIVIDADE DOS EFEITOS DO CONTRATO – DOCTRINA DO TERCEIRO CÚMPLICE – TUTELA EXTERNA DO CRÉDITO. O tradicional princípio da relatividade dos efeitos do contrato (*res inter alios acta*), que figurou por séculos como um dos primados clássicos do Direito das Obrigações, merece hoje ser mitigado por meio da admissão de que os negócios entre as partes eventualmente podem interferir na esfera jurídica de terceiros – de modo positivo ou negativo –, bem assim, tem aptidão para dilatar sua eficácia e atingir pessoas alheias à relação inter partes. As mitigações ocorrem por meio de figuras como a doutrina do terceiro cúmplice e a proteção do terceiro em face de contratos que lhes são prejudiciais, ou mediante a tutela externa do crédito. Em todos os casos, sobressaem a boa-fé objetiva e a função social do contrato” em BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2a Turma, Min. Humberto Martins, REsp 468062/CE, DJ 01.12.2008.

³⁴ “Negliattidi autonomia privata, per contro, l’iniziativaindividuale e libera diperseguireogni interesse socialmente apprezzabile, di tal natura da richiedere e meritarela tutela giuridicasecondolevedute general i dela coscienza social e, quali si rispecchianonell’ordinamento (cod. civ. 1322 capv.)” em BETTI, Emilio. Teoria generale Del NegozioGiuridico. Napoli: EdizioneScientificheItaliane, 2002, p. 323.

³⁵ “É preciso admitir o efeito sobre a sociedade em geral que tem as normas contratuais. É inegável, do ponto de vista intuitivo, o efeito que um grande contrato de fornecimento entre duas empresas pode ter sobre a comunidade (consumidores, meio ambiente, etc.). Falta ao direito reconhecê-lo e tratar a disciplina desse contrato não apenas como uma disciplina de equilíbrio (formal) de interesses entre as partes envolvidas, mas também como uma disciplina apta a influir nas estruturas econômicas e, portanto, em última instância, na organização social. É preciso reconhecer, portanto, que o direito civil não é formado apenas por normas sobre proteção de interesses, mas também por regras organizativas” em SALOMÃO FILHO, Calixto. Breves acenos para análise estruturalista do contrato. Revista de Direito Mercantil (141), p. 11.

³⁶ “Apenas para trazer à colação mais um exemplo, nos negócios celebrados entre sociedades empresárias, a função social do contrato pode servir para reforçar um dos princípios individuais dos contratos, consistente no princípio do *pacta sunt servanda*” GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direito Contratual contemporâneo: A função social do contrato. Em TEPEDINO, Gustavo José Mendes. e FACHIN, Luiz Edson. O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 390.

³⁷ “O conceito de parte permite a verificação de polos ao redor dos quais se organizam as relações contratuais. As partes, via de regra, apresentam interesses antagônicos. Assim, no contrato de venda e compra existem as

dualista no que tange o acordo de vontades há partes (núcleo duro do contrato) e os terceiros (aqueles que não contribuíram com a declaração legítima de sua vontade na formação da relação jurídica).

No entanto, tal definição não é imune às críticas, visto ser propulsora de uma série de iniquidades e coadunante com condutas predatórias e oportunistas. *Verba gratia*: num contrato firmado de fornecimento com cláusula de exclusividade entre entes empresariais X (um pequeno restaurante de comida japonesa) e Y (uma holding de sociedades na indústria pesqueira que possui diversas outras empresas, inclusive no ramo dos serviços alimentícios), a sociedade Y, para dissimular a ruptura da cláusula de exclusividade, passa a se utilizar da personalidade jurídica de suas subsidiárias e coligadas para alienar o pescado cujo tráfico jurídico era delimitado à aquisição para X.

Ou seja, em tal lúdico exemplo, que claramente deflagraria o abuso do direito, o conceito estrito de partes serviria para fugir do ululante inadimplemento contratual, o que não coaduna com o *pacta sunt servanda* tão caro ao Direito Empresarial.

Dessa forma, além do extremismo entre partes e terceiros é mister o reconhecimento jurídico de graus distintos dos entes subjetivos para com um contrato: há terceiros distantes da relação jurígena, como há também aqueles que, apesar de formalmente não terem participado do trato, aproximam-se³⁸ da função e dos deveres das partes.

Um dos casos gris dentro da conexão contratual³⁹, é o *free-riding* realizado

partes vendedora e compradora, uma interessada na coisa, outra no preço. O antagonismo de interesses das partes é que permite a formação econômica dos contratos, como mecanismos jurídicos de trocas e implica, no momento de efeitos, a formação de uma relação jurídica, que disciplina metodologicamente os direitos e deveres das partes. Terceiros, sem qualquer qualificativo, são os que não estão nessa posição” em PENTEADO, Luciano de Camargo. Efeitos Contratuais Perante Terceiros. São Paulo: QuartierLatin, 2007, p.41.

³⁸ “Entretanto, é possível ver diferentes espécies de terceiros, uns mais próximos, outros mais distantes da declaração negocial. A espécie mais próxima de terceiro seria formada por aquele que, nada obstante não ter declarado o negócio, sucessivamente, no plano da eficácia, integra a relação obrigacional de alguma forma. É o que ocorre na estipulação a favor de terceiro. O beneficiário recebe em seu patrimônio um crédito, em decorrência da declaração do estipulante, como efeito do contrato em que se pactuou a estipulação. Teríamos, assim, uma espécie de terceiro que seria o que recebe, em decorrência de um negócio jurídico contratual, um benefício patrimonial típico, um crédito. É a subcategoria do terceiro beneficiário” em PENTEADO, Luciano de Camargo. Efeitos Contratuais Perante Terceiros. São Paulo: QuartierLatin, 2007, p.45.

³⁹ “Por trás desse movimento de “relativização da relatividade” dos efeitos do contrato encontra-se a consciência, ainda incipiente, de que o contrato não pode mais ser analisado exclusivamente como uma abstração jurídica, pertinente exclusivamente às partes contratantes. O exame e a regulação do contrato devem levar em conta todas as particularidades que o caracterizam e os efeitos econômicos e sociais que ele surte. Para isto, é fundamental examinar o contexto em que o negócio se insere, uma vez que a relação jurídica que a partir dele se desenvolve necessariamente interfere e sofre interferências da realidade social que o cerca.

por uma das franqueadas (Z) em minorar custos ao comprar produtos de menor qualidade, que acaba por causar danos na reputação⁴⁰ mercantil de outras franqueadas (X, Y e W). Indagar-se-ia: se a Franqueadora (K) é a única que detém vínculos contratuais diretos com todas as franqueadas, as últimas que estivessem de acordo com o parâmetro qualitativo do Contrato de Oferta de Franquia teriam uma pretensão contratual para obrigar o devido adimplemento contra a franqueada Z?

A habilitação de eventual pretensão direta – de bojo contratual – das demais franqueadas, além de superar o princípio da relatividade, acaba por preservar toda a rede contratual⁴¹, visto que a conduta parasitária de uma contratada, ameaça o patrimônio de todas as outras.

Note-se que a indagação não é satisfeita com a mera observância de que há sempre uma tutela aquiliana, ou extracontratual, suficiente a ilidir o enriquecimento sem causa. Factualmente a subsidiariedade da responsabilidade fora do âmbito do contrato tem conseqüências diretas no regime da culpa, distancia o nexo de causalidade, além de afetar os prazos prescricionais⁴².

Tal compreensão serve tanto para proteger a relação contratual contra terceiros oportunistas⁴³, quanto para proteger terceiros contra o oportunismo dos contratantes.

(...) As diversas teorias referidas, portanto, podem ser vistas como esforços no sentido de “reconhecer que a disciplina contratual não está à parte do projeto de sociedade livre, justa e solidária idealizado pela ordem constitucional em vigor no país” KONDER, Carlos Nelson. *Contratos Conexos. Grupos de Contratos. Redes Contratuais e Contratos Coligados*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006, p. 2.

⁴⁰ “Reputação não é clientela; esta pode emanar daquela, com ela não se confunde. Reputação é o crédito ou renome que gozam os produtos no mercado. Clientela é o complexo das pessoas habituadas a negociar com um estabelecimento comercial ou industrial; é a freguesia, the degree of favor enjoyed by a particular shop trade as indicated by its custom” em BARBOSA, Rui. *As cessões de clientela. Obras Completas de Rui Barbosa – Vol. XL. Tomo I*, Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1913, p. XIX.

⁴¹ “Although each member needs to be concerned primarily about its own interests, it must also be concerned about the interests of the network as a whole. A deal that becomes onerous for other links in the chain threatens the success of the chain as a whole” em COLLINS, Hugh. *The weakest Link: legal implications of the network Architecture of Supply Chains*, p. 201.

⁴² PENTEADO, Luciano de Camargo. *Efeitos Contratuais Perante Terceiros*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p.199.

⁴³ “É verdade que a obrigação é relação entre devedor e credor, mas é também verdade que esta relação tem relevância externa. O próprio crédito é um bem, um interesse juridicamente relevante, e enquanto tal deve ser respeitado por todos. Pense-se no fato ilícito de terceiro (por exemplo, o assassinato do devedor) que impeça o credor de ter o próprio interesse satisfeito; o dano do terceiro não configura um inadimplemento (o terceiro não era devedor), mas um fato ilícito relevante nos termos do art. 2043 Cód. Civ. Há, portanto, uma ampliação dos confins da responsabilidade extracontratual em relação ao princípio de solidariedade constitucional (arts. 2 e 3 Const.): se o comportamento de um sujeito é lesivo a uma situação juridicamente relevante (absoluta ou relativa), de modo a provocar um dano injusto, não existe motivo para excluir a responsabilidade daquele que provocou a lesão” em PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil Na Legalidade Constitucional*. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2008, P. 893.

Um caso histórico da última hipótese foi o fatídico feito de uma série de laboratórios farmacêuticos que realizaram um pacto de boicote⁴⁴ contra a indústria de genéricos⁴⁵. Tal acordo unicamente direcionado à lesão ilegítima de terceiros foi objeto de dura repreensão pelo CADE.

Ainda no âmbito do Direito Comercial, a seara societária convive com a oferta pública de ações, conforme o art. 254-A, da Lei 6.404/76 na hipótese de alienação do bloco de controle. Note-se aqui um efeito direto nos demais integrantes de uma sociedade anônima de capital aberto que não são partes no negócio privado entre um acionista e outrem que, neste caso, não integra a sociedade. A Lei, já antecipando que tal negócio impactaria nos legítimos interesses dos demais acionistas, impõe um ônus externo ao negócio de aquisição das ações; em direto reconhecimento do liame de impacto alheio daquele acordo de vontades.

Por sua vez, no âmbito obrigacional na seara da Propriedade Industrial, uma hipótese ilustrativa auxilia na compreensão desta cadeia subjetiva escalonada pela proporcionalidade de interesses (mais ou menos próximos ao núcleo relacional), que é o da chamada marca evidentemente conhecida.

⁴⁴“Èlastessa tutela dela libertàdiciascunoquellachegiaimponedilimitarel’ambitonelqualepuòessere precluso l’eserciziodi una attività, maquestadelimitazione (che, altrimenti, specie data la formula alternativa dell’art. 2596, puòrimanereinefficiente) deve poiseeguireil critério dievitare non solo eccessiverestrizioni ala libertàcontrattuale, malaformazione di un monopolío difatto a favore di una delle parti ovvero a favore ditutte parti come gruppo” em ASCARELLI, Tullio. Teoria della concorrenza e dei Beni immateriali. Editore Dott A. Giuffrè, Milano, 1960, p. 84.

⁴⁵ “Processo administrativo. Fixação, em acordo com os laboratórios concorrentes, de condição de venda aos distribuidores de medicamentos, consubstanciada na exigência de que estes não trabalhasse com genéricos; limitação ao acesso de novas empresas ao mercado; criação de dificuldades ao funcionamento ou desenvolvimento dos distribuidores de medicamentos; recusa de venda de bens dentro das condições de pagamento normais ao usos e costumes comerciais. Tentativa das infrações comprovada e configurada. Infrações previstas no art. 20, incisos I, II e IV c.c. artivo 21 incisos I, IV, V e XIII, da Lei nº 8.884/94. Conduta de liderança diferenciada por parte da Representada Janssen-Cilag Farmacêuticas Ltda. que incide, além dos incisos supracitados, no inciso II do art. 21 da Lei nº 8.884/94. Aplicação de multa no valor de multa no valor de 1%(um por cento) sobre o faturamento bruto de cada uma das representadas no exercício anterior ao da instauração do Processo Administrativo, exceto para a Representada Janssen-Cilag Farmacêuticas Ltda., condenada ao pagamento de multa no valor de 2%(dois por cento) sobre o seu faturamento bruto no exercício anterior ao da instauração do presente Processo Administrativo. Determinação de publicar, cada uma das Representadas, em meia página e às suas expensas, por dois dias seguidos, durante duas semanas consecutivas. Nota Pública contendo o inteiro teor da decisão do CADE, no jornal de maior circulação nacional. Imposição de multa diária pelo descumprimento da decisão no valor de 6.000(seis mil) UFIRs equivalente a R\$ 6.384,00 (seis mil trezentos e oitenta e quatro reais). causal entre as condutas das representadas e a lesão potencial à concorrência - Arquivamento do processo” no processo administrativo 08012.009088/1999-48, disponível no site: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e15cb044c84cdd37c95e a276be56d673c6>, acessado no dia 09.06.2013.

Em síntese, o sistema marcário é orientado pelo princípio atributivo de direito, ou seja, pode se tornar titular da propriedade do signo distintivo contextual quem depositar seu pedido perante a autarquia federal competente (o INPI). Portanto, a priori, quem meramente usa um signo distintivo sem que se socorra do sistema registral, não se torna detentor de um direito de exclusiva sobre o mesmo.

Por outro lado, um terceiro concorrente que verifica o crescimento de uma determinada empresa dentro do seu nicho, e apure que esta se utiliza de um signo distintivo não registrado, não estaria autorizado a depositar um pedido de marca homônima/homofigurativa. Explica-se: em que pese não ter o utente originário sido proativo na tutela de seu signo distintivo, e o terceiro tê-lo sido, por não ser legítimo desconhecer seu ramo, e por estar jungido ao dever de lealdade⁴⁶, este ser estranho à *práxis* comercial do primeiro, não obterá o registro marcário⁴⁷.

Outra hipótese de eficácia externa oriunda de um contrato empresarial seriam as licenças de uso de marca, devidamente registradas perante o Instituto Nacional da Propriedade Industrial⁴⁸. Ou seja, se na formação contratual sobre o signo distintivo apenas as partes (licenciante-licenciado) estariam adstritos aos termos do contrato, com a averbação no registro público pertinente, há uma oponibilidade⁴⁹ *erga omnes* daquele teor contratual interempresarial. Tal exemplo desmascara o mito da inoponibilidade decorrente de relações pessoais, ou melhor, do princípio da relatividade contratual.

⁴⁶ “vê-se que interessa ao direito não somente seus efeitos no âmbito das relações entre as partes, mas, igualmente seus reflexos sobre a sociedade. (...)”. É de se aceitar que o contrato, como operação econômica, é valorado conforme o que seja apreciável economicamente dentro do contexto socioeconômico em que está inserido. Se assim é, é natural que sua disciplina seja avaliada conforme este mesmo contexto. Assim, v. g., as práticas que importem em concorrência desleal, serão vedadas, justamente por atingirem os terceiros concorrentes. Com isto, esmaece a força deste princípio advindo o contexto sócio econômico, mais uma vez, como limite ao poder dispositivo das partes”. FRANCO, Vera Helena de Mello. Teoria Geral do Contrato: Confronto com o Direito Europeu Futuro. São Paulo: Editora RT, 2011, p. 109.

⁴⁷ Art. 124, XXIII, da Lei 9.279/96: Não são registráveis como marca: sinal que imite ou reproduza, no todo ou em parte, marca que o requerente evidentemente não poderia desconhecer em razão de sua atividade, cujo titular seja sediado ou domiciliado em território nacional ou em país com o qual o Brasil mantenha acordo ou que assegure reciprocidade de tratamento, se a marca se destinar a distinguir produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, suscetível de causar confusão ou associação com aquela marca alheia.

⁴⁸ Art. 137 da Lei 9.279/96: As anotações produzirão efeitos em relação a terceiros a partir da data de sua publicação.

⁴⁹ PENTEADO, Luciano de Camargo. Efeitos Contratuais Perante Terceiros. São Paulo: QuartierLatin, 2007, p. 165

Outrossim, é evidente que os contratos empresariais, enquanto projeção de deveres para o futuro⁵⁰, podem gerar externalidades positivas ou negativas para com terceiros, o que amplia o espectro de deveres das partes para com quem não integra o pólo contratual⁵¹. No entanto, na esteira compensatória da expansão contratual em favor de terceiros, há a clara abrangência do teor pactuado contra os terceiros cúmplices que, por exemplo, se valham de sua exterioridade para causar danos ilegítimos aos contratantes.

De outra monta, a abertura para a impugnação contratual irrestrita para terceiros poderá significar a morte de um dos pilares fulcrais do direito mercantil, qual seja o contrato comercial, ou, pelo menos, torná-lo imprevisível, custoso, e ineficiente⁵². Em outras palavras, a excessiva expansão da vulnerabilidade contratual para terceiros acabaria por exterminar aquilo que se denomina mercado⁵³.

Destarte, se não há um consenso sobre o papel da boa-fé objetiva e da função social do contrato na contemplação dos legítimos interesses exógenos (terceiros) à relação micro-contratual (partes), certo é que critérios qualitativos do teor prestacional podem ser objeto de maior ou menor autonomia privada.

4) A TEORIA DA ESSENCIALIDADE E A VINCULAÇÃO QUALITATIVA DOS CONTRATOS

A justaposição entre as Teorias Personalista e dos Núcleos de Interesse se faz necessária à compreensão das relações contratuais, seja quando a

⁵⁰ “contratto implica pertanto una proiezione sul futuro: esso ha loscopodiffissare certe posizioniattualinell’ avvenire: perciò implica una reciproca promessa, e la promessa e una dichiarazioneche si riferisce al futuro. La promessa, a sua volta, e fondata sulla fides, cioè, in ultima analisi, sullamoraltà dell’ altra parte; proprio a rafforzarecodestafiduciaerano volte certe forme solenni, cheaccompagnavanoilcontrattoneldirittoantico” em CARNELUTTI, Francesco. *Come Nasce Il Diritto*. Milão: Radiotelevisione Italiana, 1962, p. 29.

⁵¹ “Os comportamentos, as ações ou omissões são focalizados em relação ao outro, destinatário ou declaratório, e também se pronuncia tutela jurídica no empenho dos não titulares. Fim da concepção insular. E por isso, como sustentado, quem contrata não contrata apenas com quem contrata. O exercício da esfera jurídica se edifica e se ajusta aos demais exercícios, dentro ou fora dos contratos, ou do patrimônio” .FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Ed. Renovar, Rio de Janeiro; 2003. p. 325.

⁵² PENTEADO, Luciano de Camargo. *Efeitos Contratuais Perante Terceiros*. São Paulo: QuartierLatin, 2007, p. 285 e 288.

⁵³ “Sem a calculabilidade e a previsibilidade instaladas pelo direito moderno o mercado não poderia existir” em GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 14a Edição, São Paulo: Ed. Malheiros, 2010, p. 30.

ênfase é no âmbito microeconômico do liame (intrapartes), ou quando o enfoque é aberto no esteio macroeconômico (extrapartes).

De outra monta, há conteúdos contratuais que, por sua natureza, impactam em deveres diretos e imediatos de terceiros (como aqueles versando sobre direitos reais, valores da personalidade, ou outros tantos devidamente publicizados através dos registros públicos), sendo submetidos, necessariamente, ao exame da Teoria dos Núcleos de Interesse.

Não obstante, também foi observado que é impossível o estabelecimento apriorístico de quais teores contratuais terão maior irradiação de efeitos para além daquilo que a doutrina tradicional cunhou de partes. E tal se dá visto que cada relação contratual lida com um grau distinto de função social, bem como cada objeto contratual é dotado de menor, ou maior, escassez mercadológica.

Em outras palavras, seria de todo improdutivo e ineficiente⁵⁴ que houvesse regras jurídicas e teorias relacionais que reconhecessem e limitassem o exercício da autonomia privada entre as partes do contrato, se nenhum ou irrelevante impacto gerasse na seara alheia. Neste sentido (*rectius*, na constrição de efeitos ao núcleo dos que pactuaram), dentro dos requisitos da validade dos negócios jurídicos, somada a legitimidade das partes envolvidas e a disponibilidade do objeto prestacional, nenhum entrave poderia ser alocado aos contratantes.

Dessa forma, o ponto de partida do liberalismo clássico de que na seara privada haveria uma irrestrrição ao exercício da autonomia da vontade é tão nefasta quanto à premissa de que nenhum homem é uma ilha⁵⁵, no sentido de que qualquer contrato afetaria terceiros não contratantes. De um lado haveria o livre arbítrio, e de outro a ausência de liberdades. Tal maniqueísmo é que seria a corruptela nefasta do sistema jurídico, em especial na seara dos contratos mercantis.

E é na superação do despotismo jurídico que critérios objetivos podem

⁵⁴ “Isso porque a sociedade ideal, eficiente, é aquela que atinge estado de equilíbrio em que a vantagem dos beneficiados é idêntica à perda dos onerados (...) Assim, portanto, é óbvio que a regra que prevê barreiras às transações privadas pode e deve estar protegendo terceiros interesses, isto é, interesses de sujeitos não diretamente envolvidos na transação ou negócio, senão não existiria” em SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial – as estruturas. 3a Edição, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 31.

⁵⁵ Frase atribuída ao poeta inglês John Donne.

sopesar a proporcionalidade⁵⁶ e a razoabilidade⁵⁷ quanto à tutela externa ou interna das relações contratuais empresariais, trazendo a desejável estabilidade relacional.

No âmbito do direito civil, entre outros autores, a professora Teresa Negreiros publicou importante obra na qual incluiu uma “nova classificação”, que se tornou útil no momento de discernir e disciplinar o controle/tutela dos pactos privados, denominada de Teoria (ou classificação) da Essencialidade.

Conforme exposto pela civilista lusitana, será a essencialidade⁵⁸ do objeto (prestacional) que deflagrará o grau de autonomia dentre as partes imediatamente envolvidas no liame obrigacional. E dentro desta perspectiva, a essencialidade não é rigidamente contemplada preteritamente ao ambiente relacional, mas perquirida dentro da casuística/tópica⁵⁹ do feito em concreto.

Ou seja, se o objeto da prestação contratual for infungível (estrutural e funcionalmente) e de completa escassez (mínimo espaço para elasticidade), num nicho estratégico para o público consumidor, menor será o grau de autonomia privada. Noutros termos, num modelo de concorrência perfeita⁶⁰, o espaço para a Teoria da Essencialidade é

⁵⁶ “[N]o controle de proporcionalidade trata-se essencialmente de valorar, sopesar, comparar sacrifícios (da liberdade individual) e benefícios obtidos ou visados, vantagens e desvantagens da restrição objeto do controle” em NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. 2ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 753.

⁵⁷ “Em nossa jurisprudência constitucional, colhem-se alguns significados atribuídos ao princípio da razoabilidade. Um deles é o da vedação à arbitrariedade” em SOUZA NETO, Claudio Pereira. SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional – teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Editora Forum, 2012, p. 289.

⁵⁸ “Embora não conste expressamente dos esquemas classificatórios tradicionais no direito civil, a classificação dos bens em essenciais, úteis e supérfluos e sua utilização como fator de diferenciação dos contratos que tenham por objeto a sua aquisição ou utilização são propostas interpretativas perfeitamente compatíveis (...) de maneira que a fungibilidade ou infungibilidade, genericidade ou especificidade não são qualidade intrínsecas dos bens como tais, estaticamente considerados, mas somente avaliações em relação a uma peculiar ordem de interesses” NEGREIROS, Teresa. Teoria do Contrato. Novos Paradigmas. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 459

⁵⁹ “Perante o pensamento sistemático, a tópica tem, assim, aqui, uma função complementadora inteiramente legítima a cumprir. Pode-se mesmo dizer que, nesta questão, se exprime de novo a <<polaridade>> dos valores jurídicos mais elevados: a tópica ordena-se na equidade, portanto na tendência individualizadora da justiça” em CANARIS, Claus Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. tradução por CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. 3ª Edição, Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 2002, p. 272.

⁶⁰ “O interesse suscitado pelo modelo da concorrência perfeita deve-se a dois elementos fundamentais. Por um lado a apresentação de uma estrutura que conduz a afectação eficiente de recursos (...) e onde as necessidades dos consumidores obtêm satisfação ao mais baixo custo possível de produção (...) O segundo elemento prende-se com a ausência de poder de mercado (...) nenhum agente económico dispôs do poder

mínimo ou inexistente, visto que haveria outras opções disponíveis, o que maximizaria a hipótese de autonomia entre as partes, e expurgaria o impacto perante os terceiros.

Contudo, num ambiente em que haja um monopólio, ainda que fático, como uma patente na seara tecnológica da saúde, é bem possível que a ausência de elasticidade no nicho conduza ao paradigma da essencialidade e, portanto, minore as hipóteses de disponibilidade no tocante às partes. Neste contexto, o direito de exclusiva catalisaria as probabilidades de uma conduta de abuso por parte do titular/licenciado, além de majorar as hipóteses de dominação de mercado⁶¹.

Ainda no exemplo da patente farmacêutica, um negócio jurídico envolvendo licenciador e licenciado do privilégio impactará diretamente em três outros focos de interesse, quais sejam: o Estado⁶², os consumidores⁶³, e a concorrência. Por certo que algumas cláusulas contratuais que envolvam a fixação do preço⁶⁴ de venda do produto, a limitação territorial da licença, além da vedação de sub-licenciamentos poderão sofrer com a incidência da essencialidade exógena.

Tais hipóteses ficam ainda mais claras quando uma determinada tecnologia, além de importantíssima, serve de entrave para o desenvolvimento de tantas outras searas, naquilo que a doutrina do direito econômico denomina como *essential facilities*. Assim, a combinação entre um objeto prestacional funcionalmente infungível com um direito de propriedade intelectual, poderá

de influenciar o equilíbrio do mercado por si só” em MOURA E SILVA, Miguel. Direito da Concorrência. Coimbra: Almedina, 2008, p. 18.

⁶¹ “a dominação do mercado significa a submissão deste à vontade do agente econômico dominante (...) evidentemente é intolerável, traduzindo-se em situação que deve merecer a intervenção reparadora do Estado” em TAVARES, André Ramos. Direito Constitucional Econômico. 3ª Edição, São Paulo: Método, 2011, p. 265.

⁶² Destaque-se que nem mesmo o semi-monopsômio das compras públicas (pesquisas denotam a concentração das compras pelos entes públicos em até 70% das vendas de medicamentos) equalizam a fixação de preços altíssimo por parte de titulares de patentes.

⁶³ “Esse primeiro elemento da doutrina das infra-estruturas essenciais, qual seja, que o consumidor merece tratamento sem discriminação e um preço razoável, é complementado pelo impacto do acesso exclusivo de um agente econômico junto a certos competidores, qualificado pela situação especial de que são concorrentes parciais do titular num mercado dependente” BARBOSA, Denis Borges. Nota sobre a aplicação da doutrina das *essential facilities* à Propriedade Intelectual, disponível em <http://www.denisbarbosa.addr.com/paginas/200/concorrencia.html>, acessado em 09.06.2013.

⁶⁴ “o preço não é uma causa, mas principalmente um efeito, resultado de condições variáveis e até imprevisíveis” em GASTALDI, J. Petrelli. Elementos de Economia Política. 19ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 212.

fazer com que o interesse dos terceiros (externos) diante do conteúdo obrigacional impacte no teor do contrato⁶⁵. E isto é evidente na hipótese em que a exclusividade no contrato de licença seria economicamente ineficiente e gerasse barreira ao acesso de um mercado.

Desta forma, a teoria da essencialidade no âmbito civil, ou das *essential facilities* no âmbito econômico, são correlacionadas ao princípio da função social dos contratos no núcleo externo ao contrato, podendo obrigar aos contratantes da seara mercantil a uma série de obrigações⁶⁶ de fazer (como contratar, permitir o acesso⁶⁷ tecnológico, modificar cláusulas contratuais, licenciar, etc).

5) CONTRATOS EMPRESARIAIS E SEUS EFEITOS SOBRE O MERCADO – DIREITO CONCORRENCIAL E RESTRIÇÕES VERTICAIS

Nos termos dos capítulos anteriores, a noção de bilateralidade dos contratos, no viés neoliberal, poderia levar a crer que relações firmadas entre as partes não deveriam ser objeto de intervenção estatal, de modo a não interferir na organização econômica da empresa privada.

Contudo, para além das relações entre as partes, conforme antecipado no terceiro capítulo, algumas relações contratuais entre agentes econômicos produzem efeitos peculiares sobre o mercado e sobre a concorrência.

O presente capítulo tem como objeto de enfoque a chamada cláusula de fixação de preços, sua contemplação pelas autoridades antitruste,

⁶⁵ “devido à elevada assimetria de informação e situações de dependência econômica, seriam extremamente altos os custos de transação relacionados ao referido compartilhamento, de forma que o ordenamento jurídico, em determinadas ocasiões, considerando a relevância do produto ou serviço em questão, realiza uma opção pela disciplina regulatório-estrutural, determinando normativamente a concessão do acesso” em SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Direito da Concorrência e Obrigação de Contratar. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2008, p. 299.

⁶⁶ “haverá casos em que a imposição de obrigações de compartilhamento a determinadas situações, mesmo que envolvendo propriedade intelectual, acaba produzindo o efeito de promoção da concorrência e, com esta, também o estímulo à inovação para fazer frente aos concorrentes” em NESTER, Alexandre Wagner. Teoria das EssentialFacilities e Propriedade Intelectual. Em MOREIRA, EgonBockmann e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Direito Concorrencial e Regulação Econômica. Rio de Janeiro: Fórum, 2010 p. 128

⁶⁷ “A sociedade em rede. A tecnologia sempre foi fundamental em todas as revoluções industriais: a primeira ocorreu pela máquina a vapor; a segunda, pela energia elétrica. Na Terceira Revolução Industrial, papel diverso lhe é reservado: o acesso ao conhecimento significa capacidade de produzir novo conhecimento. Ao reverso, sua obstrução implica tornar inacessíveis as possibilidades de desenvolvimento. O conhecimento somente pode se desenvolver a partir dele próprio. Daí falar-se em “retroalimentação” do saber” FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p 341.

bem como a existência de paradigmas dispares sobre sua licitude. Tal abordagem, como abaixo exposto, bem denota o impacto externo negativo da fixação de acordos, mais uma vez demonstrando a necessidade de se apurar a vinculatividade/oponibilidade de tais negócios jurídicos.

Nesse campo de análise, especial relevo ganham as relações entre agentes situados em diferentes níveis da cadeia produtiva, na confecção de pactos denominados (pela doutrina) como Acordos Verticais⁶⁸.

De outra monta, ainda no tocante ao escopo dos acordos de vontades comuns à seara empresarial, as restrições verticais são cláusulas contratuais que tenham por objetivo restringir a liberdade do distribuidor ou do fornecedor. Os exemplos mais comuns são as exclusividade⁶⁹ (que importam no direcionamento negativo aos terceiros), as cláusulas de divisão territorial, as restrições sobre preços de revenda e as vendas casadas⁷⁰.

A principal função econômica dos Acordos Verticais é a de viabilizar o escoamento da produção (contratos de distribuição) ou o fornecimento de bens e serviços (contratos de fornecimento). Não obstante, as razões para a celebração destes acordos são das mais variadas: necessidade de distribuição entre elevado número de clientes, necessidade de eficiência

⁶⁸ Acordos verticais podem ser definidos como “aqueles celebrados entre agentes econômicos que se situam ao longo da cadeia produtiva ou distributiva, ou seja, de uma linha imaginária que vai desde a produção da matéria-prima até a distribuição final do produto ou do serviço” (FORGIONI, Paula A., Direito concorrencial e restrições verticais, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 23). Paulo Furquim de Azevedo afirma que relações verticais seriam “aquelas que englobam processos produtivos complementares, em contraste com relações horizontais, que compreendem processos produtivos substitutos” (AZEVEDO, Paulo Furquim de, Restrições verticais e defesa da concorrência: A experiência brasileira, Textos para discussão n° 264, FGV-EESP, jul. 2.010, disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6895/TD%20264%20-%20Paulo%20Furquim%20de%20Azevedo.pdf;jsessionid=96419E83DA0FED1EB5F68F5F41F74D14?sequence=1>, acesso no dia 14.06.2013, p.3).

⁶⁹ “La portata di tali clausole e quella di precludere a imprenditori concorrenti la possibilità di giovare dei servizi degli ausiliari o delle merci dei fornitori che hanno assunto il vincolo di esclusiva o di ricevere le richieste di acquirenti o consumatori che abbiano assunto analogo vincolo onde l’opportunità di inquadrarle nell’ambito della disciplina della concorrenza. Si tratta anche in questa ipotesi di patti normativi esterni, adottando la terminologia precedentemente proposta, che mirano poi a disciplinare futuri contratti con terzi (rimanendo impregiudicata poi la validità del contratto concluso col terzo) ed anche in questa ipotesi l’interesse tutelato e quello della probabilità di guadagno in relazione all’esercizio di una attività e di un’attività di impresa (...) Occorrendo, fuori dalle ipotesi ove e legalmente disciplinata, una clausola di esclusiva, mi sembra debba essere contenuta in convenienti limiti e trovare la sua giustificazione in un interesse socialmente apprezzabile” em ASCARELLI, Tullio. Teoria della concorrenza e dei Beni immateriali. 3a Edição, Milão: Editore Dott A. Giuffrè, 1960, p. 91 e 93.

⁷⁰ FORGIONI, Paula A., Direito concorrencial e restrições verticais, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 25-26.

e rapidez do sistema (ex. produtos perecíveis), altos custos de estocagem, etc.⁷¹ Diversamente dos acordos horizontais, que podem ter como objetivo eliminar a concorrência, como ocorre no caso dos cartéis, os acordos verticais têm como objetivo principal eliminar a oposição de interesses entre os membros da rede⁷².

Segundo os teóricos da Economia dos Custos de Transação a principal razão para a celebração destes acordos é justamente a redução dos custos de transação. Diante do oportunismo e da racionalidade limitada⁷³, os agentes econômicos celebram acordos que viabilizem a redução tanto de *coordination costs* (ligados à negociação das condições do contrato e à busca de parceiros comerciais) como dos *motivation costs* (ligados à assimetria informacional e à possibilidade de uma parte ser prejudicada pelo comportamento oportunista da outra), com o fim de aumentar sua segurança e previsibilidade. Em muitos casos, a necessidade de regularidade no fornecimento de insumos torna inviável a realização de contratos de compras e vendas apartados. Da mesma forma, muitas vezes, a especificidade dos ativos adquiridos torna a celebração de contratos tradicionais de compra e venda inviável.⁷⁴ É por essa razão que, nestes casos, os agentes optam ou pela celebração de contratos estáveis

⁷¹ FORGIONI, Paula A., Direito concorrencial e restrições verticais, cit., pp. 28-30.

⁷² “Os acordos verticais têm uma estrutura bastante diversa dos horizontais. Seu objetivo não é eliminar a concorrência, mas sim eliminar a oposição de interesses entre seus membros” (SALOMÃO FILHO, Calixto, Direito concorrencial - As condutas, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 291).

⁷³ “Those two behavioral assumptions [oportunismo e a racionalidade limitada] support the following compact statement of the problem of economic organization: devise contract and governance structures that have the purpose and effect of economizing on bounded rationality while simultaneously safeguarding transactions against the hazards of opportunism” em WILLIAMSON, Oliver E. The Economic Institutions Of capitalism. Firms, Markets, relational Contracting. New York: The Free Press, 1985, p. XIII.

⁷⁴ Conforme aponta Paulo Furquim de Azevedo: “O principal elemento introduzido por Williamson e, posteriormente, analisado por Klein e alii foi a especificidade de ativos. Se uma determinada transação implica investimentos que lhe são específicos – não podendo ser utilizados de forma alternativa sem uma perda considerável –, a parte que arcou com esses investimentos fica em uma posição especialmente sujeita a alguma ação oportunista das demais partes. Isso acontece porque a utilização de ativos específicos permite a geração de um excedente em relação ao que seria obtido empregando-se ativos não específicos (ou genéricos). Por definição, o que caracteriza essa especificidade dos ativos é o fato de o valor que adquirem em um uso específico ser notadamente superior ao que seria obtido em um uso alternativo qualquer, o que explica a ocorrência do excedente. A presença desse excedente a ser apropriado pelas partes cria um problema de barganha que tem implicações em termos de eficiência nessa transação.” É por essa razão que com o aumento da especificidade dos ativos mais quase-renda é gerada e os custos de utilização dos contratos são maiores (AZEVEDO, Paulo Furquim de; FARINA, Elizabeth M. M. Querido; SAES, Maria Sylvania Macchione, Competitividade: Mercado, estado e organizações, São Paulo: Singular, 1997, pp. 50-51).

de longa duração ou mesmo pela integração vertical. A decisão entre integrar a produção verticalmente ou celebrar contratos híbridos dependerá justamente dos custos de transação e de produção envolvidos⁷⁵.

A teoria dos custos de transação vai apontar, então, que as restrições verticais, ao invés de permitirem práticas anticompetitivas, têm antes como objetivo o de salvaguardar transações⁷⁶. Nesta esteira, muitos negócios, inclusive, não seriam viáveis sem o uso destas restrições.

Portanto acordos verticais necessariamente implicam interesses comuns e conflitantes entre as partes. *Verba gratia*, uma hipótese de interesses comum seria o aumento das vendas, que traz lucros para todos da cadeia produtiva, bem como a neutralização da concorrência interna. No outro pólo, um exemplo de interesse conflitante seria o foco do fornecedor em aumentar as vendas globais, divergente com o foco dos distribuidores, que estão interessados em aumentar suas vendas individuais. Da mesma forma, o aumento do lucro do fornecedor pode levar à redução dos lucros do distribuidor⁷⁷.

A própria estabilidade destes acordos cria preocupações concorrenciais na medida em que permite sua utilização estratégica pelos agentes⁷⁸, ou seja, o exercício da autonomia privada na fixação de tais pactos empresariais costuma atingir o núcleo de interesses de terceiros concorrentes. A licitude destas condutas dependerá justamente de seus efeitos pró-competitivos. No entanto, a enorme complexidade presente nestas novas formas

⁷⁵ “The limit to the size of the firm is set where its costs of organizing a transaction become equal to the cost of carrying it out through the Market. This determines what the firm buys, produces, and sells.” (COASE, Ronald H., *The relevance of transaction costs in the economic analysis of law*, In PARISI, Francesco; ROWLEY, Charles K., *The origin soft law and economics*, Edward Elgar Pub, 2007, p. 203). “O sistema possui uma eficiência relativa por conta de fatores humanos e dos custos envolvidos na execução de contratos complexos. A racionalidade condicionada (isto é, a escassa capacidade da mente humana de formular e resolver as complexas situações do mundo real) e o comportamento oportunista (falta de lealdade nas relações comerciais) podem representar um risco ainda maior quando há poucos parceiros a serem escolhidos. É possível que a estrutura interna da empresa evite esses problemas (custos de transação), em razão da hierarquia e de outros elementos de organização empresarial. Nessa hipótese, a solução interna corporis será mais conveniente do que a contratual.” (FORGIONI, Paula A., *Direito concorrencial e restrições verticais*, cit., p. 35).

⁷⁶ Conforme aponta Williamson: “whereas it was once common to approach customer and territorial restrictions related form so non standard contracting as presumptively anticompetitive, transaction cost economics maintains there but table presumption that such practice shave purpose of safe guarding transactions” (WILLIAMSON, Oliver, *The economic institutions of capitalism*, Free Press, 1988, p. 39).

⁷⁷ FORGIONI, Paula A., *Direito concorrencial e restrições verticais*, cit., p. 38-43.

⁷⁸ Conforme afirma Calixto Salomão Filho: “qualquer acordo que cria um vínculo estável entre os agentes do mercado pode ser danoso aos demais participantes do mercado, exatamente pela utilização estratégica que possibilita” (SALOMÃO FILHO, Calixto, *Direito Concorrencial - As condutas*, cit., p. 292).

contratuais, bem como as distintas características entre os diferentes setores da economia torna necessária uma análise mais detida de cada caso concreto para se avaliar a eventual prática de ilícito antitruste pelos agentes.

Nesse ponto, mister realizar um célere exame sobre a cláusula de fixação de preços de revenda em contratos de distribuição e seus efeitos sobre a concorrência interna das redes de distribuição e sobre o mercado.

A definição de fixação de preços de revenda é dada por Priscila Brólio Gonçalves, sendo conceituada como: “modalidade de restrição vertical estabelecida entre agentes econômicos integrantes de uma mesma cadeia produtiva, em etapas diferentes, a fim de fixar o preço de revenda do produto ou serviço”⁷⁹.

A fixação de preços de revenda (FPR ou RPM, na sigla em inglês) pode ocorrer de três formas (i) preço mínimo; (ii) preço máximo; e (iii) preço fixo. A análise em relação a cada uma destas condutas deve ser feita de forma distinta, uma vez que produzem diferentes efeitos sobre o mercado (*rectius*, os terceiros não integrantes do negócio jurídico de base). Além disso, conforme será exposto, a doutrina se divide entre aqueles que defendem a licitude *per se*, ou seja, a permissibilidade destas condutas independentemente de seus efeitos sobre o mercado, aqueles que defendem a ilicitude *per se* destas condutas,⁸⁰ ou seja, a proibição absoluta destas condutas, desconsiderando sua possíveis eficiências, e, por último, aqueles que defendem a aplicação da *rule of reason*,⁸¹ que aponta a necessidade de análise mais detida das eficiências relacionadas à prática para a caracterização de sua ilicitude.

⁷⁹ GONÇALVES, Priscila Brólio, Fixação e sugestão de preços de revenda nos contratos de distribuição: análise dos aspectos concorrenciais, Dissertação de mestrado, USP, 2002, p. 155.

⁸⁰ A abordagem *per se*: “implica a proibição absoluta de certo tipo de condutas, sem discussão de seus efeitos; deve ser, em princípio, aplicada àquelas práticas restritivas às quais não se podem, normalmente, associar ganhos de eficiência significativos” (MELLO, Maria Tereza Leopardi, Notas sobre o sistema de defesa da concorrência no Brasil, disponível em: https://www.google.com.br/url?sa=t&rc=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCKQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.ie.ufrj.br%2Fhpp%2Ffintranet%2Fpdfs%2Fnotas_sobre_o_sistema_de_defesa_da_concorrencia_no_brasil.doc&ei=vf29UdvHCMGB0AH_toHwCg&usg=AFQjCNGn80PLuWw-ylufwZ081p7d1ZAiKw&sig2=IsyiX1SoU_r05CR4lMK4Zg&bvm=bv.47883778,d.dmQ, acesso no dia 16.06.2013, p. 17).

⁸¹ “O princípio da razoabilidade (*rule of reason*) é aplicável a condutas que, apesar de apresentarem efeitos restritivos da concorrência, podem ter tais efeitos contrabalançados por ganhos de eficiências, de modo que uns e outros devem ser ponderados para se verificar se há efeitos anticompetitivos líquidos: se sim, a prática deve ser proibida pelas autoridades; se não deve ser autorizada.” (MELLO, Maria Tereza Leopardi, Notas sobre o sistema de defesa da concorrência no Brasil, cit., p. 16)

Uma primeira eficiência da fixação de preços mínimos apontada pelos defensores destas restrições seria o aumento da competição intermarcas e a redução da competição intramarca, estimulando distribuidores a investirem em serviços e efeitos promocionais da marca. A fixação de preços evitaria que alguns distribuidores se beneficiassem do efeito *free-rider* (carona). Este ocorreria nas situações em que alguns agentes se aproveitariam de investimentos em serviços realizados por outras lojas da mesma rede, ao mesmo tempo em que venderiam por preços mais baixos que seus concorrentes da mesma marca⁸².

Um exemplo apresentado por Calixto Salomão Filho seria o de uma loja “A” que investe em um ponto de venda sofisticado, onde mantém uma linha completa de produtos para demonstração e vendedores treinados, enquanto a loja “B” não investe em pessoal especializado e mantém uma loja simples. Os custos de “B” são inferiores aos custos de “A”, sendo possível, portanto, oferecer preços bem inferiores. Neste exemplo, o consumidor pode optar por conhecer os produtos na loja “A”, obter as informações necessárias, escolher o produto e se dirigir a loja “B” para comprá-lo mais barato. A consequência disso seria que no longo prazo “A” perderá vendas, e poderá ser obrigada a deixar o mercado⁸³.

Esse efeito carona, direta demonstração de ato de terceiro na conduta alheia, desestimularia os agentes a investirem na qualidade dos serviços prestados, tendo em vista que outros agentes poderiam se aproveitar destes investimentos. É por essa razão que autores como Roberto Pardolesi afirmam que “l’imposizione del prezzo di rivendita s’incarica di garantire al commerciante quei più ampi margini di profitto che si assumo necessari per finanziare le maggiori prestazioni offerte alla clientela”⁸⁴.

Assim, ao fixar os preços mínimos, os distribuidores passariam a competir

⁸² O caso clássico da doutrina americana é o da empresa Chrysler Motor Co. Neste caso uma empresa A realiza pesados investimentos em sua loja, disponibilizando vendedores treinados, test drive, showroom com todos os carros à disposição. Ao passo que a empresa B aluga um galpão, sem disponibilizar serviços de pré-venda e pós venda, sem ter os carros à disposição e vende seus carros pelo telefone. Ao praticar preços inferiores esta venderia os carros para os clientes que foram à empresa A testar seus carros e obter as informações de que necessitava. (HOVENKAMP, Herbert, Federal antitrust policy – The law of competition and its practice, 3rded., Thomson West, 2005, pp. 456-457.

⁸³ SALOMÃO FILHO, Calixto, Direito Concorrencial - As condutas, cit., 297-298.

⁸⁴ PARDOLESI, Roberto, I contrattidistribuzione, Napoli, 1979, p. 54-55, apud GONÇALVES, Priscila Brólio, Fixação e sugestão de preços de revenda nos contratos de distribuição: análise dos aspectos concorrenciais, cit., p. 188.

em qualidade de serviços e não em preços⁸⁵. É por essa razão que os teóricos ligados à escola neoclássica defendem que a fixação de preços poderia encorajar os distribuidores a fornecerem serviços que não existiriam sem esta fixação⁸⁶.

Um segundo efeito relacionado ao efeito carona ocorre na situação em que o fabricante planeja o lançamento de um novo produto no mercado. Nestes casos, a exclusividade se faz necessária para a garantia dos *sunkcosts* associados à criação do produto⁸⁷.

No caso de fixação de preços máximos, esta evitaria a dupla margem, ou seja, a situação em que tanto os fornecedores como os distribuidores, com poder de mercado, praticam os maiores preços possíveis, visando maximizarem seus lucros. Nesta *fattispecie*, o alto preço final do produto levará à redução da quantidade total vendida, o que prejudicaria o lucro tanto do fornecedor como do distribuidor. Por esta razão, a coordenação entre os agentes econômicos poderia ser positiva para ambos, e também para o consumidor que teria acesso a preços menores.

No entanto, no caso concreto, é improvável que distribuidores com relevante poder de mercado aceitem a imposição de preços máximos por parte do fornecedor, vez que seu capital permitiria a distribuição de produtos por um concorrente do fornecedor, ou faria com que a escassez de distribuidores substitutos obrigasse seu fornecedor a alterar tal cláusula⁸⁸.

Por fim, um último benefício relaciona-se ao interesse de preservação da imagem do produto. Os consumidores associam produtos mais caros com maior qualidade, por essa razão, em muitos casos pode ser do interesse da rede a manutenção de preços elevados para garantir esta imagem⁸⁹. Em setores de luxo, esta prática é bastante frequente, sendo, em muitos casos, terminantemente vedada a concessão de descontos por parte dos distribuidores para a manutenção do caráter de exclusividade e alta qualidade do produto.

⁸⁵ HOVENKAMP, Herbert, Federal antitrust policy – The law of competition and its practice, cit., p. 456.

⁸⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto, Direito Concorrencial - As condutas, cit., p. 298.

⁸⁷ MATTOS, César Costa Alves de, Voto no PA no 08012.001271/2011-44, CADE, 2009, disponível em http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000725791909.pdf, acesso no dia 15.06.2013, p. 30.

⁸⁸ GONÇALVES, Priscila Brólio, Fixação e sugestão de preços de revenda nos contratos de distribuição: análise dos aspectos concorrenciais, cit., p. 184-185.

⁸⁹ GONÇALVES, Priscila Brólio, Fixação e sugestão de preços de revenda nos contratos de distribuição: análise dos aspectos concorrenciais, cit., p. 195-197.

De outra monta, um primeiro possível prejuízo decorrente da utilização de tais cláusulas de fixação de preço seria a eliminação da concorrência entre distribuidores da mesma marca. Ao desconsiderar as diferenças entre os distribuidores, especialmente com relação à estrutura de custos e estratégias de atuação, o preço de revenda é artificialmente estabelecido, impedindo que distribuidores mais eficientes exerçam pressões competitivas sobre os demais, bem como criam um desincentivo para que os distribuidores exerçam pressão sobre o fornecedor para que este conceda descontos. Do mesmo modo, com o aumento do preço, a tendência é a da redução da produção, uma vez que o aumento do preço leva à redução do consumo⁹⁰.

A cartelização, por sua vez, pode ser incentivada tanto no mercado dos fornecedores como no mercado dos distribuidores. A fixação de preços mínimos facilita o monitoramento dos valores estipulados pelos fornecedores concorrentes, o que viabiliza a manutenção de um acordo de preços entre eles⁹¹. Da mesma forma, com a fixação de preços mínimos na última etapa da cadeia, os fornecedores são desestimulados a conceder descontos aos distribuidores, uma vez que estes não poderão ser repassados ao consumidor, o que possivelmente aumentaria o volume de vendas. Além disso, a fixação pode contribuir também para a formação de um cartel tácito entre os fornecedores. Um requisito, porém, para que um cartel entre fabricantes seja viável é, justamente, o controle de mercado que permita o exercício de poder de monopólio pelos fabricantes⁹². Em estruturas oligopolistas, onde os acordos poderiam ser facilmente detectados pela autoridade antitruste, a transparência de preços da fixação pode justamente levar ao paralelismo de valores entre os agentes⁹³.

⁹⁰ GONÇALVES, Priscila Brólio, Fixação e sugestão de preços de revenda nos contratos de distribuição: análise dos aspectos concorrenciais, cit., p. 162-165.

⁹¹ Um dos principais entraves à formação e manutenção de um cartel é justamente a dificuldade de monitoramento de preços, uma vez que o cartel consiste em um acordo extremamente instável, no qual as partes podem ser traídas a qualquer momento. Conforme aponta Ivo Teixeira Gico Junior: “A existência de preços supra competitivos gera incentivos para as empresas mais eficientes do cartel burlarem o conluio cobrando preços um pouco menores ou aumentando a produção, de forma a se apropriar de parcela maior da riqueza expropriada do consumidor, em detrimento das demais empresas coludentes. Na impossibilidade de se utilizar o aparato estatal para implementar o ajuste sobre os preços, pois ilegal, as empresas se vêem obrigadas a optar por meios menos eficazes de imposição dos termos acordados. O controle do funcionamento do cartel, bem como a retaliação a eventuais burlas, se operará por meios indiretos, secretos e, indubitavelmente, menos eficazes do que o controle ostensivo e expresso, tornado possível caso a cartelização não fosse uma prática ilegal.” (GICO JUNIOR, Ivo Teixeira, Cartel – Teoria unificada da colusão, São Paulo: Lex editora, 2006, p.431-432).

⁹² HOVENKAMP, Herbert, Federal antitruste policy – The law of competition and its practice, cit., p. 454.

⁹³ GONÇALVES, Priscila Brólio, Fixação e sugestão de preços de revenda nos contratos de distribuição: análise dos aspectos concorrenciais, cit., p. 166-168.

No lado dos distribuidores, por sua vez, a manutenção de preços fixos também pode contribuir para a manutenção do cartel. Em uma situação em que os distribuidores tenham poder de mercado sobre o produtor, o fornecedor pode ser utilizado por eles como instrumento para formação e monitoramento do cartel. Conforme coloca Hovenkamp, para que ocorra colusão entre distribuidores duas condições devem estar presentes: (i) o fabricante que impõem a restrição é um monopolista na área de atuação do distribuidor; e (ii) a restrição é utilizada por um elevado número de fabricantes do mercado⁹⁴. Um caso em que ficou demonstrado que os vendedores se utilizavam de imposição de preços dos fabricantes como facilitador da colusão horizontal foi o famoso caso “Dr. Miles”. Conforme aponta Hovenkamp, ali de sobre a sociedade “Dr. Miles” consistiuem “one of the biggest cartels in American history”.⁹⁵

No entanto, a doutrina aponta que ao fornecedor não restam muitos incentivos para que efetive tal prática, uma vez que um cartel entre os distribuidores reduz a quantidade total vendida, diminuindo os lucros do produtor⁹⁶⁻⁹⁷.

Outra prática que poderia gerar certa preocupação concorrencial, ou, em outras palavras, um impacto externo de um contrato, seria o exercício unilateral de poder econômico. O fornecedor poderia se utilizar da fixação de preço máximo de revenda com o fim de praticar preços predatórios no mercado a jusante e eliminar concorrentes de outras marcas⁹⁸. Tal prática suscita inúmeras controvérsias na doutrina econômica, visto que alguns apontam para a ausência de racionalidade econômica nestas condutas, uma vez que a fixação de preços predatórios se mostra inviável na ausência de barreiras significativas à entrada, bem como se mostra de difícil execução por um período prolongado de tempo⁹⁹.

⁹⁴ HOVENKAMP, Herbert, Federal antitrust policy – The law of competition and its practice, cit., p. 449.

⁹⁵ HOVENKAMP, Herbert, Federal antitrust policy – The law of competition and its practice, cit., p. 450.

⁹⁶ GONÇALVES, Priscila Brólio, Fixação e sugestão de preços de revenda nos contratos de distribuição: análise dos aspectos concorrenciais, cit., p. 171-173.

⁹⁷ Conforme aponta Hovenkamp: “theory does not explain why the manufacturers would participate in the scheme. Any monopoly profits earned by the retailers are taken away from the manufacturers. The manufacturers could earn more by selling to additional outlets in the territories, or by opening their own outlets.” (HOVENKAMP, Herbert, Federal antitrust policy – The law of competition and its practice, cit., p. 450).

⁹⁸ GONÇALVES, Priscila Brólio, Fixação e sugestão de preços de revenda nos contratos de distribuição: análise dos aspectos concorrenciais, cit., p. 173-175.

⁹⁹ Tanto assim que não há na jurisprudência recente do CADE qualquer condenação por preços predatórios. A dificuldade de provar o preço predatório constitui um dos maiores empecilhos para sua sanção. No ordenamento brasileiro elegeu-se o Custo Variável Médio como parâmetro para a determinação da predação,

Com relação à análise das barreiras à entrada, devemos lembrar que os incentivos à cartelização e ao exercício unilateral de poder são práticas que acabam, por si só, a trazer uma elevação das barreiras à entrada neste setor, fato que ensejaria outra preocupação da autoridade antitruste.

Cabe ressaltar que um ponto destacado por diversos autores é que a prática de FPR (fixação de preços) apenas suscita preocupações concorrenciais na medida em que as empresas detenham poder de mercado¹⁰⁰.

Conforme apontamos acima, a doutrina (especialmente a doutrina norteamericana) se divide entre aqueles que consideram a prática de fixação de preços de revenda como lícitas per se e aqueles que apontam para a sua ilicitude per se. No entanto, a maior parte da doutrina se alinha no entendimento de que a caracterização de sua ilicitude dependeria da análise de suas eficiências, adotando a aplicação da *rule of reason*.

Entre os defensores da licitude per se destas condutas temos os representantes da Escola de Chicago, que afirmam que práticas de restrição vertical deveriam ser sempre tidas como lícitas. Como exemplo deste posicionamento, vale citar Robert Bork que afirma “*every vertical restraint should be completely lawful*”¹⁰¹.

Do lado oposto do espectro temos os defensores de sua ilegalidade per se. Esta posição foi sustentada durante anos pela Suprema Corte dos EUA, conforme precedente do caso Dr. Miles, bem como por autores historicamente ligados ao FTC, como Robert Pitofsky.¹⁰²

No justo meio entre as proibições automáticas (vulgo *per se*), há diversos posicionamentos pertinentes na doutrina norte-americana que tratam da chamada “regra da razão”. Factualmente, a maior parte da doutrina, sustenta um ponto de vista intermediário, com a aplicação da *rule of reason* para solução destes casos¹⁰³.

porém, a simples ocorrência de fixação abaixo deste parâmetro não caracteriza a infração. Para que esta reste caracterizada seria necessário o chamado *recoupment requirement* definido pela doutrina norte-americana como a “perspectiva razoável” da firma recuperar seus investimentos com lucros de monopólio após a exclusão da concorrência (FAGUNDES, Jorge; KANCZUK, Fabio, Preços predatórios: Testes e avanços recentes, In Revista do Ibrac, vol. 13, n. 2, 2006, p. 37-61).

¹⁰⁰ MATTOS, César Costa Alves de, Voto no PA no 08012.001271/2011-44, cit., p. 39.

¹⁰¹ BORK, Robert H., *The antitrust paradox*, Free Press, 1978, p. 288.

¹⁰² “I see no justification for resale price maintenance, based on the service rationale” (PITOFSKY, Robert, Why dr. Miles was right, In *Journal on Government and Society*, 1984, p. 30)

¹⁰³ Dentre outros vale citar Herbert Hovenkamp que afirma: “This case for a rule of reason rests on the premise that we need to know to have more information in a particular case than per se analysis provides before we

Quanto a tais entendimentos, e para evitar uma abordagem meramente teórica, vale destacar a riqueza da análise pretoriana sobre a (in)validade de tais cláusulas, no exterior.

Nos EUA, a jurisprudência da Suprema Corte seguiu durante anos o precedente fixado no famoso caso *Dr. Miles*, no qual se definiu a ilicitude *per se* destas condutas. O caso tratou de uma empresa chamada *Dr. Miles Medical Co.* que produzia medicamentos para venda à intermediários, que, por sua vez, os revendiam para retalhistas. A principal questão discutida relacionava-se à licitude de cláusula fixada no contrato de distribuição que estipulava preços mínimos de revenda. Interessante observar que a razão para a condenação não foi o prejuízo concorrencial, mas sim a “indevida restrição da liberdade do distribuidor de fixar o preço de um produto que lhe pertence”¹⁰⁴.

Desse modo, importante ressaltarmos que um dos principais pilares da decisão se ligou a um aspecto extremamente formal e não aos possíveis danos concorrenciais suscitados. Destaque-se, aliás, que essa decisão fixou a ilicitude *per se* desta conduta, o que vigorou durante muitos anos nas decisões da Suprema Corte dos EUA¹⁰⁵.

Julgado após alguns anos do controverso *Dr. Miles*, no caso *Colgate*, a interpretação da Suprema Corte acabou por abrir uma brecha para a interpretação pela *rule of reason*. Neste caso, a Suprema Corte de modo a não contrariar a decisão do caso *Dr. Miles*, entendeu que a *Colgate* não forçava os revendedores a fixarem preços mínimos, mas apenas “sugeriria” os preços a serem praticados, com a ressalva de que esta não voltava a negociar com aqueles que descumprissem os preços negociados. A decisão de não mais negociar estaria, portanto, dentro da liberdade contratual da empresa¹⁰⁶. A ilicitude estaria, assim, na fixação prévia de preços por via

can evaluate the competitive consequences of a vertical restraint” (HOVENKAMP, Herbert, *Federal antitrust policy – The law of competition and its practice*, cit., p. 491).

¹⁰⁴FORGIONI, Paula A., *Direito concorrencial e restrições verticais*, cit., p. 195-197.

¹⁰⁵Conforme aponta Paulo Furquim de Azevedo, durante a Warren Era, período entre os anos de 1950 e 1960, a política de defesa da concorrência norte americana foi marcada por forte intervencionismo, ocorrendo a proibição *per se* de diversas restrições verticais (AZEVEDO, Paulo Furquim de, *Restrições verticais e defesa da concorrência: A experiência brasileira*, cit., p. 4).

¹⁰⁶Conforme aponta Vinicius Marques de Carvalho: “Nesta hipótese, a Suprema Corte considerou que a *Colgate* não forçava os revendedores a terem uma ou outra conduta. Ela apenas se recusava a continuar negociando com eles, estando tal prática de recusa em negociar dentro do escopo de sua liberdade contratual” (CARVALHO, Vinicius Marques de, *Voto-vista no PA no 08012.001271/2001-44*, CADE, 2010, disponível em: http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000725711136.pdf, acesso no dia 15.06.2013, p. 14).

contratual, o que não seria permitido por violar a liberdade do distribuidor de determinar condições de revenda de um produto que lhe pertence¹⁰⁷.

Durante anos houve a aplicação pela Suprema Corte da proibição *per se* da FPR (fixação de preços de revenda), no entanto, inúmeros doutrinadores já haviam se posicionado contra essa proibição. Tanto assim que nesta questão podemos notar um raro consenso entre seguidores da escola de Harvard e de Chicago de que a proibição *per se* seria um erro¹⁰⁸.

Seguindo esta tendência, a ilicitude *per se* da conduta é finalmente relativizada pela *rule of reason* com o famoso caso *Leegin*, julgado pela Suprema Corte no ano de 2007. Este caso representou uma verdadeira “revolução”, uma vez que alterou entendimento consolidado há inúmeras décadas na jurisprudência norte-americana.

O caso envolvia a empresa *Leegin*, fabricante de produtos de couro que tinha como principal diferencial a qualidade de atendimento na venda de seus produtos por seus distribuidores. Por essa razão, a empresa optou por uma venda em lojas especializadas em detrimento da distribuição nas tradicionais redes multimarcas. Além disso, para garantir a imagem da sua marca Brighton, proibia-se a concessão de descontos por parte dos revendedores. O caso se inicia quando um de seus revendedores (a empresa KaysCloset) passa a conceder descontos na linha de produtos da Brighton de modo a aumentar suas vendas. A conclusão do caso aponta no sentido de que a estipulação de preços de revenda, por conta de suas eficiências, pode ser justificada em alguns casos.

A jurisprudência europeia evolui de forma distinta da norteamericana. No caso europeu, apesar de alguns entenderem que a FPR se sujeita a uma proibição *per se*¹⁰⁹, a prática dos tribunais tem demonstrado que afixação de

¹⁰⁷ FORGIONI, Paula A., Direito concorrencial e restrições verticais, cit., p. 198-200.

¹⁰⁸ “If any thing was a topic of consensus among the Harvard and Chicago Schools, it was the proposition that this rule of *per se* illegality was misguided.” (ELHAUGE, Einer, Harvard, Not Chicago: Which Antitrust School Drives Recent U.S. Supreme Court Decisions?, In Competition Policy International, vol. 3, n. 2, 2007, disponível em: https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CCKQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.law.harvard.edu%2Ffaculty%2FElhauge%2Fpdf%2FElhauge_Harvard_Not_Chicago_Final.pdf&ei=_wK-UbDqOLO50QGvwIDICw&usg=AFQjCNHs9th4n905MCt3UcrMmj4mxrii0g&sig2=OHHZdOMdzfA2bohFzH6QfA&bv=47883778,d.dmQ, acesso no dia 16.06.2013, p. 60).

¹⁰⁹ Sendo a FPR uma prática vertical hardcore, ou seja, excluída da exceção de bloco, que cria uma presunção de licitude para condutas realizadas por empresas com participação menor que 30% do Market share, alguns autores entendem que a aplicação utiliza a regra *per se* no direito comunitário europeu. (CARVALHO, Vinícius Marques de, Voto-vista no PA no 08012.001271/2001-44, cit., p. 27).

preços mínimos não seria tida como um ilícito de pleno direito¹¹⁰. Porém, nota-se nas cortes europeias uma forte tendência de rígido tratamento da matéria, com a única exceção do setor de jornais e revistas.

Na seara editorial, a assunção dos riscos pelos agentes econômicos seria o único meio de viabilizar a distribuição destes produtos. Por essa razão, sem essa devida alocação dos ônus, o resultado não seria satisfatório do ponto de vista do bem estar social, uma vez que os distribuidores limitam-se a adquirir o mínimo de exemplares possíveis e não iriam adquirir exemplares com menor saída e, portanto, maior risco¹¹¹.

No Brasil, políticas de defesa da concorrência relacionadas à fixação de preços apenas afloram após a desregulamentação de preços na década de 1990, uma vez que não havia lógica em punir tal conduta quando o próprio governo determinava os valores das mercadorias.

A uniformização de preços e de condições de revenda tem previsão expressa na lei antitruste (Lei 12.529/11) em seu art. 36, IX, o que demonstra a restrição de ordem pública a tais cláusulas contratuais, visto que impactam na esfera jurígena de terceiros.

No entanto, até recentemente, a jurisprudência do CADE carecia de uma análise mais detalhada e específica sobre os preços de revenda. Em alguns casos, houve a permissão da fixação de preços, ao passo que em outros feitos houve sua proibição, porém, sem o estabelecimento de parâmetros muito claros e sem uma análise sob a ótica vertical da conduta¹¹². Dois casos julgados pelo CADE merecem maior atenção: o caso Kibon, julgado em 1997 e o caso SKF, julgado em 2013.

No caso Kibon, a empresa se utilizava de tabela de preços e imposição de margens de lucro com o fim de padronizar o comportamento entre

¹¹⁰ Na União Européia a jurisprudência dos tribunais diferencia entre as restrições que constituem claramente condutas anticompetitivas (denominadas restrições hardcore) de outras formas de restrição (que se sujeitam à regra de minimis). Algumas restrições per se podem se sujeitar a aplicação da regra de minimis caso sejam comprovadas quatro condições: ganhos de eficiência, repasse de parte destes ganhos aos consumidores, as restrições sejam indispensáveis e a concorrência não seja eliminada. É por essa razão que César Mattos afirma não haver “uma regra per se para o RPM no Direito Comunitário” (MATTOS, César Costa Alves de, Voto no PA no 08012.001271/2011-44, cit. p. 28).

¹¹¹ GONÇALVES, Priscila Brólio, Fixação e sugestão de preços de revenda nos contratos de distribuição: análise dos aspectos concorrenciais, cit., pp. 247-248.

¹¹² GONÇALVES, Priscila Brólio, Fixação e sugestão de preços de revenda nos contratos de distribuição: análise dos aspectos concorrenciais, cit., pp. 275 e ss.

os revendedores. A empresa alegou que suas tabelas seriam meramente sugestivas, tendo como único objetivo esclarecer o consumidor sobre quais seriam os preços adequados dos seus produtos. Nestes termos, a Kibon não foi condenada sob o argumento de que a mera sugestão de preços não seria anticompetitiva, e que esta poderia até gerar efeitos positivos, ao sinalizar aos consumidores quais seriam os preços adequados, evitando abusos de preços¹¹³.

Por outro lado, no caso SKF, recentemente julgado, a empresa investigada foi condenada por fixar preços mínimos de revenda, uma vez que se considerou haver indícios de poder coordenado. No presente caso, o CADE entendeu haver racionalidade econômica na facilitação de cartel na produção de rolamentos, fato que trazia graves riscos à concorrência do setor. Ao mesmo tempo, ao longo da instrução do caso, a investigada não conseguiu comprovar as alegadas eficiências econômicas da prática analisada¹¹⁴. A inovação deste precedente se encontra na diferenciação entre as condutas que tenham por objeto restringir a livre concorrência e as condutas que, ainda que não tenham este objeto, possam produzir tais efeitos. A conclusão desta interpretação é a de que cabe aos administrados comprovarem a existência de eficiências para a justificação da conduta e não mais à administração comprovar os possíveis danos à concorrência decorrentes da conduta¹¹⁵.

Uma vez apurados relevantes precedentes jurisprudenciais, no Brasil e no exterior, acerca da validade das cláusulas de fixação de preços, é pertinente a contemplação jurígena de tais acordos, especialmente quanto aos problemas que surgem da análise sob a lógica da teoria econômica tradicional.

A análise das condutas segundo a doutrina neoclássica tem como um de seus principais fundamentos a ótica do consumidor marginal. O problema que surge da aplicação deste pressuposto está no fato de ignorar a situação

¹¹³ PA no 148/1994, julgado em outubro de 1997. GONÇALVES, Priscila Brólio, Fixação e sugestão de preços de revenda nos contratos de distribuição: análise dos aspectos concorrenciais, cit., pp. 276-278.

¹¹⁴ CARVALHO, Vinícius Marques de, Voto-vista no PA no 08012.001271/2001-44, cit., p. 63 e ss.

¹¹⁵ Nos casos Volkswagen (PA no 89/1992) e Fiat (PA no 08012.017766/1995-33) não houve análise mais detida quanto aos efeitos da FPR sobre o mercado, bem como quanto às possíveis eficiências das práticas, sendo ambos arquivados por ausência de provas que possibilitassem a condenação das empresas. No caso das bebidas Brahma (PA no 08000.000146/1996-55) houve novamente o arquivamento do processo, diversamente do que ocorreu no Ato de Concentração da Cervejaria Brahma e da cervejaria Miller Brewing Company (AC no 58/1995), em que se entendeu que uma cláusula de preços contida no contrato de joint venture entre as empresas consistiria em conluio horizontal, o que suprimiria a concorrência entre as empresas. Decisão semelhante foi dada no Ato de Concentração da Skol com a Carlsberg S/A (AC no 122/1997). No entanto, em ambos os casos faltou uma análise das cláusulas sob a ótica vertical, ou seja, com uma análise dos possíveis efeitos anticompetitivos e eficiências associados a uma situação de FPR.

dos consumidores inframarginais. Para estes consumidores pode não ser interessante ter acesso aos serviços adicionais, uma vez que deverão arcar com seu custo¹¹⁶. Basta, para tanto, refletirmos que em muitas situações este consumidor inframarginal, que já decidiu quanto à aquisição do bem, prefere pagar menos por um produto sem ter acesso a novas informações por vendedores especializados. Ou seja, para ele estes serviços adicionais geram desutilidade¹¹⁷.

É por essa razão que os investimentos em promoção ou na prestação de serviços adicionais pode reduzir o “bem estar” total, uma vez que muito consumidores não teriam interesse por esses serviços, levando, portanto, a uma alocação ineficiente de recursos^{118,119}.

Da mesma forma, a informação prestada pelos vendedores pode ser perfeitamente manipulada de modo a favorecer produtos em que sua comissão ou sua margem de lucro sejam maiores¹²⁰.

Além disso, tais serviços são tratados na maioria das vezes como se fossem um *cluster*, ou seja, como se fosse inviável separá-los dos produtos (venda conjunta de um com o outro). No entanto, na maior parte das vezes é perfeitamente possível segregá-los, como ocorre com diversos serviços de pós venda¹²¹. Um exemplo desta separação pode ser visto nos casos de serviços de instalação e assistência técnica, onde é muito comum as lojas oferecê-los aos clientes de forma separada, por um preço adicional, apenas para aqueles consumidores que desejarem adquiri-los.

Outra afirmação ligada ao conceitual neoclássico se liga a afirmação

¹¹⁶“Suppose that a market contains ‘marginal’ customers that need to be educated about a particular good, and numerous ‘inframarginal’ customers who already value the good highly and know how to use it. In this case a seller may increase output by offering point-of sale services designed to bring the marginal customers into the market, but price the services in to the product in such a way that all consumers including the marginal the inframarginal ones, must pay for it.” (HOVENKAMP, Herbert, Federal antitrust policy – The law of competition and its practice, cit., p. 462).

¹¹⁷SALOMÃO FILHO, Calixto, Direito Concorrencial - As condutas, cit.. pp. 302-304.

¹¹⁸SALOMÃO FILHO, Calixto, Direito Concorrencial - As condutas, cit.. pp. 302-304.

¹¹⁹Conforme aponta Hovenkamp, mesmo na situação em que a FPR aumente a quantidade de serviços oferecidos, o excedente do consumidor pode ser inferior nesta situação (HOVENKAMP, Herbert, Federal antitruste policy – The lawofcompetitionand its practice, cit., p. 462-463).

¹²⁰SALOMÃO FILHO, Calixto, Direito Concorrencial - As condutas, cit.. pp. 302-304. A assimetria informacional entre vendedores e compradores faz com que o vendedor possa se utilizar de comportamentos oportunistas com o fim de incentivar o consumidor a adquirir os produtos que aumentem seu benefício e não o do consumidor.

¹²¹SALOMÃO FILHO, Calixto, Direito Concorrencial - As condutas, cit.. p. 304.

de que os agentes não iriam investir em publicidade da marca, uma vez que os outros revendedores da mesma marca se aproveitariam destes investimentos sem ter de arcar com seus custos. Neste caso, porém, o problema do *free-rider* pode ser facilmente solucionado com o investimento em publicidade realizado pelo próprio fabricante. Do mesmo modo, seria possível resolver tal questão com um acordo pelo qual os distribuidores arcassem conjuntamente com tais custos, ou mesmo com a utilização de cláusulas de divisão territorial, que impedissem que um distribuidor se aproveitasse dos gastos do outro¹²².

Por fim, outro problema desconsiderado pela análise econômica ortodoxa pode ocorrer no caso de varejos multimarcas. Nestes a tendência dos revendedores é a de subir o preço dos produtos concorrentes para aproximá-los dos produtos mais caros. Com isto, os revendedores se apropriam da maior margem de lucro que terão sobre estes produtos mais baratos, realizando, assim, um cartel tácito entre os produtores¹²³.

No caso das franquias, porém, notamos uma convergência entre as diferenças escolas econômicas no sentido da licitude da FPR. Nestas situações, a restrição de preço tem como objetivo impedir a integração vertical entre produtor e distribuidor. Por essa razão, nestes casos, o objetivo da restrição é pró-concorrencial, uma vez que serve, justamente, para permitir a entrada de mais um concorrente no mercado.¹²⁴

Nesta esteira, uma breve análise sobre o mercado de venda de livros pode nos trazer interessantes reflexões sobre a questão da eficiência da FPR como desincentivo ao freerider e como incentivador da qualidade dos serviços de atendimento¹²⁵.

O mercado de livros é historicamente caracterizado pelo tabelamento

¹²² HOVENKAMP, Herbert, Federal antitruste policy – The law of competition and its practice, cit., p. 449.

¹²³ Um exemplo dessa uniformização ocorreu no caso “Levi Strauss”. Conforme aponta Calixto Salomão Filho, durante a década de 1970 a empresa manteve preços de revenda fixados, deixando de lado tal prática por conta de ação movida pelo FTC em 1976. A consequência do fim da FPR foi a redução dos preços de todos os concorrentes e o aumento do faturamento da Levi’s. Isso ocorreu por conta do fim do cartel involuntário que era praticado pelos produtores por conta da FPR. (SALOMÃO FILHO, Calixto, Direito Concorrencial - As condutas, cit., pp. 305-306).

¹²⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto, Direito Concorrencial - As condutas, cit., p. 308.

¹²⁵ Importante ressaltar que o estudo aqui empreendido carece de bases científicas, uma vez que não foi realizado um estudo sistemático e profundo sobre o setor analisado, mas apenas realizados breves apontamentos sobre percepções do autor.

de preços máximos sugeridos, realizado pelas próprias editoras. Tal tabelamento, além de servir como balizamento de preço aos revendedores, tinha como função servir de base de cálculo do pagamento de direitos autorais, conforme art. 60, da Lei 9.610/98. Os preços máximos, porém, tendiam a ser seguidos pelas livrarias, que restringiam os descontos sobre o preço de capa às situações pontuais¹²⁶.

Com a entrada das livrarias on-line no início dos anos 2000¹²⁷, o mercado sofreu uma profunda modificação com a intensa concorrência por preços praticada por parte destas lojas virtuais. Os menores custos destes estabelecimentos (uma vez que não precisavam manter vendedores treinados, espaços físicos e estoque à disposição dos consumidores), bem como a maior transparência dos preços disponibilizados pelas lojas virtuais, fez com que estas praticassem preços bem inferiores aos das tradicionais livrarias físicas.

É possível estabelecer um paralelo entre as livrarias on-line e a ideia de free-rider anteriormente descrita. Conforme a teoria econômica, os consumidores poderiam se aproveitar dos serviços oferecidos pelas livrarias físicas, como a orientação dos vendedores e as informações sobre os produtos, adquirindo, posteriormente, os livros por preços mais baixos nas livrarias virtuais. Seguindo essa linha de raciocínio, na ausência de FPR, os serviços prestados pelas livrarias físicas tenderiam a desaparecer, uma vez que a intensa concorrência em preços e o free-rider inviabilizariam a prestação destes serviços.

Porém, o que se observou na última década foi justamente o oposto: a saída de players ineficientes (que não ofereciam serviços diferenciados e cobravam preços próximos aos de capa), a melhoria dos serviços prestados pelas livrarias físicas¹²⁸, o crescimento de lojas que investiram

¹²⁶ Não constitui objeto da presente análise a questão da fixação de preços de revenda de livros como ilícito antitruste. Este tema já foi levado à análise do CADE por diversas vezes (como exemplo podemos citar o PA no 08012.001743/2002-40), sendo as averiguações preliminares todas arquivadas por entender o Plenário do órgão que tais tabelas seriam meramente sugestivas e decorrentes de uma imposição da lei de direitos autorais. Nosso objetivo neste ponto se restringe a analisar os impactos do acirramento da concorrência em preços sobre a questão dos serviços prestados por revendedores.

¹²⁷ Dentre as quais o maior exemplo é o site Submarino.com, que iniciou suas operações em 1999.

¹²⁸ Conforme aponta Samuel Seibel, dono da “Livraria da Vila”: as livrarias brasileiras “são mais aconchegantes e extrapolam o conceito que tínhamos de livraria há até pouco tempo, pois viraram um ponto de encontro. Você marca reuniões, toma café e tem o ambiente como algo agradável.” (FRAGA, Nayara, Mega livrarias crescem no Brasil, apesar da internet, Notícia publicada no jornal Estado de São Paulo no dia 17.02.2013, disponível em <http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,megalivrarias-crescem-no-brasil--apesar-da-internet-.997972,0.htm>, acesso no dia 16.06.2013).

em diferenciação de serviços¹²⁹, o aumento do faturamento do setor¹³⁰ e a redução de preços para o consumidor.

O aumento da diferenciação entre as livrarias foi vital para que estas pudessem concorrer com as livrarias virtuais, o que fez com que houvesse investimento no ambiente das lojas (com o desenvolvimento de aconchegantes ambientes com cafés e espaços para leitura), na qualidade do atendimento (contratação e treinamento de vendedores qualificados) e na diversificação dos produtos oferecidos.

É evidente que seria necessário um estudo aprofundado para que pudéssemos tirar conclusões mais sólidas sobre este setor. Porém, desteparco panorama é possível questionar se a tão propalada ideia de proteção contra o free-rider constitui verdadeiramente uma eficiência econômica da FPR. Ainda é possível indagar se tal artifício serve apenas como instrumento para manutenção de modelos de negócio ultrapassados, que buscam se proteger da concorrência de inovação como a que ocorreu no mercado de vendas de livros¹³¹.

Destarte, a análise da conduta de Fixação de Preços de Revenda suscita inúmeras dúvidas e divergências na doutrina. Contudo, pode-se apontar que a aplicação da *rule of reason* traz resultados mais satisfatórios, uma vez que podem ser analisadas as possíveis eficiências da conduta, sem que haja uma proibição *per se*.

No estudo das eficiências e dos possíveis danos à concorrência, conclui-se pela inviabilidade de ser estabelecida uma regra geral apriorística para a apuração desta conduta, sendo necessária a análise diante do caso concreto para que se aponte para sua eventual ilicitude. Diante da recente decisão do caso SKF pelo CADE, pode-se, ainda, apontar para um maior

¹²⁹ Um exemplo de livraria que investiu em diferenciação e que obteve um enorme crescimento na década de 2000 foi a Livraria Cultura. Conforme se constata de seu website, a livraria fundada em 1947, saiu de uma unidade no início da década de 2000 para a abertura de outras 16 lojas em diferentes cidades do Brasil.

¹³⁰ Conforme aponta notícia do jornal Estado de São Paulo, o cenário no Brasil é de expansão da livrarias, tendo o número de lojas que fatura entre R\$ 7 milhões e R\$ 10 milhões aumentado de 3 em cada 100 em 2009 para 17 em cada 100 em 2012, Segundo pesquisa da GFK (FRAGA, Nayara, Mega livrarias crescem no Brasil, apesar da internet, cit.).

¹³¹ Alguns inclusive defendem a fixação de preço de revenda dos livros como forma de proteger as pequenas livrarias da concorrência das grandes redes. Um exemplo desta iniciativa é a defesa pela ANL (Associação Nacional de Livrarias) que defende a fixação dos preços dos livros com a finalidade de proteger as pequenas livrarias da concorrência das grandes redes (site da Associação: <http://www.anl.org.br>).

rigor da autoridade antitruste nacional para a conduta em análise, sendo agora necessário que as partes comprovem a racionalidade econômica e os ganhos de eficiência para que a conduta não seja tida como ilícita.

Por fim, o caso do mercado de livros foi ilustrativo para a reflexão sobre a ideia tão propalada de que a FPR pode evitar o free-rider e garantir a qualidade dos serviços prestados por distribuidores.

6) O CASO DA IMPORTAÇÃO PARALELA DE MARCAS

Tendo em vista os conceitos e entendimentos expostos sobre acordos e restrições verticais, além da constatação de que certos negócios jurídicos na seara empresarial impacta outros núcleos de interesse; parte-se para a análise de uma prática de mercado mais específica cuja discussão sobre seu caráter lícito ou ilícito aborda de perto o tema da eficácia externa da relação obrigacional.

Trata-se da questão da licitude da importação paralela referente a marcas, a qual está diretamente relacionada à discussão sobre os efeitos que cláusulas contratuais restritivas assumem perante terceiros, quando inseridas em contratos que integram uma rede de distribuição.

A importação paralela consiste na atividade de aquisição e comercialização de produtos importados, praticada por agentes econômicos não integrantes da cadeia de distribuição estabelecida pelo fabricante estrangeiro, ou pelo titular da marca no país. Em outras palavras, trata-se da prática de importar e comercializar mercadorias na ausência de um contrato com seu fabricante ou com o titular dos direitos de propriedade industrial que recaem sobre elas em determinado território.

Aplicando o instituto sobre o direito marcário¹³², Cláudia Marins Adiers define: “O termo importação paralela refere-se ao fenômeno pelo qual os produtos, ostentando uma marca genuína devidamente registrada, fabricados em um determinado país pelo titular da marca, seus afiliados ou licenciados, são importados sem o consentimento do titular da marca no mercado local”¹³³.

¹³² O presente trabalho aborda a importação paralela apenas em relação ao direito marcário, não pertencendo ao seu escopo estudar as consequências do instituto sobre as demais modalidades de direito de propriedade industrial.

¹³³ ADIERS, Cláudia Marins. As Importações Paralelas à Luz do Princípio de Exaustão do Direito de Marca e dos Aspectos Contratuais e Concorrenciais, em BARBOSA, Denis Borges, org., Aspectos Polêmicos da Propriedade Intelectual, 2005, p. 39.

Mesmo sendo pejorativamente denominada *graymarket* ou *graygoods*, na forma traduzida, “mercado cinza”, o que remete à expressão “mercado negro” utilizada para denominar a comercialização de produtos falsificados, é importante esclarecer que o objeto da importação paralela são produtos lícitos, estando, assim, afastadas da discussão hipóteses de contrafação (falsificação) de marcas¹³⁴.

Devido à atual posição econômica internacional que ocupa, o Brasil é, predominantemente, um país importador de marcas. Por conta disso, o principal contexto no qual se verifica a prática da importação paralela é aquele em que se tem uma empresa local que celebra um contrato de distribuição de produtos (ou licencia os direitos de uma marca estrangeira) para vender e/ou fabricar e vender as mercadorias apostas por essa marca no mercado doméstico, enquanto outro agente importa, com finalidade comercial, os mesmos produtos para dentro do país. Tem-se, assim, que a atuação do importador paralelo depende de um agente estrangeiro que lhe fornece os produtos apostos pela marca protegida no Brasil, sendo este provedor um titular, licenciado ou cessionário da marca no país de origem, ou ainda um terceiro que, ao fim, adquiriu a mercadoria licitamente.

Assim, a questão sobre a licitude da importação paralela é tema que lida com os limites da extensão territorial dos direitos sobre as marcas e de seus efeitos. No entanto, como as atividades econômicas não se moldam a espaços territoriais definidos, a discussão concentra-se na amplitude da exclusividade que a lei concede ao titular do direito marcário no país (aspecto legal), bem como na abrangência que têm os efeitos advindos de relações contratuais que garantem tal direito de exclusiva (aspecto contratual).

No âmbito do direito positivado, não há previsão expressa sobre a prática de importação paralela. Diversas são as discussões sobre a interpretação que deve ser atribuída ao art. 132, III, da Lei de Propriedade Industrial (Lei 9.279/1996,

¹³⁴“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: 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.”

ou “LPI”)¹³⁵, o qual limita o exercício do direito de exclusividade sobre a marca, mas cuja leitura a contrario *sensu* pode identificar uma permissão para que o titular da marca impeça a atividade do importador paralelo.

Todavia, a relevância do estudo da importação paralela no presente trabalho restringe-se à análise da questão sob o aspecto contratual. O desafio dos operadores do direito no tocante ao tema pode ser resumido na dificuldade prática de encontrar a resposta econômica e juridicamente correta para a seguinte pergunta: pode o titular ou distribuidor de determinada marca no Brasil impedir a importação de produtos legítimos que se encontram à margem da cadeia de distribuição oficial estabelecida por ele próprio e/ou pelo fabricante do produto por meio de contrato?

Entre os tipos contratuais que concedem ao agente econômico local determinados direitos sobre uma marca estrangeira em território doméstico, destacam-se o contrato de distribuição, o contrato de licença e o contrato de cessão, cada qual estabelecendo impactos contratuais distintos. A disciplina dos contratos empresariais relaciona-se ao tema da importação paralela devido à possibilidade das partes contratantes, respaldadas no princípio da liberdade contratual, estabelecerem suas próprias regras em relação à prática.

Assim, tem-se uma interface entre o direito contratual e a importação paralela a partir da identificação de imposição de mecanismos contratuais de coibição da prática, em contratos que têm a marca como objeto transacionado. Tais mecanismos contratuais são as já mencionadas restrições verticais, as quais restringem a liberdade de atuação do agente econômico¹³⁶.

Destaca-se aqui a restrição vertical verificada em imposição de cláusula de exclusividade territorial em contratos que têm por objeto transacionado a marca. Por questão de recorte metodológico, o presente artigo se ocupará com o estudo da aposição de cláusula de exclusividade territorial em contrato de distribuição e, secundariamente, em contrato de licença, com o objetivo, entre outros, de barrar as importações paralelas.

¹³⁵ Art. 132. O titular da marca não poderá: III – impedir a livre circulação de produto colocado no mercado interno, por si ou por outrem com seu consentimento, ressalvado o disposto nos § 3º e 4º do art. 68.

¹³⁶ FORGIONI, Paula A., Direito concorrencial e restrições verticais, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 25-26. Segundo a autora, como já foi mencionado, as principais restrições verticais são: exclusividade, divisão territorial (também chamada de exclusividade territorial), restrições sobre preço de revenda e vendas casadas.

No tocante àqueles pactos, os contratos de distribuição são bastante vantajosos à atividade empresarial quando o empresário pretende atuar em determinado mercado cujas particularidades desconhece. Esse é o contexto que leva à celebração de muitos contratos internacionais de distribuição¹³⁷, o que inclui contratos que apresentam como objeto transacionado produtos marcados.

O contrato de distribuição corporifica um acordo entre fabricante e distribuidor (acordo vertical) e apresenta entre suas características fundamentais: (i) o distribuidor é um comerciante que negocia o bem profissionalmente e em caráter não eventual; e (ii) a aquisição pelo distribuidor é efetuada para a revenda. Além disso, os seguintes fatores podem também estar presentes em um contrato de distribuição: (iii) ao distribuidor pode ser assegurado um monopólio de revenda; e (iv) o monopólio de revenda refere-se a uma área determinada¹³⁸.

Para a presente análise, são mais relevantes as características elencadas em (iii) e (iv). Em relação ao monopólio de revenda que pode ser assegurado ao distribuidor, é importante esclarecer que não se trata de um elemento fundamental do contrato de distribuição. Isso porque o próprio fabricante pode decidir reservar no pacto a possibilidade de incitar a concorrência dentro da sua própria rede (indicando outro agente econômico para atuar como distribuidor), ou mesmo efetuar vendas diretas¹³⁹.

No que diz respeito à área de atuação do distribuidor, “é correto considerar que, independentemente de previsão contratual, necessariamente haverá uma zona em que o distribuidor desenvolverá suas atividades”. No entanto, duas práticas diferentes relacionadas a essa área podem estar previstas contratualmente: a reclusão do distribuidor e a exclusividade de atuação: “[a] primeira ocorrerá quando houver previsão contratual de que o distribuidor não pode atuar além dos limites do seu território; a segunda, quando lhe for assegurado que este não será invadido por outros distribuidores da mesma marca ou pelo próprio fornecedor”¹⁴⁰.

Neste ponto, percebe-se que no bojo do contrato de distribuição é

¹³⁷ FORGIONI, Paula A. Contratos de distribuição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 45.

¹³⁸ FORGIONI, 2008, p. 57-63.

¹³⁹ Ibid., p. 59-60.

¹⁴⁰ Ibid., p. 61-62.

possível delimitar a área de atuação do distribuidor, determinando tanto os limites espaciais dentro dos quais será desenvolvida sua atividade, quanto, ao mesmo tempo, impedindo que ela seja “invadida” por demais agentes econômicos¹⁴¹. Assim, nota-se que, enquanto a reclusão impõe ao distribuidor o dever de não comercializar para além de determinada área, a exclusividade lhe garante a atuação privativa nesse mesmo espaço delimitado. Fica, portanto, assegurado o monopólio de revenda em determinado espaço geográfico, também chamado de exclusividade territorial.

Desse modo, constata-se que a aposição e conjugação de cláusulas de reclusão e de exclusividade em contrato de distribuição têm espaço na discussão sobre o impedimento da prática de comercialização e, portanto, importação paralela dos produtos distribuídos. Pois, ao mesmo tempo em que o distribuidor é proibido de vender para terceiros não localizados em sua área de atuação comercial, em respeito à área de atuação dos demais agentes que integram a rede de distribuição estabelecida pelo fabricante (cláusula de reclusão), recebe a garantia de que outros agentes econômicos também são impedidos de atuar na sua área privativa (cláusula de exclusividade).

Todavia, há de se analisar que, a partir do momento em que o fabricante determina, por meio da cláusula de reclusão, a área de atuação de cada um dos distribuidores com quem celebrou contrato, consegue definir que agente atuará em cada espaço. No entanto, a garantia que é conferida aos distribuidores por meio da cláusula de exclusividade pode ser mais ampla, pois, ao prever a atuação comercial privativa, determinaria, também, que terceiros não vinculados contratualmente, não atuarão nas áreas comerciais respectivas a cada distribuidor.

Assim, percebe-se que a coibição à importação paralela relaciona-se diretamente à imposição da cláusula de exclusividade, na medida em que se discute se esta produz efeitos sobre terceiros. Cabe aqui um estudo sobre esse mecanismo contratual, bem como um exame sobre a pertinência da imposição de cláusula cuja eficácia vai além da relação contratual estabelecida entre fabricante e distribuidor, atingindo terceiros.

Neste aspecto, é importante esclarecer que, em acordos verticais, o termo exclusividade costuma ser utilizado em referência à extensa

¹⁴¹ Ibid., p. 62.

gama de obrigações que podem tocar tanto os fabricantes como os distribuidores, de forma que a mesma palavra é empregada para designar disposições contratuais diversas. Resumidamente, Paula Forgioni determina que a exclusividade pode significar: (i) a obrigação do distribuidor de comercializar apenas os produtos fabricados pelo fabricante; (ii) a obrigação do fabricante de vender sua produção exclusivamente por intermédio do distribuidor; e (iii) o direito do distribuidor ser o único a comercializar o produto distribuído em determinada área ou em relação a determinados consumidores¹⁴². As duas primeiras são estabelecidas pelas chamadas cláusulas de exclusividade de comercialização (*exclusive dealing*, *exclusive purchase* ou *non-compete*), já a terceira é determinada pelas chamadas cláusulas de divisão de mercado (*territorial limitation*)¹⁴³.

Contudo, no tocante às importações paralelas de produtos marcários, é relevante o terceiro tipo de exclusividade, também denominada exclusividade territorial, a qual está relacionada à divisão de mercado em conformidade com o território de atuação comercial do distribuidor. Além de ser vista como um direito do distribuidor a ser o único a comercializar certo produto em determinada região, essa segregação de mercado também é favorável, sob uma perspectiva dinâmica, ao fabricante, pois consiste em um expediente de que este lança mão para evitar que seus distribuidores concorram entre si¹⁴⁴ (concorrência intramarca) e, desse modo, atrair tais distribuidores, organizando sua rede de distribuição da maneira mais eficiente possível. Assim, consigna Forgioni: “A neutralização da disputa entre os distribuidores também pode ser benéfica para todos. Para os integrantes da rede, fazer face à menor disputa com outros revendedores do mesmo produto garante a possibilidade de maiores ganhos; para o fornecedor, o fortalecimento dos distribuidores dá-lhe melhores condições para enfrentar a concorrência entre os fabricantes”¹⁴⁵.

Vale destacar que a cláusula de exclusividade territorial que assegura a não concorrência entre distribuidores de um mesmo produto marcado, não é vista como imprescindível pelo fabricante como o é para o distribuidor. Isso porque a rivalidade estabelecida pela concorrência intramarca tende

¹⁴² FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, 2ª ed. rev. e atual., p. 443-445.

¹⁴³ FORGIONI, 2007, p. 158-160.

¹⁴⁴ FORGIONI, 2005, p. 443.

¹⁴⁵ FORGIONI, 2007, p. 41.

à redução do preço dos produtos e à maior preocupação com a qualidade da mercadoria e do serviço de atendimento prestado. Conseqüentemente, o estímulo concorrencial pode ser, sob uma perspectiva estática, vantajoso ao fabricante uma vez que, apesar dos preços menores, elevam-se as vendas globais dos produtos, bem como melhoram sua qualidade e o atendimento prestado, contribuindo positivamente para a reputação da marca no mercado¹⁴⁶.

No entanto, a garantia de exclusividade territorial ao distribuidor o encoraja a entrar no mercado, na medida em que ele consegue prever os ganhos resultantes de seu investimento. E, como o fabricante depende do distribuidor para escoar sua produção, sob a perspectiva dinâmica, como já mencionado, acaba-lhe sendo mais favorável manter uma rede de distribuição fortalecida, justificando-se, assim, a recorrência da aposição de cláusulas de exclusividade nos contratos: “Na medida em que as restrições verticais resguardam o agente econômico da concorrência com outros distribuidores do mesmo produto, é maior a possibilidade de previsão do retorno do investimento realizado. [...] Essa garantia do retorno do investimento pode atrair distribuidores para o produto, aumentando a eficiência do sistema, [...]”¹⁴⁷.

Assim, tem-se que a exclusividade territorial garante ao distribuidor a segurança de certo monopólio de atuação referente ao produto distribuído (monopólio intramarca), de modo que essa exclusiva é contratualmente garantida em face dos demais distribuidores do produto marcado, que integram a teia de distribuição, e em face do próprio fabricante do produto.

De outro lado, é possível indagar sobre sua eficácia externa: Pode o distribuidor autorizado de uma marca, munido de um contrato de distribuição que contém cláusula de exclusividade territorial, impedir que um terceiro comercialize produtos apostos por essa marca na sua área de atuação?

Na aplicação da Teoria dos Núcleos de Interesse, ou seja, numa ótica macro-contratual, tal solução atentaria contra alguns dos princípios constitucionais mais caros, sendo, em geral, pouco recomendável tal aceitação¹⁴⁸.

¹⁴⁶ FORGIONI, 2007, p. 44.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 150, grifado.

¹⁴⁸ “Justo era, pois, que tendêssemos para assegurar a liberdade, favorecer as soluções jurídicas, que a resguardam, anular os pactos, que a coartam” em BARBOSA, Rui. As cessões de clientela. Obras Completas

Fundamentado na liberdade de contratar¹⁴⁹, um dos princípios norteadores do direito contratual é a relatividade dos contratos, segundo o qual “o negócio não pode vincular terceiros além das partes”,¹⁵⁰ conforme já abordado em capítulo precedente. Nesse sentido, Sílvio Venosa explana que: “A regra geral é que o contrato só ata aqueles que dele participaram. Seus efeitos não podem, em princípio, nem prejudicar, nem aproveitar a terceiros. [...] No entanto, temos que ter em mente ser o contrato coisa palpável, tangível, percebido por outras pessoas que dele não participaram. Essa a razão pela qual Orlando Gomes distingue efeitos internos dos contratos”¹⁵¹.

Como também já tratado anteriormente, os contratos também são dotados de eficácia externa e, portanto, produzem efeitos sobre estranhos à relação contratual. Não obstante, Judith Martins-Costa conceitua os contratos como fatos sociais e explica: “Em graus e medidas diversas podem afetar – e positivamente afetam – quem deles não tomou “parte”. Trata-se, então, de perceber que no Direito Contratual os reflexos de um fenômeno bem mais amplo – o fenômeno da transindividualidade – que, no Direito Processual contemporâneo tem expressão nos instrumentos que tutelam os chamados interesses difusos e coletivos”¹⁵².

Todavia, considera-se que as repercussões sobre terceiros não tratam de efeitos próprios dos contratos, mas sim de “reflexos dos direitos e obrigações constituídos através deles”¹⁵³. “Os terceiros não ficam, no entanto, vinculados ao contrato; tão-só ao generalíssimo dever de não prejudicarem os outros”¹⁵⁴. Destarte, o estudo dos efeitos da cláusula de exclusividade aposta em contrato de distribuição deve ser realizado à luz da relatividade dos pactos, e, de outra monta, segundo os transbordamentos relacionais que cada tipo de contrato pode provocar.

Nessa esteira, Paula Forgioni considera haver a possibilidade de o contrato produzir efeitos fáticos perante terceiros, que serão afetados pelas chamadas “externalidades”, mas isso não elide o princípio de que,

de Rui Barbosa – Vol. XL. Tomo I, Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1913, p. 16.

¹⁴⁹ Código Civil de 2002: “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

¹⁵⁰ FORGIONI, 2009, p. 221.

¹⁵¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos, 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2005, p. 407.

¹⁵² MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos, em Revista Direito GV, vol. 1, n. 1, maio de 2005, p. 54.

¹⁵³ VITORINO, apud ADIERS, op. cit., p. 70.

¹⁵⁴ Ibid., p.70.

em regra, as partes somente se obrigam e vinculam por ato próprio de vontade.¹⁵⁵ Assim, atesta a autora: “Daí que, se A vende a B uma farmácia garantindo-lhe que será a única da região, isso não impede que C se instale na mesma rua e no mesmo ramo de comércio. O máximo que A pode fazer é comprometer-se, ele próprio, a não oferecer concorrência a B. Impedir C de abrir sua farmácia seria, na realidade, torná-lo vassalo de obrigação que não contratou”¹⁵⁶.

Noutros termos, o fabricante pode contratar com cláusula de exclusividade, contanto que esta seja garantida apenas em face própria e em face dos demais distribuidores do produto marcado, nunca em face de terceiros.

Trazendo a questão para o tema da importação paralela, Forgioni afirma que, após a venda da mercadoria no exterior pelo titular da marca, o novo proprietário do produto é livre para comercializá-lo como desejar, pois, na opinião da autora, o titular da marca não pode limitar essa liberdade alegando a existência de contrato que assegura a exclusividade a alguém. Considerando o importador paralelo como um “adquirente de segundo grau”, Forgioniconsigna: “[M]ediante a aposição da cláusula de exclusividade territorial garante-se ao distribuidor que será o único a comercializar os produtos em determinada região. No entanto, porque terceiros não estão vinculados ao contrato celebrado entre o fornecedor e o seu distribuidor, nele não é possível disciplinar as vendas realizadas por “adquirentes de segundo grau”¹⁵⁷.

Para além da esfera dos contratos de distribuição, nesse mesmo sentido é o posicionamento de Forgioni em relação a contratos de licença e de cessão de marca devidamente averbados e publicados pelo órgão competente: “Admite-se, ainda que não é possível a alguém transferir mais direitos do que possui. Se, como visto, o titular da marca não tem o poder de controlar as alienações futuras [...], não se pode cogitar da transferência desse “poder” a terceiros. Esse quadro não é alterado pelo fato de o contrato de cessão estar, eventualmente, averbado no Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI, nos termos do art. 62 da lei específica.[¹⁵⁸] Não assistindo ao próprio titular da marca o direito de impedir a comercialização posterior do bem

¹⁵⁵ FORGIONI, 2009, p. 221.

¹⁵⁶ FORGIONI, 2009, p. 222.

¹⁵⁷ FORGIONI, 2007, p. 220.

¹⁵⁸ Na realidade, o art. 62 dispõe sobre a licença de patentes, ficando a cargo do art. 140 disciplinar sobre a licença de marcas.

que vendeu a terceiro, o registro no INPI não atribui esse poder nem a ele e muito menos ao distribuidor “oficial”¹⁵⁹.

Em contrapartida, Maristela Basso possui um entendimento diverso: “Uma vez averbado, e dependendo do que dispuser a licença em questão, a cláusula de exclusividade poderá não só impedir a importação paralela como também restringir a atuação do próprio licenciante no território exclusivo”¹⁶⁰.

A título de esclarecimento, a Lei de Propriedade Industrial determina expressamente que contratos averbados no INPI produzem efeitos em relação a terceiros¹⁶¹, podendo ser plenamente exercidos depois que o órgão publicar a averbação na Revista da Propriedade Industrial (RPI).¹⁶² E, comumente, o contrato de licença para o uso da marca (que pode incluir a fabricação do produto e, conseqüentemente, sua distribuição) aplica a cláusula de exclusividade territorial, sendo chamado de contrato de licença exclusiva.

Nestes termos se posiciona a doutrina: “As licenças simples são contratos em que o licenciante limita-se a autorizar o uso da marca, sem assumir compromisso algum com relação a outorgar iguais licenças para terceiros e sem renunciar seu próprio direito de usar a sua própria marca. Por outro lado, as licenças exclusivas outorgadas em favor de um licenciado faz com que o licenciante obrigue-se a não contratar com terceiros autorizações de uso similares a outros licenciados, inclusive, se assim for expresso no contrato, que o próprio licenciante abstenha-se de usar ele mesmo a sua marca”¹⁶³.

Portanto, em sua medida, a licença exclusiva também pode ser utilizada como um instrumento de coibição da prática da importação paralela, haja vista a restrição imposta pela exclusividade.

É decorrência natural desse arranjo que haja restrições de parte a parte no sentido do titular não licenciar tais direitos a terceiros no referido território, em contrapartida do compromisso do produtor/distribuidor em

¹⁵⁹ FORGIONI, 2009, p. 222.

¹⁶⁰ BASSO, Maristela, A Importação Paralela e o Princípio da Exaustão: Especial referência às Marcas, em GRAU-KUNTZ, Karin; BARBOSA, Denis Borges (org.), Ensaio sobre o Direito Imaterial: Estudos dedicados a Newton Silveira, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.186.

¹⁶¹ Art. 140. O contrato de licença deverá ser averbado no INPI para que produza efeitos em relação a terceiros.

§ 1º A averbação produzirá efeitos em relação a terceiros a partir da data de sua publicação.

§ 2º Para efeito de validade de prova de uso, o contrato de licença não precisará estar averbado no INPI.”

¹⁶² BASSO, op. cit., p. 186.

¹⁶³ ADIERS, 2005, p. 72.

umentar a produção e não comercializar os produtos fora do território contratual, de modo a concentrar seus esforços na região autorizada e a não invadir indevidamente contratos exclusivos¹⁶⁴.

Retomando os posicionamentos de Forgioni e Basso em relação aos efeitos de cláusulas apostas em contratos devidamente averbados no INPI, nota-se a existência de dois entendimentos diferentes, respectivamente: (i) de um lado, entende-se que não necessariamente todas as cláusulas apostas em um contrato devidamente averbado no órgão competente hão de produzir efeitos em relação a terceiros, haja vista a possibilidade de serem disposições abusivas; (ii) de outro lado, há o posicionamento no sentido de que, uma vez publicada a averbação do contrato, este apresentará eficácia *erga omnes*, independentemente do teor de suas disposições, pois se parte do pressuposto de que o contrato foi validado pela autoridade administrativa.

São exemplos de dispositivos contratuais empregados por agentes econômicos a fim de barrar a ocorrência de importação paralela: (i) cláusula que obriga o distribuidor a cessar o fornecimento a adquirente de segundo grau que esteja invadindo a área de atuação de outro distribuidor; e (ii) cláusula de restrição à prestação de assistência técnica, nos casos em que o produto não foi adquirido do distribuidor a quem a área foi cometida¹⁶⁵. No entanto, conforme o mencionado entendimento de Paula Forgioni, mesmo que o contrato que contenha essas disposições contratuais restritivas seja devidamente averbado e publicado pelo INPI, não necessariamente terá eficácia plena. Isso porque, no âmbito do direito da concorrência, essas cláusulas que visam a dificultar ou impedir a importação paralela podem ser vistas com reserva.

Neste sentido, “a análise da comercialização paralela envolve concomitantemente aspectos de direito contratual e de direito concorrencial: sob o primeiro prisma, a partir do momento em que as partes não podem obrigar terceiros aos termos do contrato, procuram impedi-los mediante a adoção de cláusulas que limitam sua atuação (coibindo, por exemplo, a venda a um terceiro que esteja “violando” a área de exclusividade). No entanto, esse tipo de dispositivo pode eliminar ou prejudicar a concorrência, restringindo as escolhas dos consumidores e sujeitando-os ao eventual poder econômico das partes do contrato de distribuição”¹⁶⁶.

¹⁶⁴ AMARAL, 1998 apud ADIERS, 2005, p. 74.

¹⁶⁵ FORGIONI, 2007, p. 221-222.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 225.

Por conta disso, no Brasil, existe um acordo firmado¹⁶⁷ entre o INPI e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) segundo o qual cláusulas contratuais podem ser consideradas como restritivas quando analisadas sob o aspecto concorrencial. Desse modo, eventuais práticas que possam ser cometidas em virtude de, por exemplo, abuso de posição dominante devem ser reprimidas com respaldo nas normas de livre concorrência¹⁶⁸.

Todavia, na prática, casos concretos relativos à importação paralela nunca foram endereçados ao CADE. O que ocorre é que, em geral, eles chegam ao judiciário brasileiro por meio de demandas promovidas pelo titular nacional da marca e/ou distribuidor que solicita a imposição de obrigação de não fazer ao importador paralelo, fundamentando seu pedido no desrespeito ao contrato firmado entre ele e o fabricante do produto marcado (que pode incluir pedido de reconhecimento de concorrência desleal¹⁶⁹).

Contudo, o próprio Poder Judiciário oscila acerca da hermenêutica cabível sobre os impactos e vinculação exógena dos contratos de distribuição e licença perante a importação paralela. Em parte dos casos, os órgãos judicantes prestigiam a liberdade de concorrência¹⁷⁰ em “detrimento” das cláusulas de

¹⁶⁷ Convênio de Cooperação Técnica, celebrado em maio de 1997.

¹⁶⁸ ADIERS, 2005, p. 77.

¹⁶⁹ Ao regular a concessão e a proteção dos direitos de propriedade industrial, a Lei 9.279/96 tutela a lealdade da concorrência sob um enfoque privado, com a pretensão de salvaguardar o exercício da liberdade e da atividade dos titulares. Assim, ao mesmo tempo em que a LPI concede registros e licenças a determinados agentes econômicos, garantindo-lhes a exclusividade de exploração de certos bens imateriais, proíbe o uso indevido da propriedade industrial efetuado por terceiros, colocando à disposição dos titulares instrumentos que se prestam ao combate da concorrência desleal.

¹⁷⁰ “A rigor, bem examinado tudo quanto se contém nos autos, percebe-se que a solução da controvérsia ora posta à apreciação deste órgão colegiado restringe-se a dar resposta a duas indagações fundamentais. Se, primeiro, as normas que regulam o direito de propriedade industrial no Brasil vedam ou não a importação de produtos genuínos por terceiros, sem o consentimento do proprietário, no território nacional, da marca que os identifica, bem assim, segundo, se a cláusula do contrato de distribuição formalizado entre o titular do registro e o licenciado a usar a marca, que lhe atribui a exclusividade da distribuição dos produtos ali identificados pela marca de propriedade do licenciante, no mercado interno, é oponível a terceiros, especificamente para o fim de impedi-los de importar tais produtos, ainda que genuínos. Cumpre, pois, examinar o fenômeno da importação paralela, que consiste na introdução em determinado mercado nacional, por terceiro que não seja o proprietário, cessionário ou licenciado da marca, de produtos legítimos provenientes do exterior, sem o consentimento do titular do registro atributivo da propriedade da marca no mercado nacional. (...) No particular, tenho para mim que a norma positivada no art. 132, inciso III, da Lei 9.279/96, não possui o significado que pretendem atribuir-lhe os apelantes, consistente em erigir o consentimento do titular da marca no território nacional como condição para toda e qualquer importação por terceiros dos produtos por ela identificados. Parece-me que uma interpretação sistemática do direito e a aplicação da técnica da interpretação conforme a Constituição, ensejará a inevitável conclusão de que só é vedada a importação paralela de produtos contrafeitos, isto é, de produtos que imitam, reproduzem ou falsificam fraudulentamente outro de marca que esteja tutelado pelo

exclusiva, e, noutras vezes, tutela o pacto e seu extravasamento¹⁷¹.

direito de propriedade industrial. Eis a solução que me parece mais consentânea com o texto constitucional. Mediante adequada ponderação, torna-se assim possível tutelar simultaneamente o direito de propriedade da marca e assegurar a máxima eficácia ao princípio da livre concorrência, enquanto princípio geral da atividade econômica, consideradas as circunstâncias do caso concreto. Em tal contexto, resta evidente que a estipulação de cláusula de exclusividade territorial em favor do licenciado ou distribuidor, não constitui meio juridicamente idôneo de impedir a livre concorrência entre produtos autênticos de uma mesma marca, sob o fundamento de tutelar o direito de propriedade. De fato, uma interpretação conforme a constituição da legislação brasileira de propriedade industrial permite inferir que o proprietário da marca, também ao realizar a primeira venda do produto autêntico no mercado externo, não mais poderá impedir que o comprador comercialize-o, inclusive para destinatários de outros países, ainda que nestes existam distribuidores exclusivos; como é o caso dos EUA, que lá existe sobre o abrigo da Suprema Corte, uma autorização territorial de distribuidores exclusivos, porém, que não se esgotam quando ocorre a primeira distribuição do produto, pois, deste modo, é mais que evidente que o produto não perderá a condição de genuíno, quer seja comercializado inicialmente no mercado interno pelo distribuidor local, quer seja importado por terceiro diretamente de outro país.(...) Assim, ao contrário do que se pode pensar, nosso ordenamento tutela de forma expressa a importação paralela, de sorte que devem ser consideradas ilegais todas as cláusulas apostas nos contratos de distribuição que procurem coibi-la, direta ou indiretamente. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, 1ª Câmara Cível, Des. José Mario Coelho, AC 41220-60.2005.8.06.0001/1, Protocolo em 19.10.2007.

“Não podemos olvidar que a garantia da comercialização paralela é uma eficaz maneira de se erodir o poder de mercado derivado das garantias próprias aos direitos de propriedade industrial. (...) Na prática, a importação paralela tornará absolutamente inócua a cláusula contratual que atribuiu a exclusividade da distribuição dos produtos identificados por determinada marca, no mercado nacional. Todavia, o só fato de um produto legítimo e genuíno ser originário do exterior e importado de terceiro, que não o titular ou o licenciado da marca no mercado local, não implica violação a quaisquer direitos de propriedade industrial. Desse modo, a importação paralela qualifica-se como atividade inequivocamente tutelada pelo princípio constitucional da livre concorrência. E sendo assim, eventuais perdas comerciais para o titular da marca que sejam decorrentes da importação paralela serão uma contingência natural do exercício da atividade econômica em um mercado globalizado”.Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, 1ª Câmara Cível, Des. José Mario Coelho, AC 38330-51.2005.8.06.0001/1, Protocolo em 19.10.2007.

“Isto, justamente porque, a meu ver, o direito à propriedade da marca não se presta a autorizar seu monopólio, não havendo que se falar em prejuízo advindo da comercialização de produtos usados reputada danosa (...) E, conforme registrado alhures, direito desta ordem não garante monopólio e, portanto, não possui condão de inviabilizar a comercialização dos produtos usados, conforme de fato apurado no conjunto probatório”.Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 12ª Câmara Cível, Des. Saldanha da Fonseca, AC 1.0024.02.831558-8/001(1), DJ 26.11.2005.

“Ausente prova robusta, com alto teor de credibilidade, que leve o magistrado a formar um juízo de elevada probabilidade acerca da procedência do direito suscitado, imperioso o indeferimento do pleito antecipatório. 2- A partir de uma leitura sistemática dos arts. 42, I, 43, III e 132, III, da Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/96), não é concebido ao detentor da patente impedir a livre circulação do produto que foi colocado no mercado interno por outrem, com seu consentimento. Nesse interim, imperiosa a demonstração, pela parte requerente da medida antecipativa, para fins de configuração da **IMPORTAÇÃO PARALELA**, de que a empresa importadora adquiriu mercadoria patenteada por intermédio de sociedade empresária estrangeira que não se encontrava autorizada a exportar tais bens para o Brasil. 3- Também não se vislumbra a presença do perigo de lesão irreparável ou de difícil reparação (periculum in mora) apto a constrenger sociedade titular de marca, que busca coibir a prática de **IMPORTAÇÃO PARALELA**, quando eventual prejuízo possa ser ressarcido pela via da ação indenizatória, não havendo, pois, que se falar em periclitção do bem da vida pelo decurso do tempo, seja, ainda, quando sequer sobeja nos autos motivos caracterizadores de prejuízo econômico-financeiro, ante o fato de os produtos patenteados não estarem sendo objeto de contrafação, tampouco haver notícia de que os mesmos estariam sendo comercializados por empresas não credenciadas”.Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 13ª Câmara Cível, Des. Cláudia Maia, AC 1.0024.08.100442-6/001(1), DJ 08.06.2009.

¹⁷¹“Importação e comercialização de charutos cubanos, realizadas sem o consentimento das requerentes. Ofensa a direitos protegidos pela Lei de Propriedade industrial. Inteligência dos arts. 129 a 132, da Lei nº. 9.279/96. Prática ilícita configurada pela simples importação e comercialização desautorizada,

A autonomia interna e as relações externas nos contratos empresariais: as restrições verticais, o Direito antitruste e a importação paralela de marcas

independentemente da autenticidade dos produtos. Abstenção da comercialização mantida”.Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 2ª Câmara de Direito Privado, Des. José Bedran, AC 3793174100, DJ 09.10.2008. “Contratos de distribuição exclusiva averbados junto ao INPI. Importação e comercialização de charutos cubanos realizadas sem o consentimento das requerentes. Ofensa à Lei de Propriedade Industrial. Inteligência do art. 132, III da Lei ns. 9.279/96. Prática ilícita também em relação aos produtos legítimos”. “Disso decorre que a apelante não pode importar para vender, revender ou locar os produtos da marca CANON sem autorização da apelada, independentemente de ter adquirido ou importado esses produtos de empresa por ela autorizada. Por outras palavras: a apelante somente poderia vender, revender ou locar os produtos da marca CANON dentro do território nacional se tivesse a correspondente e necessária autorização ou licença da apelada. Como a ausência dessa autorização é fato incontroverso nos autos, mostrou-se ilícita a conduta da apelante”.Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, 6ª Câmara Cível, Des. Adalberto Pereira, AC 0571668-7, DJ 17.11.2009.

“Tal dispositivo legal permite chegar à conclusão de que só pode haver a circulação do produto com o consentimento do titular da marca que no caso é a empresa Procter & Gamble.No caso em tela, os agravados possuem contrato de exclusividade com a empresa WTC Marketing Solutions LLC que é a única autorizada pela empresa titular da marca a distribuir as batatas Pringles no território brasileiro, contrato este cuja tradução encontra-se às fls. 122/180-TJ. Consta ainda dos autos que a agravante não adquiriu os produtos em questão da importadora e distribuidora autorizada no Brasil, mas de uma empresa sediada nos Estados Unidos que comercializa os produtos da Procter & Gamble. O certificado de revenda de fls. 251 pelo qual a empresa Procter and Gamble autoriza a empresa Amocat Trading LLC a revender as batatas Pringles em território nacional (EUA) e internacional foi produzido unilateralmente, já que não consta assinatura de representante da empresa ora agravada, somente da suposta empresa compradora dos produtos. Assim, uma vez que não há provas concretas de que a empresa Amocat Trading LLC está autorizada a revender em território brasileiro os produtos da marca Pringles e diante da notícia da existência de contrato de exclusividade com empresa diversa, de fato houve irregularidade na importação da mercadoria, razão pela qual deve ser mantida a decisão combatida. Neste caso, porém, determino a prestação de caução no valor dos produtos apreendidos pela empresa agravada, a teor do que dispõe o art. 804 do CPC”.Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, 7ª Câmara Cível, Des. Jonatan Carvalho, AC 0503345-6, Julgado em 30.06.2009.

“O titular da marca tem direito à sua exclusividade, nela compreendida a importação, observado o princípio da territorialidade. (...) A importação paralela só se afigura legítima no caso de estar configurada qualquer das exceções previstas no § 3º e 4º do artigo 68 da LPI ou se a importação se faz com o consentimento do titular da marca”. (...) Assim, o inciso III do artigo 132 da lei especial não afasta a exclusividade a que alude o artigo 129 e se a parte autora detém o registro da marca Stolichnaya, em todo o território nacional, na classe de bebidas alcoólicas, não estando configurada qualquer das exceções previstas no artigo 68 da LPI, deve se dar guarida ao seu direito de exclusividade, em homenagem à proteção do investimento realizado na imagem da marca”.Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 1ª Câmara Cível, JC. Myriam Medeiros, AC 2008.001.06846, Julgado em 21.10.2008 (houve importante voto vencido).

“Os contratos entre as autoras, de distribuição e comercialização dos produtos que têm a marca da 1ª Autora (CORPORACION HABANOS S.A.), lhes garantem exclusividade. Se a ré deseja comercializar os produtos da 1ª Autora, deve comprá-los licitamente”.Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 8ª Câmara Cível, Des. João Carlos Guimarães, AC 2003.001.24496, Julgado em 09.03.2004.

“AÇÃO CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO COM BASE NA LEI Nº 9.279/96 E AÇÃO ORDINÁRIA Inconformismo da empresa-ré (WatchHouse) e da denunciada (Nатели Comércio) com a condenação que adveio nas ações. Sem razão as apelantes: a primeira, que expôs à venda indevidamente, produtos com a identificação NIKE, sem obter autorização para fazê-lo; a segunda, porque vendeu à empresa WatchHouse produtos (óculos) da marca NIKE, como se tivesse autorização para tal, induzindo a empresa compradora a erro. Inexistência de prova quanto a possível importação dos produtos COM A AUTORIZAÇÃO DA NIKE. Responsabilidade quanto ao titular da marca devidamente configurada à luz da legislação pertinente. Indenização que é devida tanto para a autora como para a denunciante, devendo ser apurada em liquidação de sentença, haja vista a necessidade de prova quanto ao percentual médio normalmente utilizado em licenciamento de marcas, mormente quanto à venda de óculos da marca Nike, acrescida de percentual de 50% em razão do ilícito praticado pelas partes recorrentes. Denunciada (Nатели) que deve ressarcir a empresa denunciante (Watch) no valor da condenação que será apurado em liquidação, a teor do disposto no art. 934

Diante disso do instável quadro dos Tribunais de Justiça locais, entende-se apropriada, por ora, a análise de dois casos do Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) que abordaram, ainda que de forma não aprofundada, a questão dos efeitos perante terceiros de cláusulas restritivas apostas em contratos inseridos em redes de distribuição.

O primeiro dos feitos ficou conhecido como o “caso dos charutos cubanos”¹⁷². Nele as recorrentes, Corporación Habanos S/A (fabricante estrangeira), Cemi Ltda. (empresa que possui o contrato de distribuição exclusiva no Brasil) e Puro Cigar de Habana Ltda. (empresa brasileira cessionária dos direitos de distribuição), ajuizaram pretensão com pedidos de preceito cominatório e de indenização. Tal lide deu-se devido ao fato dos charutos de sua marca serem, supostamente, comercializados ilicitamente pela recorrida Nobres Tabacos Ltda., tendo havido alegações de contrafação e desrespeito ao contrato de exclusividade firmado entre as recorrentes.

O contrato de exclusividade celebrado entre a Corporación Habanos S/A e a Cemi Ltda., que, por sua vez, cedeu seus direitos e obrigações contratuais à Puro Cigar de Habana Ltda., garantiria a esta o direito exclusivo de distribuir, no Brasil, os charutos cubanos fabricados por aquela. Alegaram, então, as recorrentes que, por localizar-se fora desta cadeia oficial de distribuição, a Nobres Tabacos Ltda. estaria violando o contrato de exclusividade.

De outro lado, apesar de não os adquirir da distribuidora oficial brasileira,

do C. Civil. Observância aos preceitos contidos no art. 130, III da Lei 9.279/96, no sentido de que ao titular da marca é assegurado o direito de zelar pela sua integridade material ou reputação e art. 4º do CDCON que visa coibir abuso praticado no mercado de consumo, incluindo-se aí, a concorrência desleal e a utilização indevida da marca. A contrario sensu, as empresas apelantes violaram o art. 132, da Lei 9.279/96 quando comercializaram a marca NIKE sem autorização expressa do detentor da Marca”. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 13ª Câmara Cível, Des. Sirlei Abreu Biondi, AC 2006.001.20732, Julgado em 14.02.2007. “Como se vê, sendo a agravada titular da marca Canon, em princípio seria necessário que a agravante dispusesse de sua licença para comercializar os respectivos produtos, sendo certo que, ao excluir expressamente da proteção os produtos colocados pela titular no mercado interno, a lei leva à conclusão de que o mesmo não ocorre quanto aos produtos colocados no mercado externo. Assim, observa-se que até o momento a agravante não trouxe fatos ou fundamentos capazes de afastar a aplicação dos dispositivos supramencionados ao caso. O receio de dano de difícil reparação à agravada evidencia-se pelo crescente prejuízo ocasionado pela comercialização dos referidos equipamentos sem sua licença, o que, caso ao fim constatado ser de fato irregular, dificilmente lhe será recomposto, o que justifica a cessação da prática com vistas a minimizar os danos”. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 15ª Câmara Cível, Des. Mota e Silva, AC 1.0024.08.940375-2/0001(1), DJ 08.06.2009.

¹⁷² Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 930.491/SP. 3ª Turma. Ministro Relator Sidnei Beneti. Julgado em 12 de abril de 2011.

a Nobres Tabacos Ltda. comercializava charutos cubanos legítimos, com regularidade documental e fiscal.

O caso tratou de prática de comercialização paralela, e não de importação paralela, já que não foi provado que a Nobres Tabacos Ltda. tenha realizado a introdução, no território nacional, do produto fabricado pelas recorrentes. Isso porque a recorrida apenas realiza a circulação de charutos adquiridos lícitamente por importadoras não inseridas na rede oficial de distribuição estabelecida pela fabricante cubana no Brasil, sendo que aquelas é que estariam a praticar a importação paralela.

Após a sucumbência nas duas instâncias inaugurais, a autora (titular) interpôs recurso especial ao Tribunal da Cidadania. Contudo, na análise recursal a decisão do STJ não tratou do aspecto legal do tema da importação paralela e se posicionou pela não incidência do artigo 132, III, da LPI, como requerido pelas partes.

Portanto, pode-se interpretar que o STJ desconsiderou a hermenêutica a contrario *sensu* do artigo proposta pelas recorrentes, segundo a qual o titular da marca tem a prerrogativa de impedir a prática da importação paralela.

Factualmente, a decisão retirou da discussão a atividade desempenhada pelo revendedor de produtos importados paralelamente, considerando-a lícita, haja vista ter sido afastada a hipótese de contrafação.

Outrossim, o STJ considerou que a Recorrida promoveu a circulação de bens lícitos, a qual não pode ser controlada ou impedida pelas recorrentes, pois os direitos marcários que estas detêm se exauriram no momento em que os produtos marcados foram inseridos no mercado nacional, negando provimento ao Recurso Especial.

Por sinal, o cume da decisão está no entendimento do STJ a respeito dos efeitos do contrato de distribuição exclusiva: "Impõe-se ressaltar que o contrato de distribuição exclusiva, por si só, não anula a incidência dos princípios que fundamentam a ordem econômica e não atenta contra a economia baseada na propriedade privada e na livre concorrência, sendo certo que a dominação de mercado é prática vedada, de modo que, em regra, a nenhuma pessoa empresária toca o direito de operar no mercado com exclusividade sobre determinado bem. [...] Pode o produtor preparar

os bens para serem introduzidos no mercado e, posteriormente, desistir de fazê-lo, retendo ou até destruindo os produtos, desde que respeitada a função social da propriedade e arcando com eventuais consequências contratuais para com o seu contratado, mas não sendo vedado o fato da comercialização por terceiros, alheios as relações contratuais entre o produto e outros comerciantes¹⁷³.

O Ministro Relator, em consonância com a decisão proferida pelo E. Desembargador Enio Santarelli Zuliani do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, decidiu que: “Nada obsta que as lojas de tabacaria do País exportam [importam], para venda, charutos cubanos que são adquiridos legalmente, pelo regime de importação, porque a lei do comércio não obriga a que as empresas do ramos adquiram essas mercadorias da distribuidora autorizada pela Corporación Habanos S/A., pois o que se admitem, como estratégia da defesa da origem consagrada do produto, são mecanismos contra a contrafação. [...] [S]erá que as autoras estão querendo que todas as vendas de charutos cubanos, no Brasil, ocorram com expressão [sic] autorização delas? A insistência mais parece uma tentativa exagerada de controle do nosso sistema de importação ou de averiguação da venda de consumo de produtos estrangeiros, como se as apelantes pretendessem fiscalizar e restringir, em todo território nacional, a venda e comercialização de charutos cubanos legítimos. O que se permite, com razão, já se declarou, é que as apelantes ajam contra a contrafação, evitando que a pirataria ou a imitação prejudiquem a credibilidade da marca única dos produtos cubanos¹⁷⁴.”

Evidencia-se, dessa maneira, uma direção de posicionamento pela licitude da importação paralela quando da análise sob o aspecto contratual, na medida em que foi definido que as empresas atuantes em um segmento de produtos estrangeiros podem importá-los e adquiri-los de distribuidoras não inseridas na rede oficial de distribuição estabelecida pela fabricante.

Por sua vez, um segundo caso no próprio STJ chamou particular atenção da doutrina especializada, tendo sido cunhado caso do multivitamínico Centrum¹⁷⁵.

¹⁷³ REsp.nº 930.491/SP, fls. 11-13.

¹⁷⁴ REsp.nº 930.491/SP, fls. 5-6.

¹⁷⁵ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 609.047/SP. 4ª Turma. Ministro Relator Ricardo Azevedo Leitão. Julgado em 20 de outubro de 2009.

As recorrentes, American Home Products Corporation (fabricante estrangeira), American Cyanamid Company (proprietária da marca no Brasil) e Laboratórios Wyeth-Whitehall Ltda. (empresa com exclusividade de produção e comercialização do produto no Brasil), alegaram violação ao artigo 132, III, da LPI, devido à atividade da LDZ (Comércio Importação e Exportação Ltda.) de importação e comercialização de produtos identificados pela marca Centrum no Brasil sem a devida autorização de seu titular.

Ocorre que, semelhante ao caso dos charutos cubanos, tratou-se mais de um caso de comercialização paralela do que de importação paralela, pois os produtos comercializados pela recorrida foram adquiridos de outra empresa nacional, a importadora Importex Importação e Exportação Ltda.

Diante disso, afastada a incidência do dispositivo invocado pelas recorrentes devido à presunção de que a importação dos multivitamínicos Centrum foi regular e autorizada, de modo que a recorrida não pode ser impedida de comercializar os produtos adquiridos de quem supostamente os importou licitamente, decidiu-se pelo não conhecimento do recurso.

No entanto, mesmo diante da constatação de que não se tratava a atividade da recorrida de importação paralela, o STJ posicionou-se em relação aos efeitos que as cláusulas contratuais apostas em contratos de distribuição têm perante terceiros.

Neste diapasão, o Tribunal da Cidadania tratou da possibilidade de importação de uma mercadoria sem a autorização do titular nacional da marca e da distribuidora exclusiva no país. Na *ratio decidendi* foi consignado: “tendo em vista que as importações paralelas, lícitas, são contratos firmados com o produtor/titular do direito da marca no estrangeiro, ou com quem tinha o consentimento deste para comercializar o produto, ou seja, um distribuidor no país em que é realizada a operação, não pode o titular da marca opor ao adquirente do produto restrições de redistribuição, pois a colocação do produto no mercado esgota o seu direito de propriedade industrial, ainda que a titularidade da marca no Brasil seja diversa da titularidade da marca no exterior”¹⁷⁶.

Em relação ao aspecto contratual da questão da licitude da importação paralela, a decisão menciona que o desrespeito ao direito do titular da

¹⁷⁶ REsp.nº 609.047/SP, fl. 7.

marca no Brasil decorrente da importação paralela pode ser mais uma problemática contratual do que uma questão sobre prática de mercado.

Isto é, a violação ao direito marcário pode estar fundada em um ilícito contratual (i) por parte do fabricante do produto, que, em violação ao contrato de distribuição exclusiva firmado com o titular da marca brasileiro, autoriza a importação de mercadorias a outras distribuidoras que também atuam no país, ou (ii) por parte do distribuidor agregado no país de origem ou do titular da marca em uma terceira circunscrição geográfica, que, violando o contrato de distribuição exclusiva firmado com o fabricante, vende os produtos a outros distribuidores que não atuam naquele território, e não apenas a consumidores finais, como deve ocorrer em contrato de distribuição exclusiva.

É importante destacar que a decisão determina que a finalidade das marcas encerra-se na identificação da origem dos produtos e na incitação ao seu consumo, bem como na proteção ao investimento do empresário e na garantia ao consumidor da capacidade de discernimento sobre a qualidade das mercadorias. Portanto, estabelece que o sistema de proteção do direito marcário não tem o escopo de proteger as redes de distribuição impostas pelo fabricante/titular da marca, que configuram relações estritas com distribuidores, não sendo possível impor obrigações a terceiros não contratantes.

Diante disso, apesar da ausência de um posicionamento jurídico rígido sobre o caráter lícito ou ilícito da atividade de importação paralela no Brasil – seja por conta da ausência de previsão legal expressa sobre a prática, seja porque o entendimento dos tribunais brasileiros sobre o tema ainda não é consolidado –¹⁷⁷ nota-se uma tendência do STJ em considerar a prática

¹⁷⁷ A título de esclarecimento, a decisão mais recente do STJ sobre o tema alterou solução que havia sido aplicada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará e conferiu ao titular das marcas “Johnnie Walker”, “White Horse” e “Black & White” e à sua distribuidora autorizada no Brasil a prerrogativa de impedir a atividade do importador paralelo no país. Posicionou-se de forma expressa no sentido de que, pela lei brasileira, a exaustão do uso da marca deve dar-se mediante a introdução legítima, com o consentimento do titular da marca, no mercado nacional, não valendo como exaustão, para validação da importação paralela, a colocação no mercado externo. Segundo a decisão, presume-se que o titular da marca encontra-se automaticamente remunerado quando coloca o produto no mercado doméstico, não podendo impedir que tal produto circule indiscriminadamente neste mercado, de modo que o titular da marca internacional tem, portanto, em princípio, o direito de exigir seu consentimento para a importação paralela para o mercado nacional, com o ingresso e a exaustão da marca nesse mercado nacional. Outro aspecto importante dessa decisão diz respeito às considerações feitas sobre o consentimento do titular das marcas. Apesar de não tratar de todas as nuances que envolvem a discussão sobre o caráter implícito do consentimento tácito, ficou identificada a anuência tácita do titular devido à inércia na promoção de medidas destinadas à paralisação das atividades do importador

lícita quando abordada apenas do ponto de vista contratual. Isso porque as decisões vêm sendo tomadas no sentido de não reconhecer que a prática do importador paralelo configura um desrespeito aos contratos nos quais se sustenta a rede oficial de distribuição estabelecida pelo fabricante/titular da marca.

7) CONCLUSÃO

No presente artigo buscou-se explicar o paradoxo existente entre o discurso da relatividade contratual adstrita às partes, perante a realidade constatada de outros que sofrem ou impactam no acordo de vontades alheias.

Verificou-se que a Teoria Personalista é, apenas, suficiente para a explanação categorial dos pactos quando uma análise microeconômica é enveredada, ou quando seu teor abrange bens ou serviços disponíveis, não essenciais, e não escassos.

Contudo, na hipótese em que o bem da vida importa numa essencialidade exógena, a Teoria Personalista é complementada pela Teoria dos Núcleos de Interesse, hábil a conectar, *verba gratia*, o Estado, os Consumidores e os Concorrentes na consideração da disponibilidade daquele objeto prestacional.

Dessa forma, uma vez firmada a abordagem teórica sobre terceiros, partes, e conteúdos obrigacionais que transbordam os interesses de credor/devedor, apurou-se que certas práticas mercadológicas de eficácia externa poderão acarretar num fenômeno de violação à Lei 12.529/2011.

Se de um lado a autonomia privada pode e deve ser prestigiada, de outro, a premissa constitucional é a da liberdade de todos, inclusive dos terceiros que não participaram da gênese contratual. Destarte, cláusulas de fixação de preço, de limitação territorial, de limites para revenda, ainda que economicamente eficientes podem ser encaradas com certa desconfiança.

paralelo, ao longo de aproximadamente 15 anos. Decidiu-se, assim, que este tem de arcar com a indenização pelos danos materiais em favor do titular das marcas e da sua distribuidora autorizada no Brasil apenas a partir da data em que houve a manifestação expressa da discordância em relação à importação paralela, ou seja, a partir do ajuizamento da ação. (Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.200.677/CE. 3ª Turma. Ministro Relator Sidnei Beneti. Julgado em 18 de dezembro de 2012) (Grifos nossos)

Por derradeiro, o fenômeno da importação paralela de marcas, ainda que peculiar a bens não-essenciais, é objeto de insolúveis controversas catalisadas por um dispositivo legal mal redigido. Entretanto, uma vez que os poderes do proprietário ou do licenciado não estão bem definidos, é desaconselhável a hermenêutica que constanja o *welfare* com a concorrência de preços praticada pela importação de bens lícitos por terceiros.

Certo é que o sistema jurídico carece de uma reformulação do conceito de partes e terceiros, reconhecendo, em alguns tipos negociais, uma proximidade de ambos. Não obstante, tal evolução do ordenamento não é via de mão única ao beneplácito, exclusivo, dos terceiros, visto que a expansão da boa-fé objetiva também calha a obrigar o devido respeito às legítimas expectativas dos contraentes.

8) BIBLIOGRAFIA

ADIERS, CláudiaMarins. AsImportaçõesParalelas à Luz do Princípio de Exaustão do Direito de Marca e dosAspectosContratuais e Concorrenciais, em BARBOSA, Denis Borges(org.).AspectosPolêmicos da PropriedadeIntelectual, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.

ASCARELLI, Tullio. Teoria della concorrenza e dei Beni immateriali, 3° Edição, Milão: Editore Dott A. Giuffrè, 1960.

AZEVEDO, Paulo Furquim de. Restrições verticais e defesa da concorrência: A experiência brasileira, Textos para discussão n° 264, FGV-EESP, jul. 2010, disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6895/TD%20264%20-%20Paulo%20Furquim%20de%20Azevedo.pdf;jsessionid=96419E83DA0FED1EB5F68F5F41F74D14?sequence=1>, acesso no dia 14.06.2013.

BARBOSA, Denis Borges. Nota sobre a aplicação da doutrina das essentialfacilities à Propriedade Intelectual, disponível em <http://www.denisbarbosa.addr.com/paginas/200/concorrenca.html>, acessado em 09.06.2013.

BARBOSA, Rui. As cessões de clientela. Obras Completas de Rui Barbosa – Vol. XL. Tomo I, Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1913.

BETTI, Emilio. Teoria generale Del NegózioGiuridico. Napoli: EdizioneScientifichelItaliane, 2002.

BITTAR, Carlos Alberto. Contratos Comerciais. Ed. Forense, 6º edição, São Paulo, 2010.

BORK, Robert H., The antitrustparadox, Free Press, 1978.

CANARIS, Claus Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do

A autonomia interna e as relações externas nos contratos empresariais: as restrições verticais, o Direito antitruste e a importação paralela de marcas

direito. tradução por CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. 3ª Edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

- CARNELUTTI, Francesco. *Come Nasce Il Diritto*. Milão: Rai, Radiotelevisione Italiana, 1956.
- CARVALHO, Vinícius Marques de, Voto-vista no PA no 08012.001271/2001-44, CADE, 2010, disponível em: http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000725711136.pdf, acesso no dia 15, jun., 2013.
- COASE, Ronald H., *The relevance of transaction costs in the economic analysis of law*, In PARISI, Francesco; ROWLEY, Charles K., *The origins of law and economics*, Edward Elgar Pub, 2007.
- DUGUIT, Léon. *Fundamentos do Direito*. São Paulo: Ed. Servanda, 2008.
- ELHAUGE, Einer, Harvard, *Not Chicago: Which Antitrust School Drives Recent U.S. Supreme Court Decisions?*, In *Competition Policy International*, vol. 3, n. 2, 2007, disponível em: https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CCKQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.law.harvard.edu%2Ffaculty%2Ffelhaue%2Fpdf%2Ffelhaue_Harvard_Not_Chicago_Final.pdf&ei=_wK-UbDqOLO50QGwWIDICw&usq=AFQjCNHs9th4n905MCt3UcrMmj4mxrii0g&sig2=OHHZdOMdzfA2bohfh6QfA&bvm=bv.47883778,d.dmQ, acesso no dia 16.06.2013.
- ESPÍNOLA, Eduardo. *Posse, Propriedade, Compropriedade ou Condomínio, Direitos Autorais*. Editora Bookseller, Campinas, 2002.
- FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003.
- FAGUNDES, Jorge; KANCZUK, Fabio, *Preços predatórios: Testes e avanços recentes*, In *Revista do Ibrac*, vol. 13, n. 2, 2006, p. 37-61.
- FARINA, Elizabeth M. M. Querido; AZEVEDO, Paulo Furquim de; SAES, Maria Sylvia Macchione, *Competitividade: Mercado, estado e organizações*, São Paulo: Singular, 1997.
- FORGIONI, Paula A. *Contratos de distribuição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- FORGIONI, Paula A., *Direito concorrencial e restrições verticais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- FORGIONI, Paula A., *Importações Paralelas no Brasil: a Propriedade Industrial nos Quadrantes dos Princípios Constitucionais*, em GRAU-KUNTZ, Karin; BARBOSA, Denis Borges (org.), *Ensaio sobre o Direito Imaterial: Estudos dedicados a Newton Silveira*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 2ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 4ª Edição, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.
- FORGIONI, Paula A. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. 2ª Edição. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010.

- FRANCO, Vera Helena de Mello. Teoria Geral do Contrato: Confronto com o Direito Europeu Futuro. São Paulo: Editora RT, 2011.
- GASTALDI, J. Petrelli. Elementos de Economia Política. 19ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2008.
- GICO JUNIOR, Ivo Teixeira, Cartel – Teoria unificada da colusão, São Paulo: Lex editora, 2006
- GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 14ª Edição, São Paulo: Ed. Malheiros, 2010.
- GONÇALVES, Priscila Brólio, Fixação e sugestão de preços de revenda nos contratos de distribuição: análise dos aspectos concorrenciais, Dissertação de mestrado, USP, 2002.
- HOVENKAMP, Herbert, Federal antitrust policy – The law of competition and its practice, 3ª Edição., Thomson West, 2005.
- MACNEIL, Ian R. O Novo Contrato Social: uma análise das relações contratuais modernas. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2009.
- MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos, em Revista Direito GV, vol. 1, n. 1, Maio de 2005.
- MATTOS, César Costa Alves de, Voto no PA no 08012.001271/2011-44, CADE, 2009, disponível em http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000725791909.pdf, acesso no dia 15.06.2013.
- MELLO, Maria Tereza Leopardi, Notas sobre o sistema de defesa da concorrência no Brasil, disponível em: https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCKQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.ie.ufrj.br%2Fhpp%2Fintanet%2Fpdfs%2Fnotas_sobre_o_sistema_de_defesa_da_concorrncia_no_brasil.doc&ei=vf29UdvHCMGB0AH_toHwCg&usq=AFQjCNGn80PLuWw-yIufwZ081p7d1ZAIkw&sig2=IsyiX1SoU_r05CR4IMK4Zg&bvm=bv.47883778,d.dmQ, acesso no dia 16.06.2013.
- MOURA E SILVA, Miguel. Direito da Concorrência. Coimbra: Almedina, 2008.
- NESTER, Alexandre Wagner. Teoria das Essential Facilities e Propriedade Intelectual. Em MOREIRA, Egon Bockmann e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Direito Concorrencial e Regulação Econômica. Rio de Janeiro: Fórum, 2010.
- NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. 2ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- PENTEADO, Luciano de Camargo. Efeitos Contratuais Perante Terceiros. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- PITOFISKY, Robert, Whydr. Miles was right, In Journal on Government and Society, 1984.
- SALOMÃO FILHO, Calixto, Direito concorrencial - As condutas, São Paulo: Malheiros, 2003.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial – as estruturas. 3ª Edição, São Paulo: Malheiros, 2007.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Direito da Concorrência e Obrigação de Contratar. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2008.

SOUZA NETO, Claudio Pereira. SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional – teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

TAVARES, André Ramos. Direito Constitucional Econômico. 3ª Edição, São Paulo: Método, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos, 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2005.

VERÇOSA, Haroldo M. D. Contratos Mercantis e a Teoria Geral dos Contratos. O Código Civil de 2002 e a Crise do Contrato. Ed. QuartierLatin; São Paulo, 2010.

WILLIAMSON, Oliver, The economic institutions of capitalism, Free Press, 1988.

QUAIS SÃO AS DIFERENÇAS ENTRE AS EMPRESAS PRODUTORAS DE MEDICAMENTOS DE REFERÊNCIA E GENÉRICOS NO BRASIL, A PARTIR DOS ANOS 90, NO TRATAMENTO DA AIDS

*Ana Paula Gomes Pinto –Doutoranda e Mestre em Propriedade
Intelectual e Inovação da Academia de Inovação e Propriedade
Intelectual – Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI.
Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro
– UNIRIO. Advogada.*

RESUMO: Conhecer quais são as diferenças entre as empresas produtoras de medicamentos de referência e genéricos no Brasil, a partir dos anos 90, é de grande importância para os estudos da Propriedade Intelectual e Inovação. A legislação nacional e internacional precisa ser conhecida para que se compreenda o desenvolvimento da indústria farmacêutica no país. O objetivo deste estudo é fazer um paralelo entre as indústrias brasileiras e as estratégias adotadas pelas firmas para alcançar o topo do mercado e inovarem no campo farmacêutico. Faz-se uma revisão do referencial teórico para apontar as discussões entre a legislação nacional e o Acordo TRIPS. Demonstra-se a política de implantação dos medicamentos genéricos no país. Compara-se a estratégia das firmas do setor farmacêutico de medicamentos de AIDS no Brasil a partir dos anos 90. Esta comparação leva as respostas da pergunta formulada neste estudo.

Palavras chaves: Propriedade Industrial. Inovação. Medicamentos. Firmas Inovadoras. Genéricos.

Quais são as diferenças entre as empresas produtoras de medicamentos de referência e genéricos no Brasil, a partir dos anos 90, no tratamento da AIDS

WHAT ARE THE DIFFERENCES BETWEEN THE COMPANIES PRODUCERS OF DRUGS AND GENERIC REFERENCE IN BRAZIL FROM THE YEAR 1990 IN THE TREATMENT OF AIDS.

ABSTRACT: Recognizing the differences between the companies producing generic and reference products in Brazil from the 90's is of great importance for studies of Intellectual Property and Innovation. The national and international law must be known in order to understand the development of the pharmaceutical industry in the country. The aim of this study is to draw a parallel between the Brazilian industry and the strategies adopted by firms to reach the top of the market and innovate in the pharmaceutical field. It is a review of the theoretical point for discussions between national legislation and the TRIPS Agreement. Demonstrates the political deployment of generic drugs in the country. Compares the strategy of the firms in the pharmaceutical industry of AIDS medicines in Brazil from the 90s. This comparison takes the answers of the question asked in this study.

Keywords: Industrial Property. Innovation. Medicines. Innovative firms. Generic.

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, no setor industrial farmacêutico muito se tem a discutir sobre as atitudes inovadoras das empresas que compõem este nicho de mercado. Existem diversos fatores que estão relacionados às atitudes destas indústrias na economia. A posição que adquirem com o tempo, os custos com pesquisa e desenvolvimento (P&D), bem como as políticas governamentais são capazes de influenciar na tomada de decisões neste setor tão complexo da economia mundial. Sob este enfoque reside a problemática apresentada neste artigo: Quais são as diferenças entre as empresas produtoras de medicamentos de referência e genéricos no Brasil, a partir dos anos 90, no tratamento da AIDS?

Para responder à pergunta apresentada, inicialmente precisa-se delimitar a discussão sobre as estratégias das firmas,¹ que implica na abordagem

¹ As firmas têm, nesta pesquisa, como definição econômica o sentido de ser aquelas em que “pode ser entendida a partir de dois aspectos: (1) a ‘combinação’ entre as transações inicialmente planejadas por dois ou mais empreendedores e que passam a ser organizadas por apenas um deles, (2) e a ‘integração’, quando a organização das transações é gerenciada entre os empreendedores e o mercado (COASE, 1937, p. 47), in MEROFA, 2007, p.19. Para os estudiosos da ciência jurídica o vocábulo ‘firmas’ pode designar outros indivíduos atuantes no mercado, contudo, nesta pesquisa, os vocábulos, firmas, indústria, empresa, tem o mesmo sentido, ou seja, aquele em que pessoas, sejam naturais ou jurídicas, celebram contrato na qual se obrigam reciprocamente a contribuir com bens e serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si dos resultados (conforme as determinações do art. 981, do Código Civil de 2002).

sobre as diferenças entre as empresas inovadoras, as dependentes e as oportunistas. Em seguida, aponta-se um referencial teórico que fundamenta o embasamento histórico e as políticas de governos que atingiram este ramo da indústria, em especial a implantação da política de medicamentos genéricos no Brasil, com a promulgação da Lei n. 9.787 de 10 de fevereiro de 1999. Por fim, e em resposta ao título proposto, traz-se uma comparação (*crossing*) entre as estratégias adotadas pelas firmas e o referencial teórico, com o intuito de demonstrar na prática como um pode influenciar nas decisões pugnadas pelo outro. Neste trecho, a título ilustrativo, traz-se a lista de medicamentos que compõem o coquetel de tratamento de Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - *AIDS*, em comparação à lista de medicamentos que integram a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais RENAME, bem como um breve levantamento, relacionando os medicamentos que são produzidos no Brasil e aqueles que são importados no combate à *AIDS*.

A metodologia utilizada fundamentou-se na comparação da bibliografia especializada, incluindo livros, periódicos e sítios de organismos não governamentais e órgãos públicos responsáveis pela implantação de programas de acesso aos medicamentos.

O objetivo desta pesquisa é demonstrar se houve influência das diferenças entre as indústrias inovadoras, no campo farmacêutico, pela política governamental dos medicamentos genéricos ou se, ao revés, foram estas políticas governamentais que influenciaram na estratégia das firmas.

O trabalho se estruturará em três partes. A primeira apresenta a estratégia das Firms, com ênfase aos aspectos econômicos da questão da inovação. A segunda parte relata o referencial teórico, no qual se traz o arcabouço legal que fundamenta a propriedade intelectual, subdividindo-se em: legislação aplicável - correlação entre os acordos internacionais e a legislação nacional; e a implantação da política de concessão de medicamentos genéricos no país. Na terceira parte, por meio de um breve estudo de caso - medicamentos que integram o tratamento de *AIDS* - se faz uma comparação entre as estratégias das empresas e a concessão de medicamentos genéricos, para ilustrar a dificuldade das empresas nacionais em ingressar no mercado composto por inovadores.

A conclusão desta pesquisa, sem a intenção de esgotar o tema, mas apenas de questionar alguns pontos mais debatidos sobre o assunto, busca responder à pergunta formulada, analisando como a política nacional lida com as empresas inovadoras, principalmente no campo dos medicamentos genéricos. O que se extrai deste questionamento também reflete como estas empresas são capazes de apresentar pontos que necessitam da atenção de setores importantes para a sociedade. As diferenças entre as empresas no campo farmacêutico podem ajudar no equilíbrio dos investimentos governamentais, bem como influenciar na tomada de decisões a fim de incentivar as indústrias que possuem estratégia de gestão na ampliação do mercado nacional e na redução de custos nas importações.

2. A ESTRATÉGIA DAS FIRMAS

Nas últimas décadas, a globalização, o acesso às informações e a facilidade com que se concretizam as transferências de tecnologia permitiram que os diversos setores da economia pudessem se comunicar com mais rapidez e precisão nas informações. Estas vantagens também propiciaram que novas fontes de pesquisa se incorporassem às pesquisas nacionais. As importações, exportações e o desenvolvimento em P&D neste período se acentuaram. As indústrias a cada década ampliaram ainda mais seu campo de atuação e seu mercado consumidor, em razão da diminuição das distâncias proveniente do avanço da tecnologia de comunicação e de transportes. Contudo, o cenário nacional da indústria farmacêutica foi alterado pela permissão de depósito e concessão de patentes de medicamentos e de fármacos, ensejando a criação de algumas indústrias nacionais e a entrada no país de transnacionais produtoras de medicamentos e importadoras de tecnologia. Sob este enfoque que se dará a análise da estratégia das firmas que compõe o setor industrial farmacêutico.

Segundo Freeman e Soete (2008, p. 455-494), as firmas podem ser classificadas em razão de sua estratégia como ofensivas, defensivas, imitativas, tradicionais e oportunistas. Vale ressaltar desde já que as estratégias das empresas que lidam com medicamentos de referência, genéricos e similares, muito se assemelham a estas características, que podem ser resumidas da seguinte forma:

- As **indústrias ofensivas** são aquelas em que o grau de investimento de recursos em P&D é sempre elevado, pois sua intenção maior é criar conhecimento e apresentar a inovação ao mercado em tempo hábil o suficiente para que os investimentos retornem a esta indústria em forma de lucratividade. Nestes investimentos incluem-se a *“propaganda e marketing, logística e criação e adaptação de novas rotinas organizacionais”* (TIGRE, 2006, p.169). A estas indústrias podem-se comparar àquelas produtoras de medicamentos de referência, inovadores no mercado. O processo de inovação nestas empresas pode ser considerado como a *“mola-mestre”* do desenvolvimento tecnológico.
- As **indústrias defensivas** agem em grande parte das vezes como concorrentes às firmas ofensivas. Possuem uma política de P&D, mas que não estão dispostas a correr os riscos da inovação radical, estas firmas preferem esperar que os produtos sejam inseridos no mercado pelas ofensivas, a fim de poderem observar os erros e lacunas existentes, e assim por meio de sua P&D desenvolver este mercado, chegando à possibilidade de ultrapassar a indústria pioneira.
- As **firmas imitativas** são aquelas que não seguem o pioneirismo das primeiras, não almejam ser líderes de mercado ou *“ter grandes lucros com a introdução da inovação”* (TIGRE, 2006, p.172). Sua tecnologia é alcançada por meio de licenciamentos ou de aquisição de *know how*, além da formalização de contratos para a transferência de tecnologia e mão-de-obra especializada. A baixa rentabilidade gerada pelas imposições da clientela evita a falência destas empresas;
- **Firmas tradicionais e oportunistas** são aquelas que pouco alteram seus produtos, o mercado não exige tal alteração e permanecem com a mesma tecnologia por longo período de tempo até que algo as ameace de exclusão do mercado. As oportunistas se aproveitam ainda de *“nichos de mercado ou oportunidades temporárias”* (TIGRE, 2006, p.177).

Diversos fatores são capazes de influenciar o processo de desenvolvimento e progresso de uma inovação no mercado, principalmente no campo de atuação da estratégia das firmas. Entre os fatores que influenciam o rumo

que a firma adotará, alguns são trazidos por Teece (1986): os regimes de apropriabilidade forte e fraco do capital, o regime de proteção legal difundido no país onde a tecnologia é produzida e as políticas de governo.

Quando se trata dos regimes de apropriabilidade, o *forte* é aquele em que existe dificuldade de acesso à inovação por conta das restrições geradas pela propriedade intelectual e pela complexidade da tecnologia utilizada, já o de *apropriabilidade fraco* é aquele que o regime de proteção é diminuto, permitindo um acesso menos dificultoso à inovação por terceiros não detentores de patentes. Assim, Teece (1986, p.285-305) menciona, por exemplo, a possibilidade de se trocar a patente por outro tipo de proteção que seja mais eficaz em relação ao requisito temporal. Seguindo este ideário, o instrumento legal mais adequado à proteção de uma determinada inovação deve ser aquele que melhor se adéque a rentabilidade que a tecnologia a ser protegida pode proporcionar à firma.

Nem sempre os sistemas legais conseguem diferenciar estes detalhes, possibilitando que imitadores tenham acesso mais fácil aos conhecimentos produzidos por firmas inovadoras. Por isso, uma análise do regime de proteção legal deve ser integrada à análise de mercado.

Em contrapartida, existem as políticas de governo, capazes de influenciar as decisões e as estratégias empresariais. Um exemplo disto é a consequente redução dos preços ao consumidor final por meio de concessão de autorizações da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) para a produção de medicamentos que tiveram o prazo de exclusividade expirado ou renunciada à proteção patentária. Esta política deu origem, em parte, à política de medicamentos genéricos e à disseminação de medicamentos similares no mercado brasileiro. A diferenciação entre ambos tem íntima ligação com a estratégia adotada pelas indústrias farmacêuticas no Brasil, que serão estudadas em tópico oportuno.

Por isso não se pode afirmar que a política de licenciamento compulsório é fundamento para a implantação de medicamentos genéricos, uma vez que teve origem em uma política de incentivo à difusão do acesso à saúde à população não só a de baixa renda, mas para o acesso aos medicamentos provindos de empresas com alta tecnologia neste tipo de produto. Esta política gerou o aumento da concorrência para os medicamentos de

referência e similares, pressionando o mercado, levando à diminuição dos preços, bem como a diferenciação dos produtos de referência, por meio de estratégias de marketing para fortalecer o nome comercial ou a marca destes medicamentos em relação aos genéricos inseridos no mercado.

O intuito de apresentar os tipos de estratégias que as empresas farmacêuticas podem assumir (sejam de estratégia ofensiva, defensiva, imitadora, tradicional e oportunista) em relação ao tipo de medicamento que fornecem (de referência, similar ou genérico) este tópico apontou de forma breve as características inerentes a cada uma das firmas. Necessário se faz a inserção do marco legislativo do país para que melhor se entenda o porquê da indústria nacional se manter afastada da estratégia inovadora.

3 O MARCO LEGISLATIVO

Neste trecho o intuito do trabalho é trazer dois pontos principais ao entendimento da questão: a evolução histórica da concessão de patentes de medicamentos e a política de criação dos medicamentos genéricos, ambos voltados especificamente para o Brasil. Este tema é importante para se entender como as indústrias farmacêuticas foram inseridas na economia brasileira e demonstrar, em parte, os motivos que dificultam a inserção destas indústrias no mercado, guiado por inovadores no setor farmacêutico, da mesma forma que serve como embasamento para se compreender a estratégia que tais empresas resolveram seguir diante da política de concessão de patentes no país.

A primeira questão a ser posta envolve a história da propriedade intelectual no Brasil, os principais documentos que fundamentaram o estudo desta estrutura; de que maneira se concretizou a implantação do Acordo *TRIPS (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights)* ou Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (ADPIC) de 1995; e as implicações que levaram à alteração da legislação nacional.

Disto se conclui as diferenças e contradições inseridas que embasam alguns conflitos gerados no campo dos fármacos e medicamentos.

3.1 O PATENTEAMENTO NO BRASIL

O primeiro tema a ser abordado é a história da permissão de patenteamento de medicamentos no Brasil. Sem a intenção de muito se estender sobre as questões históricas inerentes à implementação das patentes no ordenamento jurídico nacional, este tópico apresentará os documentos de maior relevância para o Direito Brasileiro.

Tais documentos tiveram origem com os Alvarás de 1808 e 1809². Contudo, a grande diferença a ser percebida nas alterações legislativas está na promulgação da Lei n. 9.279 de 14 de maio de 1996 (LPI-96) e com a conseqüente revogação da Lei nº 5.772 de 21 de dezembro de 1971 (CPI-71), bem como com a ratificação do Acordo *TRIPS/ADPIC*.

Esta divergência se faz presente nesta pesquisa em decorrência do longo período (1971-1996) em que no país não se podia depositar pedidos que contivessem fármacos ou medicamentos com o objetivo de obter proteção patentária. Estes impedimentos geram as divergências apresentadas mais a frente, onde se discute sobre as estratégias das indústrias brasileiras no campo da produção de medicamentos, bem como dos custos gerados ao governo. Neste contexto, se faz necessária a análise da legislação específica sobre o tema, qual sejam as leis de propriedade intelectual e o acordo internacional, a serem tratados no próximo tópico.

3.2 DA LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

A patente³, da mesma forma que todo instituto que necessite de regulamentação para sua aplicação, principalmente a de medicamento, é submetida a uma série de regramentos que envolvem todas as fases desta concessão, desde a titularidade até as regras de caducidade e domínio

² Documentos cuja relevância reside apenas no aspecto histórico e pouca influência geram nos direitos de propriedade intelectual hoje discutidos.

³ Os conceitos de patente são relevantes para clarificar os conceitos do leitor:

- A patente é 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. (BLASI, 2005, p.53).

- Patente é um título de propriedade temporária sobre uma invenção ou modelo de utilidade, outorgados pelo Estado aos inventores ou autores ou outras pessoas físicas ou jurídicas detentoras de direitos sobre a criação. Em contrapartida, o inventor se obriga a revelar detalhadamente todo o conteúdo técnico da matéria protegida pela patente. (INPI, 2008)

público. Abordar-se-á apenas as principais características, inerentes ao entendimento da discussão que permeiam a estratégia das firmas e a implantação dos medicamentos genéricos no Brasil.

A legislação que atualmente regula os estudos de propriedade intelectual é a Lei n. 9.279 de 14 de maio de 1996 (LPI-96), fruto de uma adaptação do ordenamento brasileiro aos acordos multilaterais firmados entre os países que compõem a Organização Mundial do Comércio (OMC). Dentre as determinações firmadas nos acordos, principalmente naquelas determinadas por *TRIPS/ADPIC*, estavam as resoluções que sugeriam como proceder no trâmite da concessão de patentes. E assim foi feito.

Para que melhor se compreendam os conflitos e restrições legais, se faz necessário uma passagem pelos artigos que compõem a lei brasileira a fim de que se observem as origens destes conflitos, indicando as principais seções a serem mencionadas (titularidade, os requisitos de patenteabilidade; os prazos de manutenção).

A titularidade do pedido de patente, inserido nos arts. 6º e 7º da LPI-96, determina quem pode pedir a concessão do direito de exclusividade e a questão da prioridade em relação a depósitos semelhantes. Logo, quando se trata da patenteabilidade, o legislador pugnou por enumerar requisitos primordiais aos novos pedidos de concessão (diz-se novos, em razão da existência de pedidos de concessão decorrentes da revalidação que estariam supostamente dispensados destes requisitos iniciais, este tema não será tratado nesta pesquisa). Estes requisitos inseridos no art. 8º são a novidade, a atividade inventiva e a aplicação industrial. Outro dispositivo relevante para este estudo está expresso pelo art. 18, que determina quais as invenções e os modelos de utilidade não são patenteáveis.

Uma simples comparação entre a redação do art. 18 da LPI-96 e o art. 9º do CPI-71 demonstra as mudanças ocorridas neste campo, que refletem diretamente no entendimento das idéias aduzidas em seguida. Nítida é a redução textual ocorrida com a evolução legislativa.⁴

Da aproximação entre os dispositivos precitados afere-se que foram mantidos como não patenteáveis apenas: *o que for contrário à moral, saúde e segurança pública*; todos os métodos e pesquisas que envolvam *núcleo*

⁴ O tema é debatido com detalhes em PINTO, 2011, p. 181-206.

atômico; e os pedidos que envolvam *seres vivos*. Deste último, percebem-se os reflexos dos estudos e da evolução científica sendo privilegiados. Onde se lia a vedação aos microorganismos, agora se pode aferir a expressão *seres vivos*, com exceção aos microorganismos transgênicos, ou seja, não foram restringidos apenas aqueles cujas características genéticas particulares não são encontradas livremente na natureza.

Destarte, outra alteração normativa de essencial pertinência a esta pesquisa foi a exclusão de *produtos e processos químicos, farmacêuticos e alimentícios* como objetos não patenteáveis. Esta evolução se deu após a ratificação do Acordo *TRIPS/ADPIC* pelo Brasil, que buscando uma evolução econômica e visando o acesso da população aos medicamentos de alta tecnologia, permitiu a concessão de patentes neste ramo do direito industrial, (um exemplo disto é a política de implantação dos genéricos no país, adotada com o intuito de efetivar o acesso da população aos medicamentos).

Entretanto, quanto à vigência da patente, tem-se como dispositivo importante o art. 40, ampliado por força das orientações do *TRIPS/ADPIC*. Tal alteração é primordial a este estudo, diante a necessidade de comparação das disposições do CPI-71 e ao *TRIPS/ADPIC*, fatores que refletem na política de implantação de medicamentos genéricos em 1999. A relevância de se analisar o lapso temporal expresso nas legislações implica no estudo de que tipo de estratégia as firmas adotaram para incluir e manter seu produto no mercado, dos custos que assumiram em P&D; nos regimes de apropriabilidade (Teece, 1986, p.290) se forte ou fraco, gerados pelas legislações dos países que protegem as patentes no campo dos fármacos e a complexidade da tecnologia envolvida

Outrossim, a atenção ao período de produção das legislações é essencial: o CPI é de 1971, o *TRIPS/ADPIC* de 1995 e a LPI de 1996. Da leitura comparada da legislação brasileira, afere-se que houve o acréscimo de 5 (cinco) anos de proteção em ambas as patentes: à de invenção alterou-se de 15 (quinze) para 20 (vinte) anos; e, à de modelo de utilidade de 10 (dez) para 15 (quinze) anos. Estes prazos refletem nas decisões das firmas inovadoras em se instalarem ou não no país, e do mesmo modo se requereram o depósito da patente em território nacional ou estrangeiro.

Sem se alongar na análise legislativa⁵, viu-se que, com a ratificação do acordo *TRIPS/ADPIC*, vários pontos importantes foram alterados na legislação brasileira. Dentre eles ressalta-se a alteração realizada no art. 18 da LPI-96, que reduziu as restrições para concessão de patentes, ampliando o escopo de proteções e modificando o cenário da propriedade intelectual no país. Isto comprova que a análise supracitada não reflete somente uma adaptação da legislação interna aos acordos internacionais, mas também a importância no exame de fatores que implicam em políticas de concessão de medicamentos. Tais modificações alteram não só o cenário de estabilidade do mercado, mas geram mudanças na atuação em setores de cada empresa, além de refletirem as estratégias adotadas em busca da inovação, cujas atitudes são decididas de acordo com as políticas governamentais adotadas e da lucratividade que se busca alcançar naquele setor.

3.3. DA IMPLANTAÇÃO DA POLÍTICA DE CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS GENÉRICOS

Tendo em vista as datas e divergências oriundas da internalização do Acordo *TRIPS/ADPIC* na legislação brasileira, em 1999, após algumas consultas públicas, promulgou-se a Lei n. 9.787 de 10 de fevereiro de 1999, cuja redação "*Altera a Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976, que dispõe sobre a vigilância sanitária, estabelece o medicamento genérico, dispõe sobre a utilização de nomes genéricos em produtos farmacêuticos e dá outras providências*". Esta norma incluiu no art. 3º da Lei n. 6.360-76 os incisos XVIII ao XXV, com o intuito de conceituar os termos referentes à política de acesso aos medicamentos, por meio da implementação da redução de preços e com o intuito de permitir que a população tenha acesso aos medicamentos resultantes de intensa atividade de P&D (como os medicamentos de referência) sem que tenha que arcar com os outros custos que os norteiam (tal como divulgação).

As definições trazidas no art. 3º da Lei n. 9.787-99 fazem menção à diferenciação entre os conceitos de medicamento similar, genérico e de referência, que são os seguintes:

⁵ A análise legislativa se tornaria extensa à pretensão deste estudo. Para o fiel desenvolvimento deste tema necessitar-se-ia de pelo menos um capítulo explicativo das correntes doutrinárias e controvérsias que envolveram e envolvem a legislação e o Acordo Internacional.

Quais são as diferenças entre as empresas produtoras de medicamentos de referência e genéricos no Brasil, a partir dos anos 90, no tratamento da AIDS

Quadro 1: Comparação entre os conceitos trazidos pelos incisos do art. 3º da Lei n. 9787-99

Inciso XX	Inciso XXI	Inciso XXII
<p>Medicamento Similar – aquele que contém o mesmo ou os mesmos princípios ativos, apresenta a mesma concentração, forma farmacêutica, via de administração, posologia e indicação terapêutica, preventiva ou diagnóstica, do medicamento de referência registrado no órgão federal responsável pela vigilância sanitária, podendo <u>diferir somente em características relativas ao tamanho e forma do produto, prazo de validade, embalagem, rotulagem, excipientes e veículos, devendo sempre ser identificado por nome comercial ou marca;</u></p>	<p>Medicamento Genérico – <u>medicamento similar a um produto de referência ou inovador</u>, que se pretende ser com este <u>intercambiável</u>, geralmente produzido <u>após a expiração ou renúncia da proteção patentária</u> ou de outros direitos de exclusividade, comprovada a sua eficácia, segurança e qualidade, e designado pela DCB ou, na sua ausência, pela DCI;</p>	<p>Medicamento de Referência - <u>produto inovador</u> registrado no órgão federal responsável pela vigilância sanitária e comercializado no País, cuja eficácia, segurança e qualidade foram comprovadas cientificamente junto ao órgão federal competente, por ocasião do registro;</p>

Fonte: Elaboração própria com base na Lei n. 9.787-1999.

Esta comparação é necessária a fim de que a conceituação e diferenciação entre estes três tipos de medicamentos sejam difundidas tanto para a população quanto para os interlocutores responsáveis pela disseminação desta informação. Por mais ultrapassado que possa parecer tratar deste tema, ainda nos dias de hoje, tanto a imprensa quanto os consumidores não vislumbram a diferença entre tais medicamentos e ainda há quem diga que a implantação dos medicamentos genéricos se deu por conta de licenciamento compulsório, fato que não condiz com a realidade.

Estes equívocos ressurgem quando, em tempo de decisões judiciais polêmicas as discussões voltam ao cenário de debate, uma vez que os mecanismos de informação em massa se equivocam na utilização de expressões coloquiais para conceituar termos técnicos, dificultando a compreensão do público comum. Este equívoco gera a repetição de

expressões como se fossem verdades absolutas e isto pode ser observado no campo dos genéricos, quando se trata de sua diferenciação.

A possibilidade destes tipos de medicamentos confundirem o consumidor é muito grande, contudo, as diferenças técnicas entre eles é evidente, podendo se tornar mais claras se repassadas ao consumidor. As diferenças que mais interessam a esta pesquisa são: a denominação por nome comercial ou marca, a intercambialidade e o caráter inovador.

O primeiro requisito importante neste trecho é a distinção por denominação por nome comercial ou marca. O poder público ao publicar a lei dos genéricos (Lei n. 9.787-99) e, em seguida sua regulamentação, por meio do Decreto n. 3.181 de 23 de setembro de 1999, atentou às diferenças que as embalagens deveriam conter, esclarecendo que os medicamentos similares não podem ser comercializados sob a denominação de genéricos, uma vez que não foram submetidos às análises de bioequivalência determinadas pela ANVISA. A bioequivalência veio determinada pelo art. 3º, inciso XXVI da Lei n. 9.787/1999 e

“consiste na demonstração de equivalência farmacêutica entre produtos apresentados sob a mesma forma farmacêutica, contendo idêntica composição qualitativa e quantitativa de princípio(s) ativo(s), e que tenham comparável biodisponibilidade, quando estudados sob um mesmo desenho experimental;” (BRASIL, 1999)

Isto permite a substituição do medicamento de referência pelo genérico, uma vez que ambos possuem as mesmas características farmacológicas. Pode-se com isto extrair duas conclusões - já antecipando a comparação entre as estratégias e os medicamentos: a primeira, é que os medicamentos similares possuem nomes semelhantes aos medicamentos de referência e os genéricos, porém não detêm as mesmas características farmacológicas dos outros dois medicamentos; a segunda, é o fato de que os genéricos e os similares são substitutos próximos dos medicamentos de referência, por isso não precisam intensamente de atividades de P&D, mas de investimento em marketing para atrair o consumidor. A segunda questão importante para a diferenciação que se quer apresentar nesta pesquisa é a intercambialidade. Este instituto também foi conceituado na lei no art. 3º inciso XXIII – “Produto Farmacêutico

Quais são as diferenças entre as empresas produtoras de medicamentos de referência e genéricos no Brasil, a partir dos anos 90, no tratamento da AIDS

Intercambiável - equivalente terapêutico de um medicamento de referência, comprovados, essencialmente, os mesmos efeitos de eficácia e segurança;”. A ANVISA em sua cartilha sobre genéricos define o que é intercambialidade em linguagem acessível à população:

Intercambialidade significa a possibilidade de troca de um medicamento por outro, obtendo exatamente o mesmo resultado terapêutico. Os medicamentos de referência são intercambiáveis com os genéricos. Mesmo que o médico só tenha escrito na receita o nome do medicamento de referência ou de marca, o farmacêutico pode indicar esta opção no momento da venda, caso haja um genérico correspondente no mercado, pois eles são intercambiáveis. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2002, p. 10)

Neste sentido, é permitido ao médico ou ao farmacêutico substituir o medicamento de referência pelo medicamento genérico sem prejuízo do tratamento do paciente, por um custo reduzido. Normalmente por conta do desconhecimento ou de práticas comerciais questionáveis, vendedores de farmácia sugerem a substituição da medicação por conta do preço, sem atentar para a intercambialidade entre os medicamentos. Neste ponto que a ANVISA busca esclarecer a população para a aquisição de forma correta de um medicamento, por meio de seus Programas, entre eles está o Programa Nacional DST/AIDS, que busca a implantação/solidificação da distribuição gratuita do tratamento desta doença, por meio de medicamentos mais acessíveis à população, conforme será tratado no próximo tópico.

O terceiro ponto, e reflexo da estratégia das indústrias farmacêuticas a ser abordado, é o caráter inovador de um medicamento. Esta característica está diretamente ligada à pesquisa e desenvolvimento (P&D) realizados dentro das firmas inovadoras e por meio de parcerias com os demais atores do processo (sejam universidades, órgãos públicos ou outras empresas). As características inerentes a este campo são observadas nas estratégias das firmas, sejam inovadoras, dependentes, imitativas ou tradicionais e oportunistas, no tópico seguinte se faz uma comparação entre aquelas que compõem as indústrias do mercado farmacêutico.

Desta forma, neste tópico buscou-se enumerar as principais características dos medicamentos genéricos, sendo importantes as três ressalvas citadas quanto a esta distinção: a necessidade de denominação por nome comercial

ou marca, a intercambialidade e o caráter inovador de um medicamento para ser considerado medicamento de referência. Sob este enfoque, trabalhar-se-á em seguida a análise da estratégia das firmas do setor farmacêutico de medicamentos de AIDS no Brasil a partir da década de 90.

4. A ESTRATÉGIA DAS FIRMAS DO SETOR FARMACÊUTICO DE MEDICAMENTOS DE AIDS NO BRASIL A PARTIR DOS ANOS 90.

Uma retrospectiva dos conceitos trazidos até agora nesta pesquisa se fazem necessários para o melhor entendimento do tópico que será abordado. Viram-se nos tópicos anteriores as estratégias que podem ser utilizadas pelas indústrias farmacêuticas para alcançar o primeiro lugar no mercado e ser pioneira na produção de um determinado produto, sempre na busca pela lucratividade. Em seguida, definiu-se o marco legislativo, que permitiu, no Brasil, a concessão de patentes para fármacos e medicamentos, dentre outros produtos, em razão da revogação do CPI-71 pela LPI-96, bem como pela ratificação do Acordo *TRIPS/ADPIC*. Os aspectos históricos se fazem necessários para que se compreendam os conflitos e a forma como as empresas agem. Isto relata uma forma de prospecção tecnológica (ANTUNES; CANOGIA, 2008) na qual se estuda o passado, para averiguar as conseqüências no presente e assim permitir que decisões sejam alcançadas no futuro com o intuito de acelerar o crescimento de um segmento do mercado.

Assim, este tópico objetiva trazer um caso ilustrativo de como as indústrias farmacêuticas atuam no mercado. O setor foi escolhido enfatizando-se a indústria de medicamentos para o tratamento de AIDS, após a década de 90, período em que a legislação se concretizou. Neste período também foi implantada a política de medicamentos genéricos, como forma de se promover o acesso aos medicamentos de alta tecnologia por um preço menor à população.

O ponto específico tratado volta-se ao da indústria de genéricos no Brasil, apresentando-se a comparação entre a lista de medicamentos que compõe a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), a lista de medicamentos genéricos e a lista de medicamentos que integram o tratamento de AIDS. Desta comparação se concluirá pela resposta proposta nesta pesquisa.

Quais são as diferenças entre as empresas produtoras de medicamentos de referência e genéricos no Brasil, a partir dos anos 90, no tratamento da AIDS

Inicialmente é preciso explicitar que existe uma lista de medicamentos autorizados pelo Ministério da Saúde que compõe a RENAME⁶. Esta lista foi criada pelo Governo Federal com o intuito de enumerar os medicamentos essenciais e, ainda, delimitar a competência dos Estados e dos Municípios no que tange à distribuição de medicamentos pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Assim, o quadro abaixo descreve os antirretrovirais nela incluídos, na qual constam apenas alguns dos medicamentos que integram o coquetel de tratamento dos portadores de AIDS:

Quadro 2: Lista de medicamentos antirretrovirais que compõe a RENAME.

Inibidores de transcritas reversa análogos de nucleosídeo	Inibidores de transcriptase reversa não-análogos de nucleosídeo	Inibidores de transcriptase reversa análogos de nucleotídeo	Inibidores de protease
Sulfato de abacavir	Efavirenz	Fumarato de tenofovir	Sulfato de atazanavir lopinavir + Ritonavir
Didanosina	Nevirapina	Desoproxila	Ritonavir
Lamivudina			Saquinavir
Zidovudina			
Zidovudina + Lamivudina			

Fonte: Elaboração própria com base na Rename (BRASIL, 2010, p. 30-31).

O Programa de AIDS, do Ministério da Saúde descreve semelhante divisão à da Rename, porém, além de ser atualizada em relação a dois medicamentos, acrescenta os esclarecimentos necessários para os pacientes de AIDS, especificando em seu sítio a utilidade de cada um deles:

⁶ A Rename serve de instrumento básico para a elaboração das listas estaduais e municipais segundo sua situação epidemiológica, para a orientação da prescrição médica, para o direcionamento da produção farmacêutica e para o desenvolvimento científico e tecnológico. [...] A seleção dos medicamentos da Rename baseia-se nas prioridades nacionais de saúde, bem como na segurança, na eficácia terapêutica comprovada, na qualidade e na disponibilidade dos produtos. (BRASIL, 2010, p. 7).

Quadro 3: Classes de medicamentos antirretrovirais.

Inibidores Nucleosídeos da Transcriptase Reversa	atuam na enzima transcriptase reversa, incorporando-se à cadeia de DNA que o vírus cria. Tornam essa cadeia defeituosa, impedindo que o vírus se reproduza.
	São eles: Abacavir, Didanosina, Estavudina, Lamivudina, Tenofovir, Zidovudina e a combinação Lamivudina/Zidovudina
Inibidores Não Nucleosídeos da Transcriptase Reversa	bloqueiam diretamente a ação da enzima e a multiplicação do vírus.
	São eles: Efavirenz, Nevirapina e Etravirina.
Inibidores de Protease	atuam na enzima protease, bloqueando sua ação e impedindo a produção de novas cópias de células infectadas com HIV.
	São eles: Atazanavir, Darunavir, Fosamprenavir, Indinavir, Lopinavir, Nelfinavir, Ritonavir, Saquinavir e Tipranavir.
Inibidores de fusão	impedem a entrada do vírus na célula e, por isso, ele não pode se reproduzir.
	É a Enfuvirtida.
Inibidores da Integrase	bloqueiam a atividade da enzima integrase, responsável pela inserção do DNA do HIV ao DNA humano (código genético da célula). Assim, inibe a replicação do vírus e sua capacidade de infectar novas células.
	É o Raltegravir.

Fonte: BRASIL, AIDS, 2013, adaptado.

As informações contidas em cada uma das listas precitadas, ao serem lidas em associação à lista anual de medicamentos genéricos publicada pela ANVISA (2013), permite ao pesquisador aferir como está a produção de genéricos em relação aos medicamentos que compõem o coquetel para tratamento dos portadores de HIV e doentes de AIDS. Esta interrelação permitiu elaborar o seguinte quadro, com o intuito de demonstrar a quantidade de medicamentos necessários ao tratamento, bem como o laboratório que os produzem, a origem e se possuem genéricos ou não no país.

Quais são as diferenças entre as empresas produtoras de medicamentos de referência e genéricos no Brasil, a partir dos anos 90, no tratamento da AIDS

Quadro 4: Comparação entre a relação de medicamentos que integram o coquetel de AIDS do Ministério da Saúde, laboratórios que os produzem, origem e existência ou não de medicamento genérico.

Medicamento	Laboratório	Origem	Possui genérico?
ABACAVIR	GlaxoSmithKline	Importado	Não
ATAZANAVIR	Bristol-Meyers Squibb	Importado	Não
AMPRENAVIR	GlaxoSmithKline	Importado	Não
DARUNAVIR	Tibotec	Importado	Não
DIDANOSINA	Lafepe	Nacional	Não
EFAVIRENZ	Fiocruz Merck Sharp & Dohme	Mista	SIM
ENFUVIRTIDA	Roche	Importado	Não
ETRAVIRINA	Janssen-Cilag Farmacêutica	Importado	Não
ESTAVUDINA	Bristol-Meyers Squibb	Nacional	Não
FOSAMPRENAVIR	GlaxoSmithKline	Importado	Não
INDINAVIR	Merck Sharp & Dohme	Nacional	Não
LAMIVUDINA	GlaxoSmithKline Lafepe	Nacional	Não
LOPINAVER/RITONAVIR	Abbott	Importado	Não
NEVIRAPINA	Boehringer Ingelheim. Cristália	Mista	Não
RALTEGRAVIR	Merck & Co	Importado	Não
RITONAVIR	Abbott	Importado	Não
SAQUINAVIR	Roche	Nacional	Não
TENOFOVIR	Gilead Sciences Blanver Cristália FUNED Lafepe	Mista	SIM
TIPRANAVIR	Boehringer Ingelheim	Importado	Não
ZIDOVDINA	GlaxoSmithKline	Nacional	Não
ZIDOVDINA/LAMIVUDINA	Lafepe GlaxoSmithKline	Nacional	Não

Fonte: Elaboração própria com dados de BRASIL (2013); ANVISA (2013, p. 98 e 107)

Uma análise do Quadro 4 nos permite verificar alguns pontos cruciais para esta pesquisa:

- O tratamento é composto por 21 (vinte e um) medicamentos.
- Destes medicamentos tem-se: 6 são produzidos pela GlaxoSmithKline; 2 pela Bristol-Meyers Squibb; 4 pela Lafepe; 2 pela Merck Sharp & Dohme; 2 pela Abbott; 2 Boehringer Ingelheim; 1 da Merck & Co; 1 Gilead Sciences; 1 da Roche; 1 pela Tibotec, 1 pela Fiocruz.
- 11 são importados; 7 nacionais e 3 de produção mista;
- 2 Genéricos.

Da análise supra, cabe ressaltar que os medicamentos em que há indicação de produção nacional, não são produzidos exclusivamente por indústrias nacionais, mas também são objeto de produção de laboratórios estrangeiros localizados em território nacional. Dentre os nacionais, são públicos: o Laboratório Farmacêutico do Estado de Pernambuco Governador Miguel Arraes S/A - a Lafepe, a Fundação Osvaldo Cruz - Fiocruz e a Fundação Ezequiel Dias - FUNED.

O governo afirma que o país é capacitado para produzir dez dos antirretrovirais (AIDS, 2013), que compõe o coquetel para tratamento. Contudo, a política de implementação desta medicação em relação aos genéricos avança a pequenos passos.

A demonstração desta argumentação reside no fato de que o primeiro medicamento de produção verdadeiramente nacional (Efavirenz) foi objeto de licenciamento compulsório e assim foi concedida sua produção ao laboratório da Fiocruz. Até fevereiro de 2011, o Efavirenz era o único desta lista, até que a FUNED obteve a licença e registro da ANVISA para produzir a versão genérica do Viread®, Tenofovir, em associação a Blanver por meio de parceria pública privada para a produção e distribuição ao SUS deste antirretroviral (SCARAMUZZO, 2012)

Logo, desta comparação da realidade de uma doença imunodepressora, deficitária de indústrias com produção nacional, pode-se averiguar a estratégia das indústrias farmacêuticas no país. Existem de acordo com a relação da ANVISA sessenta e sete empresas produtoras de medicamentos genéricos no Brasil, contudo destas, apenas três tem condições de produzir os medicamentos para tratamento de AIDS no país.

O exemplo disto é a empresa privada que participa da Parceria Público-

Privada ingressou na produção de medicamentos e não somente de insumos (SCARAMUZZO, 2012).

Além disso, estas comparações têm como escopo principal demonstrar que apesar de existir um programa específico para esta doença, muitas são as questões que envolvem o acesso gratuito a estes medicamentos. A Lei n. 9.313 de 13 de novembro de 1996, que regulamentou a distribuição gratuita de medicamentos para portadores de HIV e doentes de AIDS, originou o Programa Nacional DST/AIDS, cuja missão institucional é, em síntese, tentar reduzir os casos e prover tratamento aos pacientes. O progresso deste programa permitiu que diversas Unidades Distribuidoras de Medicamentos (UDM) forneçam a medicação adquirida pelo governo à população na qual se incluem brasileiros e estrangeiros, vizinhos ao Brasil, que buscam o tratamento em território brasileiro.

Assim afere-se dos quadros comparativos precitados o seguinte. Quanto às indústrias de medicamentos de referência não há no país empresa produtora e desenvolvedora de tecnologia, tendo em vista que se trata de setores de investimentos de longo prazo, que requerem um desenvolvimento tecnológico elevado, que ensejam em um risco elevado. Quanto às indústrias de genéricos, estas se limitam à estratégia de empresas imitativas, na qual a produção é realizada por empresas estatais fruto do término do prazo de concessão das patentes (Tenofovir) ou por meio de política de licenciamento compulsório (Efavirenz).

5. CONCLUSÃO

Diante deste breve estudo sobre quais são as diferenças entre as empresas produtoras de medicamentos de referência e genéricos no Brasil, a partir dos anos 90, no tratamento da AIDS, fez-se uma retrospectiva em relação ao referencial teórico, buscando situar a propriedade intelectual dentro dos marcos legislativos internacional e nacional, valendo-se de uma comparação ao final. Desta estrutura construída pela legislação brasileira, originaram-se as políticas de acesso aos medicamentos, dentre elas a difusão dos medicamentos genéricos e o Programa de DST/AIDS. Ambos em fase ainda de maturação, mesmo após mais de uma década de suas criações.

Estas políticas governamentais de incentivo fomentam o acesso à saúde

por meio da compra do fármaco ou do medicamento, tornando o Poder Público um consumidor final da cadeia produtiva. Conforme se mostrou, ao longo dos anos, as negociações com os laboratórios para redução dos preços é intensa, contudo a redução destes gastos não é suficientemente reinvestida na indústria nacional a fim de que esta dependência externa possa ser diminuída até se findar.

Em outro ponto, abordaram-se as indústrias com suas estratégias de mercado. Descreveu-se que se pode classificá-las em inovadoras ofensivas, dependentes, imitadoras, tradicionais e oportunistas. Dentro de cada característica surgem, em uma ponta, as indústrias capazes de investir em P&D para inaugurarem um ramo do mercado, como pioneiras em determinados produtos e, em outra, estão as empresas tradicionais e oportunistas que se valem de nichos de mercado já consolidados, em que a inovação não é crucial para sua existência. Tais empresas se valem ainda de setores que surgem no mercado de forma temporária, na qual se aproveitam de oportunidades passageiras em determinados ramos.

Diante destas características e do referencial teórico descritos fez-se uma comparação entre ambos, utilizando os medicamentos genéricos, a lista Rename e os medicamentos essenciais no tratamento para portadores de HIV e doentes de AIDS. Destas comparações pode-se observar que do coquetel de tratamento de AIDS, apenas dois medicamentos são produzidos no país como genéricos, outros constam na lista de essenciais, mas são importados. Esta análise permite concluir que a indústria de medicamentos no Brasil não se apresenta como inovadora ofensiva, os riscos e os custos do investimento em P&D levam a indústria farmacêutica nacional a ser classificada como imitadora, tradicional, oportunista, principalmente quando se trata de medicamentos genéricos, cuja produção não requer os mesmos custos de um medicamento essencialmente originário de P&D. Note-se, porém, que existem exceções neste campo, mas os laboratórios nacionais que trabalham com tecnologia possuem algum vínculo com o governo, seja por meio de Parcerias Público-Privada (PPP), seja por tratar-se de fundação pública, isto reduz sobremaneira os riscos suportados por uma empresa que custeia individualmente os riscos de mercado.

O ideal para o mercado farmacêutico nacional seria que as reduções de custos com importações realizadas pelo Governo fossem reinvestidas na

Quais são as diferenças entre as empresas produtoras de medicamentos de referência e genéricos no Brasil, a partir dos anos 90, no tratamento da AIDS

produção nacional dos medicamentos, com o fomento da indústria nacional, especialização de mão de obra e investimentos em centros de pesquisas de P&D.

Assim, como resposta ao questionamento inicial “Quais são as diferenças entre as empresas produtoras de medicamentos de referência e genéricos no Brasil, a partir dos anos 90, no tratamento da AIDS?” a resposta é a seguinte: As diferenças entre as indústrias está na ausência de investimento interno em P&D; no caráter ofensivo ou dependente da indústria; e na adequação à realidade política e legal que as circundam para saber utilizar os investimentos públicos e desenvolver o setor onde atua. Portanto, o intuito desta pesquisa era apontar algumas questões no setor dos medicamentos genéricos, esclarecer a necessidade de utilização de termos técnicos para se evitar a proliferação de informações inadequadas que distorcem a realidade nacional, além de fomentar o debate quanto à inovação e à propriedade industrial, principalmente, em âmbito de medicamentos e políticas públicas, sem a pretensão de esgotar o assunto cuja interdisciplinaridade é evidente.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA. Lista de medicamentos genéricos de uso controlado. Disponível em http://www.anvisa.gov.br/hotsite/genericos/lista/Medicamentos_registrados_alfabetica_novembro_09.pdf . Acesso em: 29 jun.2010.

_____. Lista Medicamentos Genéricos Registrados na ANVISA. Classificada por ordem alfabética – princípio ativo. Atualizado até o Diário Oficial da União de 30-01-2013. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/8ca559804e5f54a09761dfd762e8a5ec/Registrados_por_ordem_alfabetica_DCB.pdf?MOD=AJPERES. p. 98-107. Acesso em: 04 set 2013.

ANTUNES, Adelaide. M. S; CANONGIA, Claudia. Prospecção Tecnológica da Indústria Farmacêutica Nacional fármacos e medicamentos da Rename com potencial de inovação. Medicamento no Brasil, Inovação e Sucesso. Rio de Janeiro: editora Fiocruz, Capítulo 8, p. 145-165.

BARBOSA, Denis Borges. Inconstitucionalidade das Patentes Pipeline. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/pipeline.pdf>>. Acesso em: 25 maio 2008.

_____. Propriedade Intelectual - A aplicação do Acordo TRIPS. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005, 286 p.

BEJAMIN, Antonio Herman V. Proteção do consumidor e patentes: O caso dos medicamentos. Revista de Direito do Consumidor nº 10: 1994, p. 21-26.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. DOU de 05-10-1988, p. 1.(ANEXO). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 29 fev. 2012, às 23h50min. 190

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. Relação nacional de medicamentos essenciais: Rename / Ministério da Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. – 7. ed. – Brasília: Ministério da Saúde, 2010. 250 p.

_____. Ministério da Saúde. Saúde. Departamento de DST, AIDS e Hepatites Virais. Portal sobre aids, doenças sexualmente transmissíveis e hepatites virais. Quais são os antirretrovirais? [201-?]. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/pagina/quais-sao-os-antirretrovirais>. Acesso em: 03-09-2013.

_____. Senado Federal. Lei n. 9.279 de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 15 maio 1996, P. 8353. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm Acesso em: 20 jun. 2010.

_____. Senado Federal. Lei n. 5.772 de 21 de dezembro de 1971. Institui o código da propriedade industrial, e da outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 31 dez 1971. Revogada pela Lei n. 9.279 de 14 maio 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5772.htm. . Acesso em: 20 jun. 2010.

_____. Senado Federal. Lei n. 9.787 de 10 de fevereiro de 1999. Altera a Lei 6.360, de 23 de setembro de 1976, que dispõe sobre a vigilância sanitária, estabelece o medicamento genérico, dispõe sobre a utilização de nomes genéricos em produtos farmacêuticos, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 11 fev 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9787.htm Acesso em: 20 jun. 2010.

_____. Senado Federal. Lei n. 6.360 de 24 de setembro de 1976. Dispõe sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, cosméticos, saneantes e outros produtos, e dá outras providências. Diário Oficial (DOFC) Brasília, DF, 24 set 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6360.htm Acesso em: 20 jun. 2010.

_____. Senado Federal. Lei n. 9.313 de 13 de novembro de 1996. Dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 14 nov. 1996 P. 23725. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9313.htm> Acesso em: 20 jun. 2010.

CARVALHO, Patrícia Luciane de. O acesso a medicamentos e as patentes farmacêuticas na Ordem Jurídica brasileira. Revista CEJ: Brasília. Ano XI. n. 37. Abr/Jun - 2007: 94-102.

CRUZ, Sônia Guerra. Falsificação de remédios e Poder de Polícia. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

FARIA, Jacqueline Borges de. Licença Compulsória como Alternativa para a garantia do acesso universal a antirretrovirais no Brasil. Revista da ABPI - nº 85, Nov/Dez- 2006: 26-37.

-
- FREEMAN, C. e SOETE L.A. Economia da Inovação Industrial, Campinas: Editora Unicamp. ([1974] 2008), 816 p.
- FROTA, Maria Stela Pompeu Brasil. Proteção de Patentes de Produtos farmacêuticos: o caso Brasileiro. São Paulo: IPRI, 1993.
- FURTADO, Lucas Rocha. Sistema de Propriedade Industrial no Direito Brasileiro – Comentários a nova legislação sobre marcas e patentes lei 9.279 de 14/03/1996. 1. ed. São Paulo: Brasília Jurídica, 2003.
- FUNDAÇÃO EZEQUIEL DIAS – FUNED. Funed vai produzir o 1º genérico. Publicado em 07-02-2011 Disponível em: <<http://funed.mg.gov.br/noticias/generico/>>. Acesso em: 03 set. 2013.
- INSTITUTO DANNEMANN SIEMSEN DE ESTUDOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL. IDS Comentários À Lei De Propriedade Industrial – Edição Revista e Atualizada. Rio de Janeiro: Renovar. 2005.
- INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL - INPI. O que é patente? Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/menuesquerdo/patente/pasta_oquee>. Acesso em: 09 jun. 2008.
- MEROFA, Patrícia do Amaral. Os ativos Intangíveis e a criação de valor na indústria farmacêutica. (Mestrado em Administração de Empresas). Departamento de Pós-Graduação em Administração de Empresas, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2007.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE. Ministério da Saúde negocia com indústria e reduz preço do Glivec em 51%. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/aplicacoes/noticias/default.cfm?pg=dspDetalheNoticia&id_area=1450&CO_NOTICIA=11450>. Acesso em: 18 jun. 2010.
- _____. Programa Nacional DST/AIDS. Disponível em <<http://www.aids.gov.br/data/%20Pages/LUMISB9C1F777PTBRIE.htm>>. Acesso: em 10 jun. 2008.
- _____. Programa Nacional DST/AIDS. Disponível em <<http://www.aids.gov.br/data/Pages/LUMIS9DDD0E43PTBRIE.htm>>. Acesso em: 12 jun.2010.
- PINTO, Ana Paula G. Como a revalidação tem sido tratada no marco regulatório brasileiro? Revista da EMARF, Especial de Propriedade Intelectual, 2ª Ed., Rio de Janeiro, p.1-284, jul.2011. p. 181-206.
- SCARAMUZZO, Mônica. Blanver vai fornecer remédios para AIDS. Valor Econômico. São Paulo. Disponível em: <http://www.valor.com.br/empresas/2923610/blanver-vai-fornecer-remedios-para-aids>. Publicado em: 30-11-2012 às 00h00min. Acesso em: 03 set. 2013 às 18h04min.
- SILVA, Caroline Medeiros e. Patentes farmacêuticas e controle de mercado. Cadernos Temáticos - Encarte da Revista da EMARF – Propriedade Intelectual, Novembro: 2005. p. 239-378.
- TEECE, D. J. Profiting from technological innovation: implications for integration, collaboration, licensing and public policy. Research Policy. Vol. 15: 1986,. p. 285-305.
- TIGRE, Paulo Bastos. Gestão da inovação: a econômica da tecnologia do Brasil. 5ª. Reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, 282 p.

REGISTRO ESPECIAL DE FABRICANTE DE CIGARROS - CONSTITUCIONALIDADE E JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS

Ana Tereza Basilio e Marcelo Ludolf - Advogados do Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial - ETCO

A jurisprudência dos Tribunais sempre rechaçou a adoção de sanções políticas pelo Poder Público como instrumento de coerção capaz de compelir o contribuinte a pagar tributos. É reputada, pois, ilícita a restrição excessiva e desproporcional ao direito de livre exercício de atividade lícita, instituída com a intenção de pressionar o devedor de tributos a quitar seus débitos.

O Supremo Tribunal Federal, inclusive, após reiteradas decisões nesse sentido, e ditou os vetustos verbetes nºs 70, 323 e 547¹, que integram a Súmula daquela Corte Constitucional. Segundo os referidos enunciados, é ilícita a utilização pelo Estado de meios coercitivos oblíquos, com a finalidade meramente arrecadatória.

É inegável, no entanto, que a construção de toda a jurisprudência acerca do conceito de sanções políticas, notadamente do Supremo Tribunal Federal, refere-se a restrições unilaterais impostas pelo Estado às atividades empresariais ordinárias.

Instaurou-se, recentemente, em vários Tribunais do País, a polêmica a respeito do caso específico da reiterada inadimplência no pagamento de tributos de empresas fabricantes de cigarros. A celeuma refere-se ao disposto no art. 2º do Decreto nº 1.593/77, que prevê a possibilidade de

¹ Súmula 70 – *É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo.*
-Súmula 323 – *É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.*
Súmula 547 – *Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.*”

cassação do registro especial de empresas tabagistas pela Receita Federal por, reiteradamente, não recolherem os tributos devidos. Nesse contexto, instaurou-se debate judicial se essa previsão consubstanciaria ou não a denominada sanção política.

Especificamente em relação à fabricação de cigarros, é relevante salientar que se trata de atividade tolerada pelo Estado, com a imposição de inúmeras restrições, já que o consumo dos produtos derivados do tabaco pode causar dano à saúde pública, impondo, como consequência, expressivo ônus ao Estado na área de saúde pública.

Nesse contexto, a atividade de fabricação de cigarros é submetida a rigorosas regras de controle estatal, tais como: a necessidade de registro prévio de marcas junto à ANVISA com obrigatoriedade de informar os ingredientes que compõem o produto; a inclusão de imagens e advertências nas embalagens dos produtos as quais devem ser aprovadas pela agência; a restrição à publicidade fora dos pontos de venda; proibição de uso de produtos fumígenos em ambientes coletivos; elevada carga tributária de matizes extrafiscais, dentro outros.

No plano fiscal, as regras impostas à atividade fabricação e comercialização de produtos derivados do fumo estão previstas no Decreto-lei nº 1.593/77, que impõe a obrigatoriedade de instalação pela Receita Federal nos estabelecimentos industriais de contadores de produção de cigarros(sistema denominado SCORPIOS); a necessidade de autorização prévia da autoridade fazendária para a produção de cigarros, denominada Registro Especial², que, dentre outros requisitos para sua concessão, exige a comprovação da regularidade fiscal.

O Decreto-lei nº 1.593/77 prevê, ainda, a possibilidade de cancelamento do referido Registro Especial pela prática de reiterado descumprimento de obrigação tributária principal ou acessória; a prática de conluio ou fraude (Lei

²“Art. 1º A fabricação de cigarros classificados no código 2402.20.00 da Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados - TIPI, aprovada pelo Decreto no 2.092, de 10 de dezembro de 1996, será exercida exclusivamente pelas empresas que, dispondo de instalações industriais adequadas, mantiverem registro especial na Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda.

§ 1º As empresas fabricantes de cigarros estarão ainda obrigadas a constituir-se sob a forma de sociedade e com o capital mínimo estabelecido pelo Secretário da Receita Federal.

§ 2º A concessão do registro especial dar-se-á por estabelecimento industrial e estará, também, na hipótese de produção, condicionada à instalação de contadores automáticos da quantidade produzida e, nos termos e condições a serem estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal, à comprovação da regularidade fiscal por parte: (...)”

nº 4.502/64); a prática de crime contra a ordem tributária (Lei nº 8.137/90); a prática crime de falsificação de selos de controle tributário (Decreto-Lei nº 2.848/40); a prática de infração, cuja tipificação decorra do descumprimento de normas reguladoras da produção, importação e comercialização de cigarros e outros derivados de tabaco, após decisão transitada em julgado³.

A previsão de cancelamento do registro especial para produção de cigarros pela autoridade fazendária foi promulgada sob a égide da Constituição Federal de 1967 e recepcionada pela Constituição Federal 1988.

Especificamente sobre o setor de cigarros, o Supremo Tribunal Federal somente havia proferido decisões no âmbito de tutelas de urgência, sempre no sentido da constitucionalidade da norma. Em sessão realizada em 22.3.2013, entretanto, a Suprema Corte, através de sua composição plenária, julgou o mérito do *leading case* sobre a matéria (Recurso Extraordinário nº 550.769), o qual teve a relatoria do Ministro Joaquim Barbosa e envolvia débitos superiores a 2 bilhões de Reais da empresa American Virginia, a qual teve seu Registro de Fabricante de Cigarros cancelado pela última vez em 2010.

Por ocasião do referido julgamento, a Suprema Corte enfrentou diversos aspectos envolvidos no caso, como o fato de que o não pagamento reiterado de tributos não decorria de dificuldades financeiras momentâneas, mas, sim, de estratégia comercial deliberada, no sentido de não pagar tributos. Reconheceu, ainda, o caráter nitidamente extrafiscal da tributação de IPI incidente sobre a produção de cigarros, a lesão potencial à saúde pública e à seguridade social, diante dos malefícios do consumo do cigarro, bem como sopesou o fato de que o não pagamento reiterado de tributos implica em dano à concorrência nesse competitivo mercado, pela adoção de preços predatórios por aqueles que não cumprem com as suas obrigações tributárias, e, portanto, concluiu que a prática seria violadora da livre concorrência no setor.

³ Art. 2º O registro especial poderá ser cancelado, a qualquer tempo, pela autoridade concedente, se, após a sua concessão, ocorrer um dos seguintes fatos:

I - desatendimento dos requisitos que condicionaram a concessão do registro;

II - não-cumprimento de obrigação tributária principal ou acessória, relativa a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal;

III - prática de conluio ou fraude, como definidos na Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, ou de crime contra a ordem tributária previsto na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, ou de crime de falsificação de selos de controle tributário previsto no art. 293 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, ou de qualquer outra infração cuja tipificação decorra do descumprimento de normas reguladoras da produção, importação e comercialização de cigarros e outros derivados de tabaco, após decisão transitada em julgado.”

Através da ponderação dos valores constitucionais em discussão, o Supremo concluiu que a norma prevista no Decreto-Lei nº 1.593/77 não caracteriza sanção política, porque, no caso peculiar da fabricação de cigarros, a regularidade fiscal é requisito essencial para o desempenho da atividade.

A decisão do Supremo Tribunal Federal no mencionado *leading case* corrobora a compreensão que já vinha sendo adotada pelas demais instâncias do Poder Judiciário sobre o setor de cigarros, no sentido da constitucionalidade da exigência de regularidade fiscal, bem como pela possibilidade de revogação do Registro Especial de Fabricante de Cigarros com o conseqüente fechamento do agente sonegador.

De forma semelhante, a Corte Especial do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, em decisão proferida na sessão plenária do dia 20.6.2013 decidiu pela constitucionalidade da exigência e da possibilidade de cancelamento do registro especial da empresa Cia. Sulamericana de Tabacos.. O acórdão da lavra da eminente Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, é no seguinte sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL EM SUSPENSÃO DE LIMINAR. GRAVE LESÃO À ORDEM TRIBUTÁRIA E A SAÚDE PÚBLICA.

1. “Evidenciada a grave lesão à saúde pública quando, deixando de recolher o IPI, que é a parcela preponderante na composição do preço final do produto, o fabricante de cigarros tem condições de colocá-lo no mercado a um preço muito menor, o que faz aumentar o seu consumo e, conseqüentemente, os riscos à saúde da população.

2. Verificada, também, a trave lesão à economia pública: a (una, porque, ao não recolher o IPI, o Estado fico sem parcela importante da arrecadação tributária, parcela essa que poderia ser utilizada, inclusive, para custear o tratamento das pessoas acometidas pelos malefícios causados pelo consumo de cigarros: a duas, porque, ao praticar preços mais baixos, a empresa alarga a sua fatia de mercado, prejudicando a concorrência que em tese, esteja recolhendo os tributos, e não poderia, por isso, com: ela competir.” (AGRS n° 0024266-42.2007.4.01.0000 / DF, Rel. Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, Corte Especial, e-DJF1 p.158 de 17/08/2009)

3. Agravo regimental da Fazenda Nacional provido.”⁴

⁴ Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 0057014-54.2012.4.01.0000/DF, Rel. Des. Selene Maria de Almeida, j. 20.6.2013, DJ 28.6.2013.

Conforme se extrai dos recentes julgados do STF e do TRF1, a *ratio iuris* do requisito de regularidade fiscal imposta para a atividade de produção de cigarros provém de norma inspirada não apenas pela finalidade de composição dos cofres públicos para fazer frente às políticas públicas e custeio do aparato estatal, mas, sobretudo, pelo caráter extrafiscal da tributação que visa a proteger e custear a saúde pública, já que o consumo do tabaco, em larga escala, pode implicar em custos sociais suportados pelo Estado e pela coletividade.

Assim, a tributação dos produtos derivados do tabaco busca repassar esses custos sociais para as empresas que desempenham essa atividade econômica. Sem essa tributação, de cunho eminentemente extrafiscal, a sociedade como um todo suportaria esse ônus, em benefício único do lucro da empresa tabagista inadimplente, que não cumpre com suas obrigações fiscais onerando a sociedade e praticando concorrência desleal.

É relevante salientar que a carga tributária dos cigarros possui alíquotas elevadas, que representam aproximadamente 65% (sessenta e cinco por cento) do preço final do produto. Dessa forma, distorções na carga tributária, decorrentes do reiterado não pagamento de tributos, terminam por ocasionar vantagem indevida aos agentes sonegadores, gerando um desequilíbrio que prejudica as empresas demais de competir, de modo isonômico e leal, nesse competitivo segmento. E o descumprimento reiterado de obrigações fiscais por parte de empresas desse ramo provoca distorções no mercado, pois permite o comércio de produtos em patamares de preço predatórios, inferiores aos da concorrência, e, até mesmo, como se verificava, inferiores ao preço de custo do mercado legal, ainda que não se considere qualquer margem de lucro⁵.

Conclui-se, pois, que, se à autoridade fazendária fosse vedado cancelar o registro especial de fabricantes de cigarros devedores contumazes de quantias vultuosas, perderiam a sociedade, as empresas concorrentes, obrigadas a competir com concorrentes que adotam praticas comerciais desleais, e a União Federal, que tem a sua arrecadação diminuída e é onerada com altos custos relacionados ao sistema público de saúde e à Previdência Social.

⁵ A possibilidade de venda de produtos por preços inferiores ao custo, seja decorrentes de sonegação fiscal, seja decorrente de contrabando, motivou a mudança legislativa advinda através da Lei nº 12.546/11, que estabeleceu preço mínimo para a venda de carteira de cigarro.

Na verdade, o Supremo Tribunal Federal não mitigou a aplicação dos verbetes de sua Súmula, que vedam a prática de sanção política, já que as hipóteses neles previstas não se aplicam às regras especiais, previstas no Decreto-Lei nº 1.593/77. Esse fato, inclusive, foi salientado pelo eminente Ministro Ricardo Lewandowski, nos seguintes termos: *“não seriam aplicáveis à espécie, por aludirem a devedores inseridos no regime geral de atividades econômicas, o que difere da atividade específica de produção e comercialização de cigarros.”*

Não se trata, por conseguinte, de interpretação modificativa da consolidada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da proibição de prática de sanções políticas pelo Estado, mas, tão somente, do reconhecimento das particularidades de setor dotado de inúmeras peculiaridades, até então não submetidas ao crivo daquela Corte.

O entendimento consolidado na jurisprudência é, portanto, no sentido da legalidade e constitucionalidade do cancelamento de registro especial de produtores de cigarros devedores do fisco, quando verificado descumprimento substancial, reiterado, e injustificado de obrigação tributária principal ou acessória. E a hipótese não se enquadra no conceito jurisprudencial de sanção política.

Em passado recente, praticamente metade das empresas fabricantes de cigarro do País funcionavam à base de decisões judiciais, isentando ou suspendendo obrigações fiscais, para demandantes que adotavam a estratégia comercial de não pagar tributos para obtenção de lucros expressivos e para alavancar a sua participação nesse competitivo segmento da economia. Mas essas iniciativas ilícitas estão agora com os dias contados.

UMA APROXIMAÇÃO DOS CAMINHOS DA RESPONSABILIDADE POR DANOS

André R. C. Fontes - Desembargador do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo) e Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro-UERJ

I

É por todos conhecida a idéia de que a responsabilidade está relacionada às noções de obrigação e de garantia. O predomínio de concepções unitárias e de estrutura nos dispensa de retomar a polêmica da definição de responsabilidade por danos. A falta de consistência de algumas idéias, entretanto, não nos afasta da lembrança das raízes da palavra *responsabilidade*, originada da palavra latina *sponseo*, usada pelos romanos no contrato para, solenemente, obrigar o devedor. É que o problema da responsabilidade por danos, tal como conhecemos em nossos dias, não se formou senão após um longo desenvolvimento.

Nos povos primitivos imperava a vingança privada e a reparação do dano pela Lei de Talião, com sua máxima *olho por olho, dente por dente*. E, desde essa época, já se distinguiu de alguma maneira os danos entre particulares e aqueles relativos às autoridades. Foi sob a influencia de idéias gregas, com as leis das XII tábuas, que assumiu um certo caráter sistemático na Roma antiga. Se pensarmos que a *lex Aquilia de damno* sequer exigia a culpa do autor do dano, podemos constatar o longo tempo que necessitou o curso de seu aperfeiçoamento.

Para conhecermos mais efetivamente a origem do termo *responsabilidade*,

lembramos que ele entrou há pouco tempo na linguagem jurídica, possivelmente extraído de autores ingleses por filósofos continentais.

II

A responsabilidade vem definida como *extracontratual* em contraposição à responsabilidade *contratual*. É chamada de responsabilidade *aquiliانا* por derivação da *lex Aquilia de damno*, que, no ano II a.c., disciplinou uma área em boa medida coincidente com aquela hoje coberta pelo ilícito extracontratual, ou ainda como responsabilidade *civil*, invocada nesses termos para se contrapor à responsabilidade *penal*.

A melhor maneira de entender a responsabilidade por danos é a sua caracterização como uma responsabilidade que prescinde da existência de uma relação obrigacional entre os sujeitos (vítima e o outro, o causador do dano), o que levaria a se identificar com a responsabilidade resultante de uma obrigação, e ser o caso do ressarcimento do dano, como é o caso da responsabilidade contratual, que supõe uma relação concreta existente; e, por exclusão, não ser penal a responsabilidade.

A *injustiça* de a vítima ter de suportar o prejuízo que agrava, irremediavelmente, sua esfera econômica de interesse conduz à melhor designação de responsabilidade por danos. Dado que, na vida moderna, seja pela multiplicação das atividades, seja pela complexidade técnica dos meios empregados, os problemas e os embates alargam-se enormemente, impondo o exame de todo fato doloso ou culposos que cause prejuízo a outrem corresponderá a um dano injusto, que obrigará aquele que o praticou ao ressarcimento do dano.

III

Na aferição tradicionalmente considerada, concorrem os seguintes requisitos:

- o fato;
- a ilicitude do fato;

a imputabilidade do fato danoso;
o dolo ou culpa do causador;
o nexo de causalidade entre o fato e o dano;
o dano.

Na técnica da responsabilidade por danos em nosso tempo, três questões parecem orientar a sua aplicação:

se há responsabilidade;
quem é responsável;
quanto pagar.

A indagação sobre se o dano verificado deve ser ressarcido ou não parece que se tornou a questão fundamental, pois ela constitui o coração da responsabilidade por danos, ou seja, a seleção entre os danos que devem ser ressarcidos e os que não devem.

A segunda questão se abre sobre o pressuposto de que a primeira tenha uma resposta afirmativa: caracterizado o dano, ele seria ressarcível? Surge, então, a necessidade de se definir quem é obrigado a ressarcir o dano injustamente causado.

A terceira questão pressupõe que o dano seja ressarcível e que seja individualizada a responsabilidade: trata-se, nesse aspecto, o ponto de estabelecer qual soma de dinheiro o responsável deverá pagar à vítima, ou de qual modo deverá ser reparado o dano ocorrido.

IV

Uma função compensatória ou reintegrativa é encontrada na responsabilidade por danos. O objetivo é compensar o dano pela perda ocorrida e reintegrar o patrimônio injustamente diminuído, reportando-se à consistência que tinha antes do fato danoso. Essa é uma função que corresponde a um elementar critério de justiça substantiva. Há, entretanto, um limite correspondente que, de modo exclusivo ou prevalente, determinará o ponto de vista individual do prejudicado, que sabidamente não opera nenhuma vantagem da sociedade no seu conjunto. Depois do ressarcimento, fica a indagação de se a função compensatória realiza

plenamente a vítima, pois ela não é inteiramente satisfatória do ponto de vista social. E em muitos casos, não se consegue satisfazer nem mesmo a vítima. É o caso do valor pago ao filho pela morte do pai, pois, em verdade, jamais compensará, adequadamente, a perda grave e repentina.

Disso resulta que a responsabilidade opera como instrumento eficiente, do ponto de vista individual e social, que, além da sua função compensatória, outra resulta: a função preventiva. Limitar-se a intervir depois que o dano ocorreu, para depois retribuir o peso entre o causador do dano e o responsável, é socialmente menos relevante de que atuar antes que o dano se verifique, com o fito de impedir que se produzam ou ao menos sejam reduzidos os números do resultado danoso. A vantagem resulta tanto para a vítima, como para a sociedade, para prevenir violações aos interesses psico-físicos da vítima ou mesmo a destruição de sua riqueza ou da própria sociedade. Esse objetivo é alcançado com a efetividade da ameaça de sanção estabelecida pela lei civil. Por impor o ressarcimento, menos danos se consomem, pois o temor de indenizar presume um comportamento de maior atenção e prudência, a ser empregado nas atividades, com cautela ou de segurança, de modo a não causar danos.

Pode-se tomar em consequência uma terceira função da responsabilidade por danos: a função sancionatória e até mesmo educativa. Ela pode ser resumida da seguinte maneira: punir o responsável por seu comportamento reprovável, de modo a desincentivar a sua prática. Essa função deriva do caráter ilícito, consistente na violação do comando normativo. E o comportamento mencionado não é somente ilícito, mas, também, socialmente reprovável.

Uma concepção ética poderia ser identificada, mas, cremos que hoje a dimensão ética parece ficar atenuada e se afirma uma concepção prática da responsabilidade por danos. Dessa forma, não é essencial que em nome de um princípio abstrato de justiça seja invocado, para responsabilizar o causador do dano. O essencial é que a vítima receba ressarcimento proporcional e equivalente ao seu dano. Essa nova concepção, que valoriza a função compensatória, poderia se exprimir na concepção segundo a qual toda atenção se apresenta, de uma ampla justiça restauradora a ser prestada pelo causador em benefício da vítima.

Dessa maneira, duas questões devem ser observadas:

se houve o dano injusto;

quem deverá ressarcir-lo.

V

O problema de responsabilidade por danos consiste essencialmente nisto: o de selecionar entre os danos quais são os que dão lugar à responsabilidade e os atos que deixam o causador do dano a ela imune de responsabilidade; ou, de forma mais sintética: selecionar os danos indenizáveis e os danos não indenizáveis!

Ampliar as fronteiras da responsabilidade por danos e traçar um novo perfil, mais moderno e prospectivo, com o propósito de alcançar, com justiça e equidade, mais além da culpa, sem excluí-la, e mais além da responsabilidade individual, sem descaracterizá-la, impõe o fator de imputação ou atribuição para legitimar, passivamente, a quem se atribua o ressarcimento.

Na sociedade moderna será necessário estender os limites do âmbito de atividade danosa, na mesma medida em que o homem desborda no acionar sua órbita tradicional nessa aventura que enfrenta com um universo totalizador e competitivo.

Somente dessa forma atenderemos às necessidades de uma era tecnológica, que apresenta novos problemas à indenização por danos. Os juristas terão o desafio de encontrar respostas que logrem adequar o direito aos novos caminhos resultantes de produtos atuais, tais como danos nucleares, ecológicos, e aqueles resultantes da tecnologia da informática e da biotecnologia.

BIBLIOGRAFIA

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. El perfil de la responsabilidad civil al finalizar el siglo XX, in Responsabilidade por daños en el tercer milenio. Org. Alberto José Bueres e Aída Kemelmajer de Calucci. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997.

-
- CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luís. Derecho de danos. Barcelona: Bosch, 1997.
- GESUALDI, Dora Mariana. Responsabilidad civil: fatores objetivos de atribución, relación de causalidad. Buenos Aires: Ghessi-Carozzo, 1987.
- HERNÁNDEZ, Gloria María. Derecho de la responsabilidad. 2ª ed. São Domingos: La Filantrópica, 2006.
- LIMA, Alvino. Culpa e risco. 2ª ed. Revista por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: RT, 1999.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge. Responsabilidad por daños. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 1992.
- PINTO, Helena Elias. Responsabilidade civil do Estado por omissão na jurisprudência do STF. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- PIRRO, Massiminiano di. Responsabilità Civile. Nápoles: Simone, 2007.
- ROPPO, Vincenzo. Istituzioni di diritto privato. 4ª ed. Bolonha: Monduzzi, 1998.
- ROSENKRANTZ, Carlos F. La responsabilidad extracontractual. Barcelona: Gedisa, 2005.
- SILVA PEREIRA, Caio Mário da. Responsabilidade civil. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- TORRENTE, Andréa. SCHLESINGER, Piero. Manuale di diritto privato, 18ª ed. Milão: Giuffrè, 2007.
- TRABUCCHI, Alberto. Istituzioni di diritto civile. 44ª ed. Nápoles: Pádua, 2009.
- VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. Responsabilidad por daños. Buenos Aires: Depalma, 1994.

O VALOR NA NOVA ERA INFORMACIONAL¹

*Braz Rafael da Costa Lamarca - Advogado e aluno de
Doutoramento na área de Filosofia Ética e Política, na Universidade
de Coimbra, Portugal.*

Residimos aqui na tentativa de suscitar o breve debate acerca das alterações sofridas pelas nossas sociedades contemporâneas e pelo comportamento societal que nelas ocorre, sob o impacto das grandes mudanças tecnológicas. Estas mudanças abarcam várias dimensões que terão de ser consideradas nas suas respectivas especificidades. Referimo-nos, antes de mais, a mudanças no plano jurídico e, em face destas, surge a necessidade de uma redefinição da moldura que sustenta os seus conceitos, no sentido de readaptá-los às transformações sociais cada vez mais imprevisas e velozes, que põem em causa conceitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana, impelida pelas mudanças nos planos ético, moral e valorativo, os quais não podem deixar de estar subjacentes às anteriores.

Preliminarmente, devemos destacar que, muito provavelmente, somente uma abordagem filosófica e, posteriormente jurídica, poderá estar à altura de problematizar suficientemente estas mudanças e de enfrentar os desafios que elas colocam. E isso é assim porque, através dela, não se tem a pretensão de imediatamente responder aos problemas postos, elaborando-se leis ou códigos de conduta. Longe disto!

Pela nossa abordagem, pretendemos trazer à tona a discussão *lato*

¹ O presente artigo é uma adaptação de parte da Tese de Doutoramento do Autor, na área de Filosofia Ética e Política, a ser defendida na Universidade de Coimbra, Portugal, cuja orientação é do Professor Doutor Alexandre Guilherme Barroso de Matos Franco de Sá e co-orientação da Professora Doutora Maria Luísa Portocarrero Ferreira da Silva.

sensu sobre os valores societais que vêm (se é que realmente vêm?) sofrendo modificações por intermédio da criação, extinção ou até mesmo da transformação propiciada pela Tecnologia da Informação e Comunicação, dada a velocidade de propagação do fluxo informacional no mundo moderno, a qual é auxiliada e impulsionada pelas facilidades disponibilizadas pelas novas tecnologias informacionais.

A bem da verdade, a “revolução” tecnológica carrou a “revolução” da informação e as novas necessidades informacionais trouxeram em seu bojo a “revolução” tecnológica, ou seja, uma perfeita cumplicidade informacional. Patente é o aumento da velocidade de transmissão das informações com a redução a redução de obtenção e disponibilização, bem como, a diminuição de seu tempo de atraso (“*delay time*”), resultando no encurtamento das distâncias entre as pessoas e os fatos; entre os fatos e as suas conseqüências diretas e indiretas. Enfim, entre as pessoas e as conseqüências.

Esta mútua remissão entre tecnologia e informação está na base da configuração do mundo como uma totalidade ligada em rede, a qual, por sua vez, está na base da concepção do fenômeno da Globalização, conceito abordado desde há muito, porém com outra vestimenta, isto é, sem a mesma velocidade com que ocorre atualmente. Esta nova “onda informacional” constituinte de um mundo globalizado reformou, radicalmente, a forma de viver a vida humana. Ela é capaz de influenciar culturas, de criar amigos e destruir amizades, de construir países e destruir povos, de deturpar valores e subverter conceitos.

Poderemos até dizer que o homem está, hoje, no seu modo de vida cotidiano, muito mais dependente de um mundo tecnologicamente determinado do que no passado, sendo incessantemente bombardeado pelo fluxo informacional e comunicacional, aberto à sua manipulação e exploração por técnicas de domínio. Isto quer dizer que a otimização do desempenho que assiste ao habitante de um mundo com estas características, e da liberdade humana que dela deriva, se revela, paradoxalmente, numa necessidade de compreender o novo contexto de maior ou menor liberdade, tanto quanto, a sua menor ou maior dependência do homem atual em relação ao seu mundo, respectivamente.

E se assim é, deveremos perguntar: será que a dependência do homem

atual em relação ao mundo tecnicizado do seu tempo, dependência essa que é a condição para desempenhos cada vez mais eficazes, não exige o sacrifício crescente da liberdade e da dignidade humanas?

Será que o modelo de desenvolvimento assente naquilo a que Michel Foucault chamou uma docilização dos corpos e uma rentabilização e otimização dos desempenhos eficazes da vida humana não se baseia precisamente na possibilidade de uma manipulação inaceitável desta mesma vida? E, será que esta manipulação, condição da eficácia, pode ser articulada com a assunção de valores éticos?

Por outro lado, e tendo em vista que a vida humana aparece no mundo atual como um projeto destinado à felicidade, interessa perguntar, também, pela compatibilidade entre a manipulação do mundo e a eficácia do desempenho humano nesta manipulação, e o conceito humano de felicidade. Será que o homem é necessariamente mais feliz por ser mais eficaz?

Será que a manutenção dos atuais níveis de produção e as pseudo-necessidades de consumo, tão disseminadas pelos “*media*”, imperadores e gerenciadores da nova era informacional, e tão idolatrada pelos fornecedores de qualquer espécime de consumível, são realmente necessárias à humanidade? Evoluímos ou involuímos? E se continuarmos nesta forma de pensar e agir, para onde caminharemos: evolução ou involução?

Num outro espectro de questionamento, há de se realçar a difícil tarefa de identificar até que ponto o Estado de Direito, norteado pela preocupação da proteção aos direitos fundamentais, pode interferir na vontade de seus elementos formadores, quando se aborda a liberdade de expressão, importante componente formadora da dignidade da pessoa humana, no sentido de estabelecer uma convivência harmônica entre a legalidade (Estado de Direito) e a vontade popular (Estado Democrático).

Neste aspecto, há de se atentar para aquilo a que poderíamos chamar um eclipse da noção de sujeito. Daniel J. Solove alerta² para o surgimento de um novo comportamento social decorrente da tecnologia da Internet, suficiente para caracterizar a identidade de uma nova geração, a

² SOLOVE, D. J. Do Social Networks bring the end of Privacy? Artigo publicado em 18 de agosto de 2008, na Scientific American Magazine, acessado pelo endereço eletrônico: <http://www.sciam.com/article.cfm?id=do-social-networks-bring&print=true>

"*Generation Google*"³, cujo destaque fica para a não existência de barreiras protetoras da privacidade dessas pessoas, o que carrega o florescer de uma nova forma de relacionamento. E o Direito tem olhado para esta mudança societal de forma a amparar e garantir os direitos dos indivíduos constituintes da sociedade?

É bem verdade que este tipo de abertura possui dois aspectos excludentes, como relata Solove: "*That openness is both good and bad. People can now spread their ideas everywhere without reliance on publishers, broadcasters or other traditional gatekeepers. But that transformation also creates profound threats to privacy and reputations.*"⁴ Aproveitando-se o interessante aspecto social realçado acima, convém trazer a concepção de Gallardo acerca das relações humanas: "*El ser humano sólo és alguien (o se expresa como alguien) como condensación de tramas de relaciones*"⁵.

Assim, percebe-se, claramente, que as Ciências Jurídicas não podem permanecer distantes desta discussão, haja vista a manutenção do equilíbrio das relações sociais, da segurança jurídica e, mais especificamente, das garantias e dos princípios fundamentais, principalmente quando se trata de um Estado Democrático e de Direito, competirem ao Direito.

A relação existente entre a evolução e a informação não são pseudo-acontecimentos da sociedade, são fatos que ocorrem na seqüência definida e gerenciada pelos imperadores, em obediência às exigências de funcionamento e dos interesses específicos. São os meta-acontecimentos de Pierre Jeudy, que fazem do homem moderno um adicto às informações e, mais ainda, dependente do quando, do como e de quem os repassa essas informações.

"Basta recordar a Guerra do Golfo, o desembarque dos *marines* americanos na Somália, a escolha da hora dos *briefings* ou da hora em que são difundidos os comunicados de imprensa das reuniões ministeriais, os atentados

³"Google Generation" refere-se ao grupo de pessoas que utilizam os serviços disponibilizados pelo portal para criar e manter as relações sociais.

⁴SOLOVE, D. J., op. cit.

⁵GALLARDO, H. Política y transformación social. Discusión sobre Derechos Humanos, 2000, apud HERRERA FLORES, Joaquín. Los derechos humanos en el contexto de la globalización: tres precisiones conceptuales. In: SANCHEZ RUBIO, David. HERRERA FLORES, Joaquín. CARVALHO, Salo de (Orgs.). Direitos Humanos e Globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 65

terroristas, a tomada de reféns ou as manifestações públicas”⁶, contra ou a favor desse ou daquele “inimigo público” (ou seria inimigo dos Impérios).

Ao passearmos num passado recente, Jogos Olímpicos de Beijing de 2008, podemos começar a perceber sua força no mundo atual, quando, em virtude dos resultados obtidos por um atleta, alteraram o horário das provas para que os nacionais pudessem assistir às suas vitórias, sob a égide de um “tele-ufanismo”, fazendo com que as vitórias do desportista fossem consideradas como um elemento constituinte da Nação e dos concidadãos.

Contudo, inquieta-nos: tão somente esse “tele-ufanismo” poderia ser considerado como o verdadeiro motivo para a alteração do horário de realização das provas ou houve algum interesse outro não revelado, capaz de reforçar o interesse dos patrocinadores, dos “*media*”, enfim, dos beneficiários do complexo sistema axiológico dominante?

Em ato contínuo, como tratar as conseqüências causadas por este “tele-ufanismo” que fez uma Nação sentir-se vitoriosa com suas conquistas desportivas, quando o mesmo atleta, em cadeia nacional, revelou ser usuário de substâncias socialmente recriminadas pela sociedade que o aplaudiu? A mídia que projetou valores benéficos, foi também a responsável por disseminar valores maléficos a seus espectadores. Há como controlar estes efeitos?

Entretanto, apesar de toda a evolução tecnológica informacional, acreditamos que a base ontológica da pessoa humana, consagrada no Direito a partir da noção de direitos fundamentais, é que lastreará o universo das respostas para as perguntas aqui formuladas. Destarte, a base ontológica da pessoa humana é o mínimo que se pode garantir ao ser humano, a fim de que não haja violação nem lesão das condições éticas e morais, necessárias a sobrevivência da personalidade livre do homem, cuja aplicabilidade compete ao Direito e, se bem fundamentada, repercutirá no alcance da Justiça.

Os conceitos de ética e de moral, assim como a referência à dignidade humana que lhes está subjacente, é a base a partir da qual o Direito pode cumprir a sua função de garantir às pessoas os seus direitos fundamentais. Afinal, não se pode deixar que o Direito transforme-se no caminho mais longo, árduo e penoso entre o indivíduo e a Justiça.

⁶RODRIGUES, A. D. Adaptado do prefácio da obra *A Sociedade Transbordante* de JEUDY, H. Edições Século XXI, Ltda. Lisboa:1995, pp. 11-2

Outro viés a ser observado, é a suposta participação de grupos transnacionais, responsáveis por controlar o fluxo informacional global, manipulando os diversos interesses sociais de acordo com os próprios interesses ou, talvez, de acordo com os interesses dos seus Estados-mãe ou, ainda, dos blocos econômicos a que pertençam, chegando ao extremo de categorizar problemas conforme o nível de desenvolvimento de cada Estado alienígena (extra-bloco), desconsiderando as singularidades de cada um, tais quais: costumes, conceitos éticos e morais, crenças étnicas, formações religiosas, em suma, os valores alheios, o que vilipendia a individualidade, o ser, enfim, a dignidade da pessoa humana.

Recentemente, o mundo atonitadamente assistiu a mais um episódio de demonstração da força do “*media’s empire*” associado a seu Estado-Mãe, com a divulgação do controle individual e coletivo das informações veiculadas pela internet, onde, auto-intitulando-se como a “Grande Polícia do Universo”, o Eixo “*Media*-Estado” decidiu por intervir, controlar e tentar decidir o que os humanos podem fazer ou deixar de fazer, como se tivesse poderes outorgados por cada um dos habitantes do Globo.

Com este tipo de atitude, acreditamos que o Eixo criou um Direito Ultra-nacional e Trans-dignidade da pessoa humana, onde o *actum trium personarum* foi violentamente despedaçado, porque além de ser o próprio Eixo que investiga, denuncia, julga e sentencia seus “inimigos”, os parâmetros legais de garantia da individualidade, da intimidade e da privacidade dos moradores dos escancarados mundos secretos da pós-modernidade, também foram violados.

Parece existir, atualmente, uma necessidade midiática caracterizada pela “mundialização” dos problemas, de forma a tentar transformar problemas regionais em problemas globais, desrespeitando a diferença da externalização dos valores arraigados no cerne das crenças de cada grupo social. Haveria de estar, embutido nessa “avalanche informacional”, um “valor global” excludente, prevalecendo apenas os valores dominantes? E, ainda, tornando os demais sistemas axiológicos, relacionalmente dominados, excluídos e desmerecedores de qualquer atenção ou ação?

Não esgotando a infindável gama de problemas que cercam o mundo pós-moderno, diuturnamente deparamo-nos com notícias que carregam

multidões para a defesa de uma ou outra opinião, conforme o que foi disseminado pelo Império Midiático, como se verdades absolutas fossem, portanto, inquestionáveis.

Os “*media*” podem, agora, em lugar de se precipitar sobre o acontecimento, em lugar de criá-lo, de empolá-lo, imprimir-lhe a sua incrível dinâmica, a sua capacidade singular de distribuir alucinantes massas de informação. Mais do que nunca, a história oferece a aparência de estar em vias de se escrever e a variação das posições éticas dá a impressão de uma riqueza de interpretação. A conquista da democracia, dos seus valores, o triunfo dos direitos e das liberdades são postos em cena «ao vivo», «em directo».⁷

A disponibilidade da utilização do tempo está reservada ao controle desses imperadores. Os acontecimentos são revelados à medida que interessa ao jogo do poder, condicionando-se à valoração pecuniária, longe da Justiça (na sua mais nobre concepção) e do controle do Estado que, subserviente, alimentador e alimentado por este sistema, faz com que a ética, a moral e a dignidade humana, repousem às margens da democracia.

Mas a qual democracia se refere Jeudy? À midiática democracia proto-participativa, ou será que o homem moderno, completamente inebriado pelo proposital despejo informativo que, quiçá, objeta mais à desinformação que à informação, também faz parte desse tal de “*LIVE democratic system*”, ou seria do “*LIFELESS democratic system*”?

Se “os *media* conseguiram operar uma gestão dos efeitos de fascinação”, onde “os acontecimentos surgem na máquina de distribuir informação e ninguém dispõe verdadeiramente de tempo necessário para representar aquilo que acontece”⁸, de forma incontestável, cabe-nos perguntar: há democracia?

Consoante as explicações de Jeudy acerca da sociedade do espetáculo, não temos como nos distanciar de Karl Popper e John Condry, quando da alusão às influências da televisão por sobre a democracia, de sorte que, na democracia, por sua característica essencial, o poder político está submetido a um controle, não devendo existir nenhum poder político

⁷ JEUDY, H. A Sociedade Transbordante. Edições Século XXI, Ltda. Lisboa:1995, p. 114

⁸ Idem

incontrolável e, notoriamente, a “televisão tornou-se hoje em dia um poder colossal; podemos mesmo dizer que é potencialmente o mais importante de todos, como se tivesse substituído a voz de Deus. E será assim enquanto continuarmos a suportar os seus abusos...”⁹

Complementando, mesmo que de forma diametralmente oposta, e não perdendo o liame com o espetáculo da mendicância axiológica midiática moderna, obrigamo-nos a, rapidamente, voltar a Jeudy para ressaltar que “os *media* transformaram a apreensão do medo e do horror, e a massa fantástica das imagens estilhaçou as construções simbólicas, acarretando com isso um violento recalcar do mito. O ecrã de televisão transformou-se ele próprio no olho do morto.”¹⁰

Atentemos: a tela da televisão transformou-se no “olho do morto”!

Não há nada que possa ser transmitido por intermédio disso, não existe cognição alguma, a bainha de mielina se desfez e tudo o que se depreende agora, não passa de um olhar vidrado, atônito e sem vida, incapaz de perceber o que acontece no mundo. A consciência está entorpecida! Nada mais passa pelo crivo axiológico do coração, tudo que existe de valorativo ou valorado tem de ser, obrigatoriamente, disseminado pela rede, veiculado massivamente, de forma avassaladora e contudente, fazendo com que as pessoas tenham as mesmas concepções acerca da vida. Isto significa dizer que as soluções, os problemas, os valores, enfim, tudo está parametrizado dentro da mesma escala, o sentir está “mundializado”.

E sentir, neste contexto, significa sensibilizar-se pelo que é permitido e disponibilizado pelos *media*, cujo controle se opera por intermédio da quantidade e da qualidade informacional acerca desse ou daquele problema, sem que se fuja da escala hierárquica de pseudo-valores, agressivamente invasora e servil ao interesse manipulatório do destino utilitarista das pessoas, pouco se mesurando se as ações ou omissões, vão de encontro à dignidade humana.

Entretanto, se o que se faz ou o que se deixa de fazer, fere a escala midiática dos pseudo-valores, rapidamente, é alardeado como o não-sentir, sendo imposto à Sociedade, o descarte e o esquecimento, acrescido do

⁹ CONDRY, J; POPPER, K. Televisão: um perigo para a democracia. Portugal: Gradiva, 2007

¹⁰ JEUDY, H. op. cit., p. 113

não acolhimento pelo Direito, pois é disseminado pelos “*media*” como uma sensação axiologicamente irrelevante, já que desfavorece aos interesses do ter.

Com o advento da entronização do critério da utilidade, que transforma o ser humano em coisa e, assim, a sua dignidade, passa a ser banalizada, vendável, disponível, ou seja, o ser ontológico, por ora “coisificado”, passa a ser um nada corroído pela vil valoração materialista, importante na sociedade atual é aquele que tem e não aquele que é. Ora vejamos, a partir de determinada idade, a pessoa passa a ser considerada inválida, isto é, imprestável para a vida, tal qual um produto com prazo de validade expirado, compelido ao alijamento do convívio sócio-comunitário.

É, então, esta profunda ambivalência das sociedades atuais que se apresenta, onde por um lado, está uma sociedade em que a tecnologia parece propiciar a descoberta de novas formas de educação, formação, cultura, liberdade e participação cívica. Por outro, uma sociedade percolada por novos riscos, novas manipulações e novas exclusões. E quem doa sentidos e significados a esta “Babel” axiológica?

Pensemos, por exemplo, nas barreiras geracionais que hoje acontecem nas sociedades desenvolvidas, assim como na marginalização de anciãos cada vez mais jovens. Surge aqui a seguinte questão: esta hipotética pessoa a que nos referimos parou de pensar? Perdeu toda a bagagem de vida que acumulou até a chamada “idade da invalidez”? Esqueceu-se de tudo o que aprendeu nesses anos vividos? Se a resposta for negativa, eis a comprovação de uma profunda crise das nossas sociedades pós-modernas, traduzida naquilo que se poderia caracterizar como uma valoração do ter por sobre o ser.

A título de ilustração, o homem “pós-moderno”, que se vê imerso nesse sistema, chega a sofrer do mal informacional, já que, se não for capaz de ter acesso às toneladas de “*bites*” que são despejados na rede, minuto a minuto, será considerado desatualizado, por força da exclusiva dominância de um critério de utilidade, que se distingue pela valorização da imensa quantidade de informação, sem que se pense se esta tem ou não tem importância, uma verdadeira utilidade ou um verdadeiro valor.

Afora toda a estrutura jurídica que envolve essa problemática, ainda persiste a discussão acerca dos valores veiculados pelas informações; o que pretendem informar ou desinformar; a que custo social, ético e moral

pretendem fazê-lo; quem as sustenta e para que fim as sustenta. Enfim, qual é o seu verdadeiro papel na Sociedade atual?

Desta forma, vemos como os movimentos sociais, as ações, o viver, enfim, o pensar da Sociedade caminha viciado pela “sede” de informações, como bem diz Gianni Vattimo. A sociedade do “*mass media*”¹¹, que faz questão de mostrar-se bem distante da Sociedade Moderna, porém, não mais consciente de si mesma, apenas mais agitada, pois tudo tem de ser sabido omnidirecionalmente em tempo real, pouco importando o que essa avalanche de informações, certas ou erradas, acarretará na homeostase social.

D’uma rápida observação, será que os mantenedores desses grandes sistemas informacionais pretendem criar “medos globais” ou “sofismáticas lendas urbanas”? “Inimigos e amigos” comuns? Interesses econômicos, políticos e sociais permanentes, os quais serão eternamente sustentados pela venda de produtos, informações e valores, oriundos de interesses escusos, sem que sejam incomodados pelas verdadeiras “verdades”?

Gilles Lipovetsky é categórico ao ratificar isto, quando afirma que “a era do consumismo dessocializa os indivíduos e correlativamente os socializa pela lógica das necessidades e da informação, entretanto, de uma socialização sem conteúdo pesado, de uma socialização com mobilidade. (...) São inúmeros os sinais: descontração nos relacionamentos interindividuais, no culto ao natural, nos casais livres, na erupção de divórcios, na rapidez da mudança de gostos, valores e aspirações, na ética tolerante e permissiva; mas são também sinais de explosões das síndromes psicopatológicas, do estresse, da depressão. Sendo assim, nada mais falso do que reconhecer um “homem unidimensional”, mesmo que sob a etiqueta de uma privação flutuante.”¹²

Por seu lado, Chanlat (1983, apud Serva, 1992) sustenta que as instituições são vistas pelo paradigma funcionalista, da integração, do consenso, da coordenação funcional, ou seja, da ordem; ou pelo paradigma crítico, do conflito, da mudança, isto é, da desordem e, por este motivo é que sugere o Paradigma da Complexidade, onde: ordem, desordem, auto-organização e acaso organizador, não são dicotômicos, mas interrelacionam-se e mantém a organização.

¹¹ VATTIMO, G. A sociedade transparente. Editora Relógio d’Água, Lisboa, Portugal, 1992

¹² LIPOVETSKY, G. A Era do Vazio. São Paulo: Editora Manole, 2006, p. 88

Hodiernamente não é mais possível a teoria ignorar, de uma forma geral, o “novo paradigma em gestação”, onde Chanlat e Bernard (1987, apud Serva, 1992) afirmam que “as noções de complexidade, incerteza e ambigüidade se impõem, cada vez mais, como parâmetros associados a todo fenômeno organizacional”.

Para eles é necessário não só imaginar a complexidade, mas, também, desenvolver meios de pensar as novas realidades da complexidade, da ambigüidade, do paradoxo e da incerteza, inerentes às organizações, sugerindo o “Paradigma da Complexidade como uma via de reedificação da teoria organizacional” (Serva, 1992).

Entretanto, o conteúdo da rede não está acessível e nem disponível a todos, sendo notório que a ratificação ou a retificação da proposta de Chanlat e Bernard passa a ser, apenas, para aqueles que têm acesso à totalidade das informações; ou seja, aceitar ou recusar o novo meio de pensar é, novamente, uma forma de exclusão, dependendo da quantidade de informação a que se tem acesso.

Uma das possibilidades para minimizar o desconhecimento acerca do que se veicula, informa, constrói e destrói como o uso da rede, Lessig, criador do “*Creative Commons*”, sustenta que a saída para o problema da democratização da rede “é criar um ambiente favorável a esse tipo de cultura na Internet”¹³, estendendo-se o uso da rede como um todo e para todos, sem libertinar tudo para todos.

A revolução midiática, tecnológica, comunicacional e informacional abriu, então, novas possibilidades para o Direito, a Democracia e a experiência humana de uma vida em comum. Mas é por esta mesma razão que ela torna problemática a própria noção de humano, exigindo interrogá-lo de novo, nos seus fundamentos e na sua dignidade, pensando-o, portanto, sob o ponto de vista ontológico, onde, o Direito, fundamental e principal instrumento de viabilização da Justiça, não pode permanecer inerte, sob o risco de tornar-se completamente assincronizado com os vividos tempos do hoje, à beira do ostracismo e da obsolescência.

¹³ CANÔNICO, M. A., et al. “Criminalizar internautas é um erro”, diz “pai” do Creative Commons, entrevista com Lawrence Lessig, publicada na Folha de São Paulo, em 03/10/2008, encontrada no endereço: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u451750.shtml>

A RETRATAÇÃO DO VETO

*Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz - Desembargador Federal
do TRF da 4ª Região*

"The President can not recall a veto though it is signed under a misapprehension..."

(David Watson, in The Constitution of the United States, Chicago, 1910, v. I, p. 375).

A Constituição Federal de 1988, seguindo a tradição constitucional desde a Carta Imperial de 1824, mantém o instituto do veto, isto é, autoriza a Lei Maior que o Chefe do Poder Executivo recuse sanção a projeto de lei já aprovado pelo Legislativo, dessa forma impedindo a sua transformação em lei (art. 66, § 1º, da CF/88).

A propósito, diz Harold Laski, ao examinar a experiência constitucional norte-americana, verbis:

"The President has also the veto power, in its various forms, as a method of influence. No one now accepts the view of Washington that a Bill should be vetoed only upon the ground of its probable unconstitutionality. "If anything has been established by actual practice," wrote President Taft, "it is that the President, in signing a Bill, or returning it unsigned, must consider the expediency and wisdom of the Bill, as one engaged in legislation and responsible for it. The Constitution used the word 'approve,' and it would be a narrow interpretation to contract this into a mere decision as to legal validity." This is the generally accepted view ... On the whole, it cannot be said that the power is a great one, or that it has been widely used; and Congress can always overrule the President by a two-thirds majority of the members who constitute a quorum in either House. Eight Presidents (seven of them in office before the Civil War) did not exercise their veto power at all. Of the earlier Presidents, Washington exercised it twice, Madison on six occasions,

and Monroe once. Jackson vetoed twelve measures, and Tyler nine. In the post-Civil War period, Grant vetoed forty-three Bills, Roosevelt forty, and Woodrow Wilson twenty-six. Cleveland vetoed no less than 358 measures; but the vast majority of them were private pensions Bills of an indefensible character. The passage of a Bill over the President's veto is infrequent.”¹

O ponto nodal da questão está em se saber se a Constituição admite a possibilidade de retratação de um veto pelo titular do Poder Executivo.

A doutrina, em expressiva maioria, responde pela negativa, concluindo que o uso do veto não permite arrependimento e, uma vez lançado, é irretirável.

Pontes de Miranda, com insuperável clareza, expõe esse princípio de Direito Constitucional com estas palavras, verbis:

“Vetado o projeto de lei, não pode o Poder Legislativo resolver corrigi-lo e submetê-lo a novas discussões. A fortiori, pedir que o Presidente da República lho devolva, para que, antes da sanção, se emende. Os trâmites da elaboração das leis são irreversíveis. Também o Presidente da República que exerceu o direito de vetar, não pode penitenciar-se, e revogar, ou modificar o veto. Se vetou totalmente o projeto de lei, não lhe é permitido passar ao veto parcial. Se só parcialmente o vetou, não se lhe concede vetá-lo duas vezes, em parte, ou mais de uma vez no todo.”²

Em tal sentido, anotou o consagrado Professor Mario Casasanta, em sua clássica tese de concurso “O Poder de Veto”, verbis:

“Pergunta-se se, tendo devolvido o projeto, com os motivos do veto, pode o presidente, ainda dentro dos dez dias úteis, ou mudar de resolução, não o vetando, ou, tendo-o vetado parcialmente, querer vetá-lo em outra parte.

Paulo de Lacerda responde negativamente às duas hipóteses. O

¹ Laski, Harold J. In *The American Presidency – An Interpretation*. Third Impression, George Allen & Unwin Ltd, London, 1952, pp. 147/8. Nesse sentido, ainda, as obras de Thomas C. Marks e John F. Cooper, in *State Constitutional Law*, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1988, pp. 57/61, e Jerome A. Barron e C. Thomas Dienes, in *Constitutional Law*, 7 th Edition, West, St. Paul, Minn., 2009, pp. 168/176.

² Miranda, Pontes de. In *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1/69*, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1970, t. III, p. 322. Nesse entendimento, ainda, os seguintes autores: Carlos Maximiliano, in *Comentários à Constituição Brasileira*, 4ª edição, Livraria Editora Freitas Bastos, Rio, 1948, v. II, p. 178, nº 364; Aurelino Leal, in *Theoria e Prática da Constituição Federal Brasileira*, Parte Primeira, F. Briguiet e Cia. Editores, Rio de Janeiro, 1925, p. 851; Ernesto Rodrigues, in *O Veto no Brasil*, 1ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1981, p. 52; José Afonso da Silva, in *Processo Constitucional de Formação das Leis*, 2ª edição, 2ª tiragem, Malheiros Editores, pp. 227/8, nº 17; José Celso de Melo Fº, in *Constituição Federal Anotada*, 2ª edição ampliada, Saraiva, 1986, p. 224.

veto é ato único e irrevocabél. O presidente pode usá-lo só uma vez, e, uma vez usado, não pode arrepende-se. Tem de passar pelos trâmites que a constituição lhe determina.

O veto não tem a mesma sorte que a sanção: uma vez posta a assinatura no projeto, torna-se lei, ainda que se não devolva ao legislativo, ao passo que o veto se malogra, com a não devolução, dentro dos dez dias úteis.

Watson, Constitution of the Unites States, I, p. 363, dá-nos conta de uma decisão nesse sentido. Como um governador sancionasse um projeto e sobreviesse o encerramento das sessões legislativas, o presidente do senado, que veio a substituí-lo, encontrou o projeto e opôs-lhe veto, não obstante a sanção. Decidiu-se que a sanção do governador fôra definitiva, sendo nula, por isso mesmo, a ação do segundo.

Quanto à irrevocabélidade, parece não haver dúvida.

Ela decorre do texto, que não prevê senão uma remessa do projeto do legislativo para o executivo e uma devolução do executivo para o legislativo.

É o que ocorre nos Estados Unidos.

Woodburn, apud Aurelino Leal, Teoria e Prática, p. 851:

“O presidente Grant, em 15 de agosto de 1876, vetou o projeto relativo à venda de terras de índios, enviando sua mensagem de veto ao senado. Antes, porém, que esta câmara tivesse tomado conhecimento dela, recebeu do presidente outra dizendo que o veto fôra prematuro e pedindo que o projeto lhe fosse devolvido para ser assinado. Travou-se debate para saber se o presidente podia reconsiderar o veto. Foi geralmente sustentado que êle não tem tal poder e que o único efeito da segunda mensagem era induzir a aprovação da mensagem sôbre o veto.”

A irrevocabélidade decorre do texto, porque não a prevê, mas essa unicidade pode ser posta em dúvida, com alguma razão.”³

Na mesma linha, sinalou Paulo de Lacerda, verbis:

“482 – De resto, o poder de vetar é indelegável, e o veto irrevocabél, tal como o de sancionar e a sanção. Trata-se de atribuição pessoal do Presidente da Republica, e que ele pode usar uma unica vez a cada projecto; mas que, em usando-a, esgota essa mesma respectiva atribuição. É o que se verifica nos preceitos constitucionaes acerca do instituto.”⁴

³ Casasanta, Mario. In O Poder de Veto, Os Amigos do Livro, Belo Horizonte, pp. 250/2.

⁴ Lacerda, Paulo de. in Princípios de Direito Constitucional Brasileiro, v. 2, p. 292, nº 482.

Ao dissertar acerca da matéria, à vista do sistema constitucional americano, escreveu James Woodburn, verbis:

“President Grant on August 15, 1876, vetoed a bill for the sale of certain Indian lands. He sent his veto message to the Senate, but before that body had acted upon it a message was received from the President, saying that his veto was premature, and he requested that the bill be returned to him that he might sign it. A discussion arose as to whether the President could recall a veto message. It was generally held that the President had no such power, and the only effect of the second message was to induce the passage of the bill over the veto.”⁵

No mesmo itinerário de pensamento, conclui Watson, verbis:

“The President can not recall a veto though it is signed under a misapprehension and it was held by the Virginia Court of Appeals in Wolfe v. McCaull, that the legislature could not recall a bill which had been sent to the governor for his approval.”⁶

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Representação nº 432-DF, em 22 de janeiro de 1960, sendo relator o Ministro Ary Franco, teve a oportunidade de se pronunciar a respeito de retratação do veto.

O acórdão possui a seguinte ementa, verbis:

“O poder de veto, se usado pelo executor não pode ser retratado.”⁷

Em seu voto, disse o relator, o eminente e saudoso Ministro Ary Franco, verbis:

“Sr. Presidente, como viu o Tribunal, do relatório e das exposições feitas pelo Dr. Procurador Geral da República e pelo ilustre advogado que ocupou a tribuna, depois de vetado um projeto de lei, o governador do Estado de Pernambuco se dirigiu a Assembléia Legislativa, pedindo-lhe que devolvesse o mesmo, dizendo que vira estar errado e não ser de subsistir o veto. Daí a sanção da lei votada pelo Legislativo estadual. Como disse o ilustre advogado, o que o governador fez foi vetar e desvetar. O problema é saber se é lícito ao governador, depois da devolução à Assembléia Legislativa do projeto vetado, retratar-se. O ilustre advogado, a meu vêr, não deixou pedra sobre pedra. Trouxe a atenção do Tribunal opiniões de todos os tratadistas na matéria, inclusive comentadores nacionais, a começar por Paulo Lacerda, na vigência da Constituição de 1891, e o seu excelente comentário sobre

⁵ Woodburn, James A. in *The American Republic and its Government*, second, revised, edition, G. P. Putnam's Sons, New York and London, 1916, p. 156.

⁶ Watson, David K. in *The Constitution of the United States – Its History Application and Construction*, Callaghan & Company, Chicago, 1910, v. I, p. 375.

⁷ In RTJ 13/89.

a Constituição, particularmente, os ensinamentos a respeito de Mario Casasanta, na sua tese de concurso "O Poder de veto", que tenho em mãos, em que se diz, incisivamente " - o presidente pode usá-lo só uma única vez e, uma vez usado, não pode arrepender-se. Tem de passar pelos trâmites que a Constituição lhe determina". Páginas adiante, êle timbra em mostrar que o que perfaz o veto é a devolução. Ora, desde que o Governador havia vetado a lei, a solução estaria naquilo que por vêzes, é usado pelo Presidente da República e foi pôsto em relêvo pelo ilustre advogado, com muita oportunidade: é aconselhar o Congresso a rejeitar o veto (no caso, seria a Assembléia Legislativa). Longe do entendimento que dá o Dr. Procurador Geral da República ao assunto, em penso que o Governador bem se houve nesta representação, porque atenta contra a independência e harmonia dos poderes e torna inconstitucional a lei." ⁸

E o Ministro Nelson Hungria, ao proferir o seu voto, assinalou, verbis:

"Sr. Presidente, também entendo que, se admite a possibilidade da retratação de um veto, a lógica nos levaria à conclusão de que o Governador poderia, igualmente, revogar a sanção, desde que ainda não expirado o prazo que tinha, para esta.

É verdade que houve um acôrdo, uma entente entre a Assembléia Legislativa e o Governador, mas, quando estão em jôgo interesse público e um preceito constitucional, em face do qual não é possível que dois Podêres se entendam, para que um interfira na órbita do outro, não pode haver essa transação ou acomodação recíproca. A Assembléia Legislativa, ao receber o veto do Governador, não podia, a seguir, renunciar o direito de apreciá-lo, para aceitá-lo ou rejeitá-lo. Assim, estou de acôrdo com o voto do Sr. Ministro Relator." ⁹

Nessa conformidade, à vista dos princípios sucintamente expostos, da communis opinio doctorum, da doutrina estabelecida, generalizada e definitivamente consagrada (Bewaehrte Lehre), aceita por mestres de consolidado prestígio, é lícito concluir que o poder de veto, previsto no artigo 66, § 1º, da Carta Política, somente pode ser utilizado pelo Chefe do Poder Executivo uma única vez e, uma vez usado, é irreatável.

Para finalizar, seja-me permitido colacionar o depoimento do Presidente Theodore Roosevelt acerca da importância e da gravidade da utilização do "veto power", verbis:

"It is customary to speak of the framers of our Constitution as having separated the judicial, the legislative and the executive

⁸ In RTJ 13/91.

⁹ In RTJ 13/91.

functions of the government. The separation, however, is not in all respects sharply defined. The President has certainly most important legislative functions, and the upper branch of the national legislature shares with the President one of the most important of his executive functions; that is, the President can either sign or veto the bills passed by Congress, while, on the other hand, the Senate confirms or rejects his nominations. Of course the President can not initiate legislation, although he can recommend it. But unless two-thirds of Congress in both branches are hostile to him, he can stop any measure from becoming a law. This power is varyingly used by different Presidents, but it always exists, and must always be reckoned with by Congress.”¹⁰

Nessa mesma linha, ainda, o pensamento do Presidente Calvin Coolidge, verbis:

“When I took office I gave an oath to support the Constitution of the Unites States. (...) My oath was not to take a chance on the Constitution; it was to support it. When the proponents of this measure do not intend to jeopardize their safety by acting under it, why should I jeopardize my oath by approving it?

We have had too much legislating by clamor, by tumult, by pressure. Representative government ceases when outside influence of any kind is substituted for the judgment of the representative. This does not mean that the opinion of constituents is to be ignored. It is to be weighed most carefully... Opinions and instructions do not outmatch the Constitution. Against it they are void.”¹¹

Com efeito, a instituição do veto pelas constituições visou a atender a uma necessidade universalmente sentida, qual seja, a de fornecer meios ao Executivo de expungir dos textos legislativos “pingentes” ou “caudas”, ou riders, como os autores americanos os denominam, acrescentados pelos parlamentares no decorrer do processo legislativo.

A gravidade dessa medida, quando utilizada pelo titular do Executivo, pois o coloca na posição de defensor da Carta Magna, exercendo um verdadeiro controle preventivo para resguardá-la de qualquer violação ao seu texto, resultante da entrada em vigor de uma lei inconstitucional, implica, uma vez aposto o veto, a impossibilidade de sua posterior retratação.

Verba clara non admittunt interpretationem, neque voluntas conjecturam.

¹⁰ In Presidential Addresses and State Papers of Theodore Roosevelt – Part one, P. F. Collier & Son Publishers, New York, pp. 2/3.

¹¹ Coolidge, Calvin. In The Price of Freedom - Speeches and Addresses, Charles Scribner’s Sons, New York – London, 1924, pp. 406/7.

A INEXPLICÁVEL POLÍTICA PÚBLICA POR TRÁS DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 40 DA LEI DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Denis Borges Barbosa

O CHAMADO BACKLOG DOS ESCRITÓRIOS DE PATENTES

O dispositivo em questão se insere num universo fático, que é do retardo dos exames técnicos realizados pelos escritórios de patentes. A questão é descrita minuciosamente na literatura ¹:

O que é backlog?

Backlog é tempo médio para decisão de um pedido de patente pelo INPP. Não há contudo um critério exato para se definir o que se seria um prazo normal de exame e o que seria computado como backlogou atraso. Deve-se ter em conta que o período de sigilo de um pedido de patente é de 18 meses contados da data de depósito/prioridade (artigo 30 da LPI) e que o pedido somente é examinado uma vez tendo

¹ A citação a seguir é de ABRANTES, Antonio Carlos Souza de, Introdução ao Sistema de Patentes, Lumen Juris, 2012, p. 117 e seguintes. A literatura sobre o backlog como problema mundial é vasta, destacando-se, pela análise estritamente jurídica dos problemas, HOSS, Eugenio; Delays in Patent Examination and their Implications under the TRIPS Agreement, MIPLC, Master Thesis (2010/11) <http://www.miplc.de/research/> Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2166853>. Quanto ao backlog da Índia, vide KAPCZYNSKI, Amy, Harmonization and Its Discontents: A Case Study of TRIPS Implementation in India's Pharmaceutical Sector, 97 Cal. L.Rev. 1571 (2009). Encontrado em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol97/iss6/2>, visitado em 10/7/2013. O estudo econômico mais relevante será aquele recém encomendado pelo Escritório de Patentes do Reino Unido e publicado em janeiro de 2010: Patent Backlogs and Mutual Recognition, An economic study by London Economics, encontrado em www.ipo.gov.uk/p-backlog-report.pdf, visitado em 11/7/2013.

² [Nota deste estudo] Parece-nos mais adequada a definição proposta pelo estudo de 2010 preparado para o Escritório Britânico de Patentes, p. 46: “Para, na verdade, definir um backlog, podemos considerar o nível de pedidos que, devido à falta de ação do examinador (ao invés de, por exemplo, da demora do depositante) ficaram pendentes por mais tempo do que a duração pretendida”.

solicitado pedido de exame, o que poderá ser feito dentro do prazo de 36 meses contados da data de depósito do pedido.

Assim, um pedido não poderia ser examinado antes de decorrido esse prazo de sigilo, porque este seria o período para que os pedidos em sigilo (e úteis para o exame de novidade) se tornassem públicos e disponíveis para exame (para os pedidos PCT seria preciso aguardar 30 meses para verificar se de fato tal documento entrou na fase nacional). Considerando um prazo de 12 meses para se encerrar todas as etapas administrativas até a decisão, isto equivaleria a um período de tempo de cerca de 48 (36+12) meses após o depósito para o INPI emitir uma decisão final de deferimento ou indeferimento.

Este atraso no exame ocorre por conta de uma exceção, é o tempo necessário para que os documentos em sigilo tornem-se publicados e úteis para o exame, muito embora tais documentos em sigilo à época do pedido em exame serão úteis apenas para fins de exame da novidade, e o critério de novidade é muito raramente empregado no exame.

Um estudo da London Economics, denominado Economic Study on Patent Backlogs and a System of Mutual Recognition sob pedido do escritório britânico de patentes, divulgado em março de 2010, estima em US\$11.4 bilhões os gastos decorrentes da economia global em função do atraso no processamento de patentes. Segundo David Kappos: “Cada pedido de patente de qualidade que aguarda numa prateleira para ser examinado representa empregos que não estão sendo criados. Por esta razão, o USPTO tem feito da redução do backlog sua mais alta prioridade”.³

Johnson e Popp argumentam que o aspecto determinante para um maior backlog é a complexidade da área tecnológica, como se observa para pedidos de patentes nas áreas de biotecnologia, fármacos e semicondutores⁴.

Régibeau e Rockett (2003) estudaram a relação entre o tempo de avaliação de uma patente e sua importância econômica, concluindo que o benefício social da patente diminui com o aumento do tempo de avaliação, de forma que o tempo “ótimo” de avaliação da patente decresce com o aumento da importância da invenção.⁵

³ [Nota do original] UK and US announce action plan to reduce global patent backlogs <http://www.ipo.gov.uk/about/press/press-release/press-release-2010/press-release-20100310.htm>

⁴ [Nota do original] apud SAMPAIO, Gilberto, BORSCHIVER, Suzana. Critérios para avaliação dos sistemas patentários, Revista da ABPI, Ro de Janeiro. jan.fev. 2009. p.30-41

⁵ [Nota do original] RÉGIBEAU, P.; ROCKETT, K. Are more important patents approved more slowly and should they be? Economics Discussion Papers 556, University of Essex, Department of Economics, 2003.

Estudo⁶ de Dietmar Harhoff, Stefan Wagner mostra que pedidos de patentes mais citados são aprovados mais rapidamente na EPO do que pedidos menos importantes. O estudo apresenta dados que mostram que no início dos anos 1980 haviam na EPO cerca de 20 pedidos por examinador, ao passo após 1985 este número aumentou para cerca de 100 pedidos por examinador, o que responde por um acréscimo significativo de backlog no mesmo período. A complexidade dos pedidos, medida pelo número de reivindicações elevou-se de 9.84 em 1978 para 15.36 em 1998.

A Diretora da EPO Alice Brimelow em discurso proferido na Austrália em 2010 apontou o backlog como problema central dos escritórios de patentes indicando como uma solução a elevação das taxas: "Eu acredito que nossas taxas devam ser estruturadas de modo que somente pedidos de patente meritórios e seriamente redigidos sejam depositados pelos requerentes que então pagarão pelo custo necessário para o trabalho do escritório de patente. Nem mais, nem menos".⁷

O backlog no INPI é compatível com o de outros escritórios internacionais?

Não. Estatísticas do Trilateral Statistical Report de 2007 mostram que o tempo de pendência do exame da EPO é de 45.3 meses, no JPO de 32.4 meses e USPTO de 32 meses⁸. No caso dos dados do EUA este dado refere-se ao intervalo entre o depósito do pedido e a decisão final. No caso japonês e europeu este número leva em conta o pedido de exame até a decisão, sendo o pedido de exame solicitado em 18 e 36 meses na EPO e JPO respectivamente. Estes números tem regredido no caso da EPO e se estabilizado no caso do USPTO e JPO nos últimos anos, em 2000 por exemplo, os mesmos tempos de pendência eram de 50.1, 26.9 e 24.7 respectivamente.

Os Estados Unidos anunciou em junho de 2006 um procedimento acelerado que permite ao requerente obter sua patente em 12 meses, para isto o requerente deve apresentar uma descrição

Revised. apud LUNA, Francisco; BAESSA, Adriano. Impacto das marcas e das patentes no desempenho econômico das firmas. In: NEGRI, João Alberto; KUBOTA, Luis Cláudio. Políticas de Incentivo à Inovação Tecnológica. Rio de Janeiro:IPEA, 2008. <http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/livros/inovacaotecnologica/capitulo12.pdf>

⁶ [Nota do original] HARHOFF, Dietmar; WAGNER, Stefan. Modeling the Duration of Patent Examination at the European Patent Office.out. 2006. http://epub.ub.uni-muenchen.de/1256/1/Harhoff_wagner_06.pdf

⁷ [Nota do original] BRIMELOW, Alison. Not seeing the woods for the trees: Is the patent system still fit for purpose? The Journal of World Intellectual Property, 2011, n.14

⁸ [Nota do original] Trilateral Statistical Report 2007 Edition <http://www.trilateral.net/statistics/tsr/2007/TSR.pdf>

do estado da técnica e da invenção mais depurada que facilite o trabalho do examinador⁹. Medidas como a contratação de novos examinadores e treinamento tem sido adotadas no sentido de se reduzir o backlog no USPTO.¹⁰ Em 2007 em média, o USPTO emitia seu primeiro parecer após 25.3 meses da data de depósito e aos 31.9 meses emitia sua decisão final, ou seja, aproximadamente seis meses após o primeiro parecer.

O Japão até 2001 manteve pendências de exame de quase dez anos uma vez que sua Lei à época facultava ao requerente a possibilidade de solicitar o pedido de exame decorridos sete anos do depósito. Desde então o Japão estabelece, tal como o Brasil, um prazo limite de 3 anos para o pedido de exame. Com isso, tendo em vista os pedidos remanescentes da lei antiga, observou-se um aumento no backlog de pedidos japoneses no ano de 2008, por ter neste ano recebido os pedidos de exame de pedidos depositados em 2005 e aqueles provenientes da lei antiga, depositados em 2001. Na Coreia o pedido de exame pode ser solicitado em até cinco anos após o depósito do pedido.¹¹

Na Alemanha, o objetivo do DPMA é o de completar todo o processo de exame de um pedido de patente com a conclusão de deferimento ou indeferimento, dentro de um prazo de dois anos, objetivo a ser alcançado até o final da década de 2000, com previsão de contratação de novos examinadores para se atingir tal objetivo¹².

Estes são valores médios, nos EUA podemos encontrar por exemplo, pedido concedidos em apenas 4 meses, como a patente US5841114 ou em 67 anos como a patente US6097812. Dados da OMPI de 2008 mostram que os Estados Unidos tem aproximadamente 1,25 milhão de pedidos pendentes, ao passo que o Japão possui cerca de 870 mil pedidos, consequência da mudança de sua legislação em 2004 com relação ao período de sigilo¹³.

⁹ [Nota do original] PTO Proposes New "Accelerated Examination" Procedures. jun.2006 http://www.patentlyo.com/patent/2006/06/pto_proposes_ne.html. Federal Register: jun. 26, 2006, v. 71, n. 122, p. 36323-36327 <http://www.uspto.gov/web/offices/com/sol/notices/71fr36323.htm>

¹⁰ [Nota do original] USPTO. Strategic Goal 1: optimize patent quality and timeliness http://www.uspto.gov/web/offices/com/annual/2007/30202_sg1perfrm.html

¹¹ [Nota do original] Training Course for the Asean Patent Examiners - Electronics & Telecommunications, KIPO, IIPTI, Coreia do Sul, jul. 2009, p.73

¹² [Nota do original] Guidelines for the Examination procedure, Deutsches Patent und Markenamt. item 3.5 de 1 de março de 2004 P 2796.1 11.06 acessível em http://www.dpma.de/docs/service/formulare_eng/patent_eng/p2796_1.pdf.

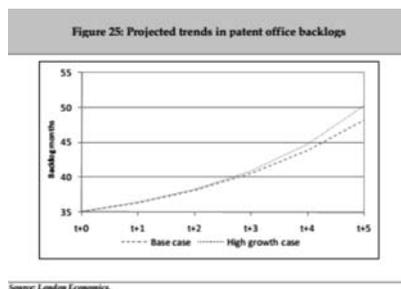
¹³ [Nota do original] WIPO, World Intellectual Property Indicators. 2010, http://www.wipo.int/export/sites/www/ipstats/en/statistics/patents/pdf/941_2010.pdf

O *backlog*: uma questão universal

Não parece ser necessário repisar os efeitos do *backlog* para as economias nacionais; pelo menos, no tocante à brasileira, estudo do Banco Mundial de 2008 apontava o problema como um dos que a superação seria necessária para o futuro desenvolvimento¹⁴.

No entanto, no estudo do Escritório Britânico de 2010¹⁵, existirá talvez o mais claro prospecto da dimensão e da resolução do problema em escala mundial. Diz tal estudo:

Como mostrado na Figura 25, prevê-se que os backlogs deverão aumentar substancialmente durante os próximos cinco anos. Em particular, no caso base, o atraso está previsto que vai aumentar de 35 meses para 48 meses. Curiosamente, o impacto é semelhante no caso de alto crescimento, apesar das perspectivas de crescimento mais elevadas, com atrasos aumentando para 50 meses após cinco anos.¹⁶

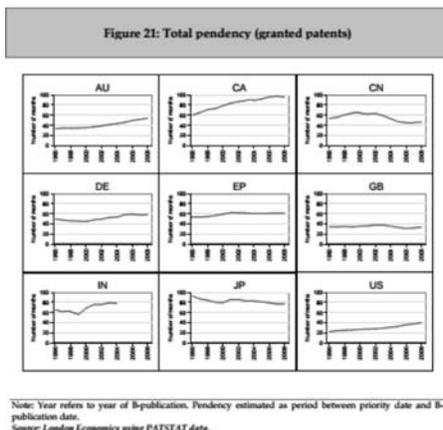


Dado ainda mais impressionante é como a longa pendência (como visto, duração total do processo, seja pelos prazos legais, por retardo do depositante ou *backlog* por culpa do escritório nacional) das patentes é generalizada e séria. Veja-se o quadro do mesmo estudo, que aponta pendência de quase cem meses (um prazo de hipoteca) no escritório japonês e canadense:

¹⁴ Veja-se a importância desse fator, na apreciação do estudo do Banco Mundial, de 2008, sobre o Brasil: “Improve the National Institute for Intellectual Property (INPI) by reducing the backlog of patent and trademark applications and by providing more assistance to Brazilian innovators. Although patenting activity has increased in recent years, INPI needs to eliminate the growing backlog of applications.” Alberto Rodríguez, Carl Dahlman and Jamil Salmi, Knowledge and Innovation for Competitiveness in Brazil, WBI Development Studies no. 43978 (2008).

¹⁵ Como já citado, Patent Backlogs and Mutual Recognition, An economic study by London Economics, encontrado em www.ipo.gov.uk/p-backlog-report.pdf, visitado em 11/7/2013.

¹⁶ “As shown in Figure 25, backlogs are anticipated to increase substantially over the next five years. In particular, in the base case, the backlog is anticipated to increase from 35 backlog months to 48 months. Interestingly, the impact is similar in the high growth case, despite the higher growth assumptions, with backlogs increasing to 50 backlog months after five years.”



O estudo é bastante analítico tanto ao que na verdade é um *backlog* (distinguindo da simples pendência e de outros incidentes), quanto nas causas dos *backlogs*, apontando como prováveis a falta de examinadores e (o que aconselha como mais adequado) a replicação de um mesmo exame técnico por vários escritórios nacionais.

A proposta desse estudo é o mútuo reconhecimento do exame, de forma que uma vez realizado num escritório, os demais o reconhecessem como válido¹⁷.

A questão do *backlog* no estudo de maio de 2013 da Câmara de Deputados

O estudo realizado pelo Centro de Estudos e Debates Estratégicos da

¹⁷ A mesma ideia é sugerida por HOSS, cit: “A number of solutions have been suggested in order to reduce delays, or at least alleviate some of their negative consequences, including the grant of provisional protection, term extensions, minimum patent terms and special accelerated proceedings. Considering that these solutions might still leave a Member State at risk vis-à-vis the TRIPS Agreement, the most effective and less costly alternative appears to lie in the collaboration between the different patent offices. Such solution is not likely to raise legal concerns under the TRIPS Agreement, although further harmonization is probably required in view of the many differences still existing among national laws.” Obviamente, é preciso antes qualificar os vários escritórios de patentes de forma que os respectivos exames tenham nível técnico comparável. Apesar de contraditado por Lemley, Mark A. and Sampat, Bhaven N., Is the Patent Office a Rubber Stamp? (October 21, 2008). Emory Law Journal, Vol. 58, p. 181, 2008; Stanford Public Law Working Paper No. 999098; 2nd Annual Conference on Empirical Legal Studies Paper. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=999098>, nota-se uma alegação generalizada quanto ao baixo nível do escritório americano. CASTRO, Ana Célia, PACÓN, Ana María, DESIDÉRIO, Mônica, Varieties of latin-american patent offices: comparative study of practices and procedures, in BURLAMAQUI, Leonardo, CASTRO, Ana Celia and KATTE, Rainer, Knowledge Governance: Reasserting the Public Interest, Anthem, 2012, por exemplo, documenta que no escritório mexicano, as patentes examinadas pelo EPO se presumem suscetíveis de concessão, enquanto que as providas do escritório americano sofrem reexame integral.

Câmara dos Deputados dedica especial atenção ao problema do *backlog*¹⁸:

A Controladoria-Geral da União (CGU) da Presidência da República realizou auditoria no INPI¹⁹ e constatou que o indicador empregado pelo INPI para aferir o backlog de patentes (atraso na concessão de patentes) está eivado de vício e, portanto, possui “ausência de utilidade e mensurabilidade”.

A CGU constatou que a metodologia, a nomenclatura e os dados utilizados e apresentados pelo INPI sobre o backlog de patentes contém falhas que devem ser corrigidas. De acordo com a CGU, “a inclusão das decisões de arquivamento no denominador fez com que o indicador perdesse (...) a característica de comparatividade ao longo dos anos” e “o INPI não possui indicador que apresente o total de pedidos de patentes (...) pendentes de decisão.”²⁰

O INPI, mesmo depois das incoerências apontadas pela CGU, vem alegando que seu backlog de patentes vem diminuindo, apesar do aumento dos pedidos de patentes pendentes de exame e da diminuição da quantidade de exames.

A quantidade de pedidos de patentes perante o INPI vem aumentando a cada ano (ver Gráfico 1, no Capítulo 1).

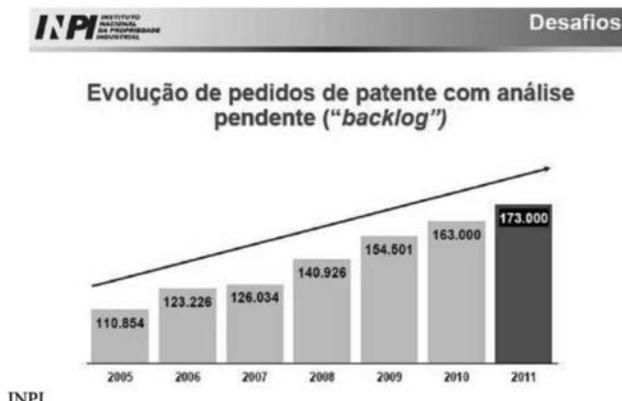
O número de examinadores de patentes do Instituto não vem acompanhando, contudo, o aumento dos pedidos de patentes, o que, dentre outros motivos, vem gerando um atraso considerável no exame das patentes – o que se chama de backlog. Ou seja, o atraso médio para se analisar (conceder ou indeferir) uma patente.

O gráfico a seguir indica que o número de pedidos de patentes pendentes de análise, de 2005 a 2011, cresceu 56%, passando de 110.854 pedidos pendentes de análise, para 173.000 pendências.

¹⁸ A revisão da lei de patentes: inovação em prol da competitividade nacional, coordenação: Deputado Federal Newton Lima Neto (PT-SP), maio de 2013, Câmara dos Deputados – Brasília-DF, Centro de Estudos e Debates Estratégicos – CEDES. Note-se que o estudo deu ensejo ao Projeto de Lei da Câmara 5402/2013, o qual revoga o parágrafo único do art. 40 da Lei 9.279/96.

¹⁹ [Nota do original] Cf. Controladoria-Geral da União (CGU): Relatório anual de contas INPI, 25.07.2012, pp. 24-26, Processo: 52400.016890/2012-12, Relatório nº 201203764.

²⁰ [Nota do original] Cf. CGU, id. ibidem.



De 2005 em diante, o número de examinadores de patentes do INPI dobrou, o que corresponde a um avanço digno de aplauso. Dados de 2008 indicam que o INPI possuía 275 examinadores de patentes naquele ano. No final de 2011, segundo relatório de gestão da Diretoria de Patentes (DIRPA) do INPI, o número de examinadores de patentes tinha caído para 229. Em 2012, por meio de declarações públicas do Instituto, bem como por meio de amostragem do sistema interno, avalia-se que o INPI possuía cerca de 230 examinadores de patentes – diminuição em relação a 2008 devido a transferências para outras diretorias, saídas do Instituto, aposentadorias, dentre outros fatores.

Essa quantidade de examinadores é insuficiente para dar conta, com a devida qualidade, dos exames dos crescentes pedidos de patentes perante a autarquia. Em 2012, o INPI divulgou publicamente dados sobre uma suposta diminuição do backlog no exame de patentes. Segundo o INPI, em 2006, o atraso no exame dos pedidos de patentes era de 11,6 anos. Em 2011, ainda segundo o Instituto, o atraso teria caído para 5,4 anos, frente aos 8,3 anos do ano anterior, 2010, conforme o gráfico a seguir demonstraria:



Comparando os dois gráficos acima, fica claro que há algo errado. O número de pedidos de patentes pendentes de exame vem aumentando ano após ano, tendo chegado a 173 mil em 2011. O número de exames também tem diminuído (conforme indicado abaixo). Paradoxalmente, o tempo médio de exame de pedidos (sem que tenha havido aumento no número de examinadores, mas, ao contrário, houve diminuição) teria supostamente diminuído de 8,3 anos, em 2010, para 5,4 anos, em 2011, conforme divulgado pelo INPI.

A revista britânica The Economist publicou matéria posterior à auditoria da CGU, na qual entrevista o Presidente do INPI, que enaltece a suposta eficiência da Autarquia e relata a suposta diminuição do backlog de patentes²¹.

A matéria teve repercussão entre especialistas da área, inclusive entre advogados de patentes, que desconfiaram dos dados, vez que eles bem sabem que a realidade por eles enfrentada no dia a dia não corresponde aos dados apresentados pelo Instituto.

O relatório de gestão de 2011, da Diretoria de Patentes (DIRPA) do INPI, demonstra que o número de primeiros exames de pedidos de patentes vem diminuindo com o passar dos anos. Segundo o relatório, em 2009 foram examinados 9.873 primeiros pedidos de patentes. Em 2010, houve exame de 7.402 primeiros pedidos de patentes. E em 2011, 5.562 primeiros pedidos de patentes foram examinados.

Há evidências, portanto, que indicam que o backlog de patentes, contrariamente ao divulgado pelo INPI, vem apenas aumentando, e não diminuindo. Alguns advogados da área de patentes sugerem que o backlog atualmente esteja na faixa dos 8 a 10 anos – quase o dobro do alegado pelo INPI.

A conclusão da análise da Câmara de Deputados é crucial para este estudo:

De qualquer forma, um atraso muito estendido no exame das patentes acaba por causar insegurança jurídica. Insegurança não apenas para os depositantes de patentes, mas também para seus potenciais concorrentes, bem como para a sociedade como um todo. Os depositantes não sabem se terão suas patentes concedidas e, nesse meio tempo (hoje, aproximadamente 10 anos), não sabem

²¹ [Nota do original] Cf. The Economist, “Intellectual Property in Brazil: Owning Ideas – Getting Serious about Patents”, 03.11.2012.

se têm ou não direito de uso exclusivo das reivindicações feitas nos pedidos de patentes. Os concorrentes não sabem se podem explorar o objeto do pedido dos depositantes, sem correr risco de serem processados e condenados. E a sociedade perde. Perde porque não sabe se quem explora o objeto da patente tem ou terá realmente direito sobre ela, tampouco se um concorrente pode explorar o mesmo objeto. Se há exploração por parte de um concorrente, pode ser que no dia seguinte uma ordem judicial exija que os produtos sejam retirados do mercado. A população perde. Todos os envolvidos perdem. A insegurança é considerável.

A conclusão final do relatório aponta para o dever da União de resolver o problema:

Diminuir o backlog de patentes, ou seja, o tempo levado para que se examine um pedido de patente, é essencial para que se reduza essa insegurança jurídica. Para que isso ocorra, deve haver mais examinadores de patentes²².

As consequências jurídicas do *backlog*, segundo precedente judicial

Obviamente esse fato tem consequências jurídico-constitucionais, como nota decisão do TRF2:

“Trata-se de apelação e remessa necessária em face de sentença que julgou procedente o pedido autoral, concedendo a segurança, para determinar que o INPI tome as providências necessárias para que, em até 60 (sessenta) dias, seja proferida uma decisão final quanto ao recurso administrativo referente ao processo nº 824.057.015.

Por ocasião do Agravo de Instrumento nº 2010.51.01.808395-2, manifestei-me sobre o excessivo atraso dos registros em curso no INPI, mas que a autarquia justifica com o só fenômeno mundial do backlog. Naquela ocasião, reportei-me ao princípio constitucional da razoável duração do processo, que deve ser enfrentado como meta e corolário de eficiência administrativa. Parece-me óbvio, e isso ressaí do próprio princípio, que o tempo máximo de cada processo há

²² Quanto à ideia de mútuo reconhecimento dos exames nacionais, promovido pelo estudo britânico, o estudo parlamentar brasileiro recomenda prudência em face das disparidades tecnológicas e de qualidade de exame, e recomenda: “realizar estudos independentes antes da realização de qualquer acordo entre países ou com órgãos públicos de outros países, de modo a identificar possíveis impactos positivos e/ou negativos que tais acordos possam vir a causar para a economia e para o desenvolvimento da sociedade brasileira”

de ser o tempo possível, segundo a ordem das circunstâncias, que envolve, não apenas o aparato burocrático, como também a natureza e a complexidade do próprio processo em demanda.

O que desperta minha atenção, na difícil questão do backlog, é que a sua afirmação não pode paralisar toda e qualquer iniciativa de controle judicial do fato, quando este se revelar conflituoso a ponto de provocar a instauração de um processo com vistas ao destravamento do registro pendente. A observância rigorosa das datas de protocolo dos pedidos, embora seja um critério democrático, traz nele o risco de misturar situações desiguais, violando o princípio da igualdade, que se apresenta como um dos mais relevantes e representativos dos estados republicanos.

Por tudo isso, não posso aceitar, com a devida vênia, a só alegação do backlog, como fator exclusivo de justificação dos atrasos. Com efeito, para além do backlog, é curial que o INPI indique as outras razões relativas à natureza e à complexidade do processo demandado, permitindo ao judiciário, munido desses elementos, a decisão final sobre se o tempo despendido é ou não razoável". Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 2ª Turma Especializada, Des. Nizete Lobato Rodrigues, AMS 2010.51.01.803242-7, DJ 03.05.2012.

Da segunda questão de fato: muitos países tem backlog, mas não tem prazo variável

Já se viu que o problema das pendências e do *backlog* é genérico e muito frequente entre os vários escritórios de patentes reportados pelo Estudo Britânico de 2010. No entanto, em apenas um deles – apenas nos Estados Unidos – existe a hipótese de prazo variável por *backlog*²³.

Em todos os demais países estudados (que são os maiores produtores de patentes) o *backlog* é combatido com aumento de eficiência e não com aumento de prazos, com o prejuízo resultante dos competidores e da sociedade civil.

²³ Apenas os Estados Unidos, mas notam os autores que a exigência de modificação da legislação interna para incluir prorrogação por backlog foi incluída em alguns Acordos Bilaterais de Comércio firmados pelos Estados Unidos com certos países em desenvolvimento. Tanto quanto ao fato de que os Estados Unidos são o único país a ter prorrogação, e da imposição nos Acordos Bilaterais, veja-se HOSS, cit., p. 48 e CORREA A, Carlos M., Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights: A Commentary On The TRIPS Agreement, Oxford University Press 2007, p. 470. Correa, cit, pg. 468-470. lista os seguintes acordos: Jordânia (2001); Chile (2004) Cingapura (2004); Marrocos (2005). Costa Rica, Dominican Republic, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua (CAFTA) (2004); Bahrain (2004),

Norma comparável só existe nos Estados Unidos

A norma americana, ou seja, o § 154 (b) da Lei de Patentes estabelece a extensão de um dia de prazo para cada dia de prazo que o escritório de patentes atrasou por sua culpa, além do prazo garantido de ação administrativa, mas descontando cada dia de atraso por culpa do depositante. Assim diz o § 154 (b) (2) (c):

(i) O período de ajuste do prazo de uma patente nos termos do parágrafo (1) deverá ser reduzido por um período igual ao período de tempo durante o qual o requerente deixou de encetar esforços razoáveis para concluir o processamento do pedido²⁴.

Sobre a questão, nota HOSS:

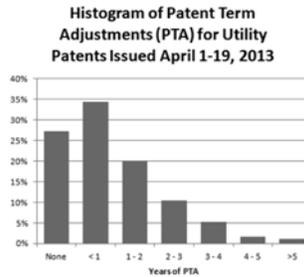
Nos Estados Unidos, por exemplo, a Lei de Patentes prevê um ajustamento (extensão) de duração da patente caso o escritório de patentes (USPTO) incorra em atrasos durante o exame de patentes. O cálculo do reajuste, que basicamente se estende um dia de duração da patente para cada dia de atraso do USPTO, provou ser bastante complexo na prática, apesar de uma recente decisão do Circuito Federal ter ajudado a esclarecer a forma como deve ser interpretada²⁵.

A lei americana cobre não só *backlogs* resultantes de desídia ou ineficiência do escritório de patentes, mas também os retardos resultantes de certas medidas judiciais, de pleitos administrativos de reivindicação de invento por terceiros, e prazo de recursos administrativos. De outro lado, há um limite de cinco anos máximos de prorrogação²⁶.

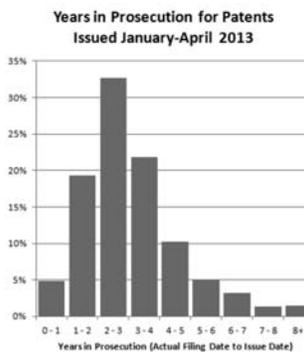
²⁴ “(i) The period of adjustment of the term of a patent under paragraph (1) shall be reduced by a period equal to the period of time during which the applicant failed to engage in reasonable efforts to conclude prosecution of the application.”

²⁵ HOSS, cit, p. 48: “In the United States, e.g. the US Patent Act provides for an adjustment (extension) of the patent term in case the USPTO incurs in delays during patent examination. The calculation of the adjustment, which basically extends one day of the patent term for each day of delay of the USPTO, has proven to be quite complex in practice, although a recent decision by the Federal Circuit has helped to clarify the way it should be interpreted” A decisão referida pode ser encontrada em <http://www.cafc.uscourts.gov/images/stories/opinions-orders/09-1120.pdf>, visitada 11/7/2013. .

²⁶ “Section 154(b) of USC 35 provides an independent basis for extending patent terms, whether in relation to pharmaceutical patents or otherwise. In particular, section 154(b) of USC 35 allows for extensions of term in circumstances where the issue of an original patent is delayed due to interference proceedings, secrecy orders or appellate review by the Board of Patent Appeals and Interferences or by a Federal Court. Extensions of term granted pursuant to section 154(b) cannot exceed 5 years and are subject to further qualifications if the extension arises out of a period of appellate review”, Andrew F. Christie, Saba Elkman and Melanie J. Howlett, Review of Pharmaceutical Patent Extension and Springboarding Provisions in Various Jurisdictions



27



28

Assim, longe de garantir um período determinado, sem levar em conta os retardos causados pelo próprio depositante segundo sua desídia ou mesmo seu interesse de retardar o processo (como ocorre com o art. 40, parágrafo único da lei brasileira), o sistema americano perfaz uma contabilidade complexa, mas justa, de compensar o *backlog*²⁹.

A falácia de que o disposto no art. 40 par. único é geral em outros países

Solicitado a contatar juristas possivelmente interessados em coadjuvar o

Intellectual Property Research Institute Of Australia (IPRIA) (2002),p. 14, encontrado em <http://achristie.com/wp-content/uploads/2011/08/IPRIA-Patent-Extension-Review-2.pdf>, visitado em 11/7/2013

²⁷ O gráfico acima documenta a duração dos prazos de extensão concedidos sob a “Section 154(b) of USC 35”. Fonte: <http://www.patentlyo.com/patent/2013/04/patent-term-adjustment.html>, visitado em 19/7/2013.

²⁸ O gráfico acima documenta os prazos de duração do exame das patentes nos Estados Unidos. Fonte: <http://www.patentlyo.com/patent/2013/04/patent-pendency-and-the-pph.html>, visitado em 19/7/2013.

²⁹ Uma análise dessa contabilidade, e a frequência e distribuição desses atrasos que levam à extensão no sistema americano pode ser encontrado em <http://allthingspatent.wordpress.com/tag/wyeth-v-kappos/>, visitado em 11/7;2013.

presente estudo com uma análise da constitucionalidade do art. 40, parágrafo único da nossa lei, coube-me ouvir de um eminente constitucionalista que não lhe seria possível entender pela inconstitucionalidade, pois “todos os países desenvolvidos prorrogam”.

Registra-se aqui que isso não é fato. O que alguns sistemas nacionais incorporam - mas não o Brasil nem muitíssimos países em desenvolvimento - é uma extensão de proteção exclusiva para os registros sanitários de certos produtos farmacêuticos, veterinários, etc., submetidos ao exame de agências nacionais do gênero da nossa ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Tais extensões se denominam, usualmente, SPC, das iniciais em inglês de Certificado de Proteção Especial.

O exame sanitário não é nem correlato nem se integra ao exame técnico de patentes. Neste, se verificam os pressupostos técnicos do pedido - novidade, atividade inventiva e aplicabilidade industrial - relativos ao *invento*. No exame sanitário - seja de *novos* inventos ou de medicamentos já há muito conhecidos, sem distinção -, se examina a *toxidade* e a *eficácia* do produto quanto à autorização para comercialização perante os consumidores.

Por razões que nada têm a ver com a patente, as ANVISAS tem vagar e cuidado na liberação do produto. Presidem essa instância testes múltiplos e exames cuidadosos, cuja lenta minúcia garante interesse de saúde; não é simples *backlog*, inépcia administrativa. Assim o instituto tem fundamentos e consequências diversas do art. 40, par. único da lei brasileira e o § 154 (b) da lei americana.

Para ilustrar a diferença, imagine-se uma patente que compreenda uma série de dois mil produtos identificados dor uma fórmula (que no jargão do setor diz-se *Markush*). Além disso, nosso hipotético pedido, terá seis processos alternativos de conseguir tais produtos. Um só destes dois mil produtos vai a registro sanitário; e este tarda.

A prorrogação vai para o objeto do pedido de registro sanitário, e só para ele. A patente morre, sem que remanesça qualquer direito para os 1999 produtos; e nunca os seis processos constantes da privilégio industrial verão sombra de prorrogação.

Do que já escrevemos sobre a questão

Sobre tal instituto, tivemos oportunidade de escrever em 2007³⁰:

O SPC constitui-se em mecanismo de extensão do prazo de exploração da patente, existente em alguns países³¹. Tal instrumento tem por função prática assegurar ao detentor de uma patente, concedida em setores sujeitos à regulação sanitária (agroquímicos, farmacêuticos, alimentos, etc.) que, acaso fique impedido de explorar imediatamente o seu invento pelo tempo necessário a obter a licença de comercialização do órgão de regulação sanitária local, seja o seu prazo de exploração estendido por um período proporcional ao que aguardou a concessão dos órgãos de vigilância sanitária do seu país.

SPC, na prática da OMPI, é um termo genérico, que cobre tanto o instituto correspondente europeu quanto a versão americana, nas hipóteses em que tais patentes podem ser contempladas com certificado de extensão, pelo tempo perdido junto aos trâmites do Food and Drug Administration (FDA) – equivalente da ANVISA nos E.U.A – , o que traduz hipótese de SPC, na nomenclatura padrão da OMPI³². Com efeito, a comunicação oficial da parte americana à OMPI, no tocante ao instituto, confirma que a modalidade correspondente ao instituto, nos Estados Unidos, é classificável como SPC³³.

³⁰BARBOSA, Denis Borges, e BARBOSA, Pedro Marcos Nunes, Algumas notas à intercessão do SPC e da patente pipeline, in A Propriedade Intelectual no Século XXI, Luemn Juris, 2009, encontrado em <http://denisbarbosa.addr.com/spc.pdf>.

³¹[Nota do original] O Impadoc registra extensões de patente por SPC no âmbito da EPO, por força do Artigo 63 do tratado EPC, e Regulamento EEC 1768/92 de 19 de Junho de 1992), nos Estados Unidos, na Austrália e (por força de decisão judicial), no Brasil. O Impadoc, base de dados internacional de patentes, estabelece uma sistemática específica para os SPC, que pode ser encontrada em http://www.european-patent-office.org/news/epidosnews/source/epd_2_01/4_2_01_e.htm#spccodes#spccodes

³²[Nota do original] Também há uniformidade de nomenclatura no tocante aos órgãos profissionais da advocacia especializada, como se lê no relatório do Chartered Institute of Patent Attorneys, em <http://www.cipa.org.uk/pages/info-papers-phar>: “To compensate for the short effective patent life which pharmaceuticals inevitably have, an extension of the period of legal protection (patent term restoration) has been possible in the USA since 1984 and in Japan since 1988. Europe has accordingly introduced Supplementary Protection Certificates (SPCs) for pharmaceuticals which provide a maximum of 15 years legal protection after the first marketing authorisation in the European Union, subject to a maximum SPC term of 5 years. The EU Regulation 1768/92 make SPCs available for patents that are extant in the EU on or after 1st January 1993 in most EU member states, but introduction of the provisions was deferred in Spain, Portugal and Greece until 1st January 1998”.

³³ [Nota do original] Vide o comunicado oficial americano em <http://www.wipo.int/scit/en/mailbox/circular/circ2505/us.pdf>

No mesmo texto, mais adiante, distinguimos entre extensão de patentes e SPC:

Em síntese, a patente cobre a exclusividade da tecnologia reivindicada; o SPC, somente o produto registrado. Como o produto é registrado alhures, só lá a exclusividade será ampliada, pois não há objeto possível em face de uma patente emitida no Brasil.

Em segundo lugar, a proteção suplementar (a legislação comunitária e nacional evita com ênfase chamara proteção de “patente”) é eventual, e resulta em cada caso de razões completamente independentes da concessão da patente. Só há SPC se o registro sanitário demorar. Assim, a natureza desse Certificado é indenizatória, compensação de uma mora da Administração, em propósito absolutamente diverso da concessão patentária, e não consequência da simples revelação da tecnologia ao público.

Como os precedentes federais distinguem marcadamente a extensão de patentes e o SPC

Os precedentes federais confirma a distinção entre o conceito de SPC e de extensão de patentes:

“Além disso, no caso presente, houve seguidos pedidos de extensão de patente, obtidos sucessivamente até se obter a data limite de 03.04.2006 (fls. 363/365), após renúncia de direitos. Trata-se de mecanismo apenas previsto em legislação alienígena, em geral decorrendo de demora nos procedimentos autorizativos da comercialização do medicamento, ou seja, do produto coberto pela patente, sendo aplicação de regra do tipo “TRIPS-PLUS”, não incorporada pelo Direito Brasileiro e a cuja adesão, em sede internacional, o Brasil tem reiteradamente se oposto”. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Apelação Cível nº 2001.51.01.524082-6, 1ª Turma Especializada, JC Márcia Helena Nunes, publicado em 13.12.2007, decisão unânime.

“Ademais, verifica-se que, no caso vertente, a extensão do prazo de vigência da patente europeia deriva do fornecimento à autora do SPC/GB96/058 ou seja, certificado de proteção suplementar para produtos medicinais, de fls. 172/175 e ss., concedido com base em regras peculiares, no caso, o artigo 10 (1) da EEC Regulation nº 1768/92. Tais certificadossão deferidos em função da demora no

procedimento administrativo de autorização para comercialização do medicamento. Daí a sua extensão por tempo suplementar a se acrescer ao prazo original. Tal cláusula é de ser considerada "TRIPS-PLUS" e foi negociada com os países da Comunidade Andina, tendo o Brasil, até o presente momento, recusado a assinatura de qualquer acordo internacional nesse sentido. Aí pergunta-se: qual é a lógica de o Itamaraty recusar a extensão do prazo como compensação da demora de procedimentos administrativos e o Judiciário fazer colagem dessa extensão em patentes ditas pipelines? O raciocínio da autora afronta a lógica". (grifos nossos) Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Apelação Cível de nº 2004.51.01.534562-5, 1ª Turma Especializada, JC Márcia Helena Nunes, publicado em 14.12.2007, decisão unânime.

"O "Supplementary Protection Certificate" é um instituto da legislação patentária de alguns países europeus que o concede como compensação pela demora na comercialização de produtos farmacêuticos e afins, em face das exigências lá também existentes de exames pelos órgãos públicos. Tal instituto além de não existir no Brasil, confere uma proteção patentária extra, adicionando um tempo maior do que o que o Brasil adotou. Em várias tratativas de acordos internacionais, nosso país negou-se a concordar em adotar o citado instituto. Não poderia, assim, o Judiciário endossar a prática de tal adoção, contrariando a decisão soberana dos representantes legais no Brasil perante as reuniões internacionais relativas à propriedade industrial". Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Apelação em Mandado de Segurança nº 2005.51.01.507620-5, 1ª Turma Especializada, JC Márcia Helena Nunes, publicado em 10.04.2008, decisão unânime.

"A questão ventilada nos presentes autos é de "importação" de extensão de 5 (cinco) anos a uma patente que já contava com 20 (vinte) anos de vigência, perfazendo um total de 25 (vinte e cinco) anos, em compensação por demora em trâmites administrativos, o que não é previsto pela legislação brasileira e a cuja internalização como regra o Brasil tem se oposto nos fóruns internacionais" Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Apelação Cível de nº 2006.51.01537945-0, 1ª Turma Especializada, JC Márcia Helena Nunes, publicado em 17.12.2007, decisão unânime.

Da terceira questão de fato: a reação do legislativo ao art. 40, parágrafo único.

O PLC 5402/2013, apresentado em 17 de abril de 2013, propõe a revogação do parágrafo único do art. 40 da Lei 9.279/96, pelas razões abaixo:

2. NÃO EXTENSÃO DO PRAZO DE PATENTES

Como fator de grande impacto no acesso aos bens patenteados, e para que o sistema de patentes seja devidamente equilibrado, o período de validade de uma patente deve ser aquele estritamente necessário para possibilitar o retorno do investimento feito pelo titular da patente – nem um dia a menos, nem um dia a mais.

Como a concessão de uma patente pode ter impacto negativo no acesso ao objeto patenteadado, por poder restringir a concorrência e limitar a opção de compra a um único fornecedor, possibilitando, assim, a prática de preços elevados diante da situação de monopólio jurídico temporário, alguns pesos e contrapesos devem ser aplicados. No caso dos produtos farmacêuticos, por exemplo, a concessão da patente dificulta a efetivação de políticas públicas na área da saúde, além de restringir o acesso a tratamento adequado para grande parte da população, em razão dos altos preços cobrados pelo detentor da patente. Assim, o período de vigência da patente deve ser limitado ao estabelecido em acordos pelos países em âmbito internacional, não sendo permitido qualquer tipo de extensão. O Acordo TRIPs da OMC estabelece um patamar mínimo de vigência das patentes em 20 anos. Qualquer prazo além desse período altera o sistema de troca entre o interesse público e o interesse privado, estabelecido entre a sociedade e o titular da patente, e vai além do obrigatório estipulado pelas obrigações internacionais assumidas pelo Brasil na área de patentes.

A extensão do prazo de vigência da patente em razão de atraso em sua concessão é uma medida TRIPs-plus e, como tal, deve ser excluída da lei brasileira, tendo em vista o interesse social em acessar a tecnologia patenteadada tão logo os 20 anos de vigência expirem, especialmente no caso de tecnologias que possuem impacto na efetivação dos direitos humanos, como é o caso dos medicamentos.

A lei brasileira de patentes atualmente estabelece que o prazo de vigência de uma patente de invenção é de 20 anos contados da data de depósito ou 10 anos contados da data de concessão, em caso de demora na concessão da patente (parágrafo único do art. 40 da Lei de

Patentes). Assim, caso haja uma diferença de mais de 10 anos entre a data de depósito e a data de concessão, a vigência da patente será de mais de 20 anos contados a partir da data de depósito. Ou seja, o parágrafo único do artigo 40 da Lei de Patentes cria, a partir da inoperância do INPI, a possibilidade de uma extensão não razoável no prazo de proteção conferido pela patente, em detrimento do interesse público.

Cumprе ressaltar que o Acordo TRIPs da OMC não exige essa proteção mínima de 10 anos contados do depósito do pedido da patente.

Há tentativas de se estender o prazo de uma patente por vários anos além do prazo máximo de proteção, que é de 20 (vinte) anos. Foi pleiteada a vigência até 2016 da patente da Bifentrina, que foi depositada em 1979, ou seja, para que ficasse em vigor por 37 (trinta e sete) anos, ou seja, 17 (dezessete) anos além do prazo de validade de uma patente³⁴.

A justificativa termina com a mesma conclusão do Relatório da Câmara:

O importante é dotar o INPI das condições necessárias para cumprir a sua função em prazos razoáveis, e não criar condições para aumentar o prazo de proteção em função da atual incapacidade do INPI de examinar tempestivamente todos os pedidos de patentes depositados.

DO DIREITO INTERNO

Esta seção se dedica a descrever o estado do direito nacional no tocante ao resguardo dos interesses do depositante de uma patente, cujo exame técnico pode muito demorar.

Como se verá, há *dois* dispositivos legais que *cumulativamente* se voltam a esse resguardo: o art. 40, parágrafo único, que permite uma *prorrogação* do prazo regular da patente, se o exame técnico delongar-se; e o art. 44, que garante uma proteção *retroativa* da patente, uma vez concedida – com ou sem delongas.

³⁴ [Nota do original] Cf. Barbosa, Pedro Marcos Nunes. Op. Cit. [Barbosa, Pedro Marcos Nunes. O artigo 40 da LPI como propulsor de uma patente perene. 2007, encontrado em <http://www.nbb.com.br/pub/propriedade12.pdf>, visitado 11/7/2013.]

Do primeiro dispositivo em estudo, e sua história.

O dispositivo em questão, parte da Lei (ou, mais propriamente, o Código³⁵) de Propriedade Industrial, de no. 9.279, de 14 de maio de 1996, assim se lê:

Art. 40. A patente de invenção vigorará pelo prazo de 20 (vinte) anos e a de modelo de utilidade pelo prazo 15 (quinze) anos contados da data de depósito.

Parágrafo único. O prazo de vigência não será inferior a 10 (dez) anos para a patente de invenção e a 7 (sete) anos para a patente de modelo de utilidade, a contar da data de concessão, ressalvada a hipótese de o INPI estar impedido de proceder ao exame de mérito do pedido, por pendência judicial comprovada ou por motivo de força maior.

Nossa atenção se volta para este parágrafo único, que possibilita a extensão do prazo regular da patente, na hipótese que descreve.

Na econômica descrição de Lucas Furtado³⁶:

Nesse tocante, de forma a adequar nossa legislação ao texto do Acordo TRIPS (Trade Related Aspects of Intellectual Property), são adotados os prazos de 20 (vinte) anos para a patente de invenção e 15 (quinze) anos para o modelo de utilidade (art. 40). Deve ser ressaltado que os prazos acima são contados a partir do depósito do pedido.

Como, em alguns casos, entre a data do depósito e a efetiva concessão da patente pode decorrer período de tempo considerável, e fixado prazo mínimo de vigência a contar da concessão da patente: 10 (dez) anos para as invenções e 7 (sete) anos para os modelos de utilidade, “ressalvada a hipótese de o INPI estar impedido de proceder ao exame de mérito do pedido, por pendência judicial comprovada ou por motivo de força maior” (art. 40, parágrafo único). Valerá, portanto, entre os dois prazos estabelecidos - a contar do depósito ou a contar da concessão -, o que for mais longo.

³⁵ Cabe aqui uma pequena nota histórica: nossa primeira lei de patentes data de 26 de abril de 1809, a segunda de 1830, a terceira de 1882. A partir de 1945 passamos a ter uma série de Códigos da Propriedade Industrial, em 1945 (dec.-lei 7.903/45) em 1967 (dec.-lei 257), em 1969 (Dec.-lei 1.005) e em 1971 (lei 5.772). O projeto do Executivo que resultou na presente lei foi enviado ao Congresso como sendo o novo Código da Propriedade Industrial, mas a denominação foi posteriormente alterada apenas para se obter trâmite mais acelerado, sem alteração de conteúdo. Assim, é o Código vigente, quod pudentum nomen, como, aliás, o classifica o buscador de legislação da Casa Civil da Presidência da República.

³⁶ FURTADO, Lucas Rocha. Sistema de propriedade industrial no direito brasileiro. Brasília Jurídica. 1996. Brasília. P.51-52

Como aparece este dispositivo na lei brasileira

Este prazo variável, que depende da eficiência da autarquia federal, não constava da lei anterior. É importante para nossos propósitos se ter conta do porquê a norma anterior *não* abrigava tal norma, e mais ainda, das razões que a nova lei a abrigou.

O nosso compilador da história legislativa da lei em análise ³⁷ assim narra:

A disposição do parágrafo único do art. 40 da lei nova não constava do Projeto de Lei do Executivo encaminhado ao Congresso Nacional e foi proposta no parágrafo único do art. 40 da Emenda Substitutiva ao Substitutivo do Relator, deputado Ney Lopes.³⁸ Referido parágrafo, aprovado sem emendas nas discussões posteriores, consta da nova Lei da Propriedade Industrial como paragr. único do art. 40, ora sub examen.

O prazo mínimo de vigência da patente, contado a partir da data da concessão do privilégio previsto no parágrafo único do art. 40 da lei nova, não constitui novidade no Direito brasileiro, pois no Cód. Prop. Ind. de 1967, Decreto-Lei n° 254, era previsto no art. 25, que estabelecia dois prazos diferentes: um de 20 anos, contados a partir do depósito do pedido, outro, de 15 anos, contados da data da concessão, caso ocorresse após 5 anos da data do depósito do pedido.

Destarte, o Código de 67 estabelecia dois prazos diferentes para vigência da patente, com o dies a quo fixado em datas diferentes: 20 anos contados a partir do depósito do pedido, e 15 anos, contados da data da concessão, caso essa ocorra após 5 anos da data do depósito do pedido. (...)

O parág. único do art. 40 da lei nova nada mais e que um retorno ligeiramente modificado a orientação contida no art. 25 do Código de 1967, apresentando três alterações relevantes em relação ao Código anterior revogado (Lei n° 5.772/171): 1ª alteração - a lei nova estabelece um prazo mínimo de vigência da patente (10 anos para as patentes de invenção e 7 anos para as patentes de modelo de utilidade); 2ª alteração - na lei dos anos noventa o prazo mínimo de vigência da patente não é e contado a partir da data do depósito, mas sim a partir da data de concessão de patente; 3ª alteração - a prazo de vigência não prevalecera na eventualidade do INPI estar

³⁷ DOMINGUES, Douglas Gabriel. Comentários à Lei da Propriedade Industrial. Forense. Rio de Janeiro. 2009. P 154-155

³⁸ [Nota do original] Emenda Substitutiva ao Substitutivo do Relator, deputado Ney Lopes, cit., fl. 10.

impedido de proceder ao exame de mérito do pedido de patente, por pendência judicial ou por motivo de força maior.

O problema do prazo variável das patentes

No Código de 1945 e no de 1969, a patente de invenção vigia por quinze anos *contados da concessão*³⁹. No de 1967, como narrou Douglas Domingues, garantia-se também quinze anos a partir da concessão, se essa se desse a mais de cinco anos do depósito.

Na pragmática do instituto, isso levava a patentes de duração imprevisível. Assegurados de que, durasse o exame o quanto durasse, haveria monopólio de uso até o fim do termo acrescido, frequentemente os depositantes aceitavam de bom grado o retardo.

Como depôs o então Presidente do INPI, nos atos do Congresso que prepararam a Lei de 1971 ⁴⁰:

“Todo depósito de patente já significa uma prioridade para a sua proteção. Esta proteção é normalmente adquirida pelo depósito, dependendo a sua confirmação do exame que será levado a efeito pelo órgão, que julgará exatamente da novidade e da sua utilização industrial. Mas a proteção em todos os países do mundo se inicia pelo depósito. O que acontecia aqui no Brasil é que por varias vezes estivemos dando uma proteção desmesuradamente grande.

O processo de exame, pelas dificuldades técnicas, por naturais interesses daquele que desejava alongar o privilégio, se estendia, às vezes, por quarenta anos. Eu próprio este ano assinei patente cuja proteção vai alongar-se exatamente a quarenta anos.

No mundo de hoje, no mundo moderno, em que a tecnologia muda rapidamente, em que o mundo se desenvolve de um modo surpreendente, não é de interesse de nenhum país que esse privilégio seja alongado por um período tão grande⁴¹.

³⁹ 1945: Art. 39 O privilégio de invenção vigorará pelo prazo de quinze anos, contados da data da expedição da patente, findo o qual o invento cairá no domínio público. 1969: Art. 29 Os privilégios de invenção, de modelo e de desenho industrial vigorarão, desde que pagas regularmente as anuidades devidas, pelo prazo de 15 anos, contado da data da expedição das respectivas patentes.

⁴⁰ Comandante Thomaz Thedim Lobo, na Câmara dos Deputados, sessão de 16.09.1971.

⁴¹ Anais da Comissão Especial que apreciou Projeto de Lei que deu nova redação ao Código da Propriedade Industrial, Câmara dos Deputados, 1971, p. 223.

A situação referida ocorria na vigência dos Códigos anteriores ao Código de 1971, que contavam o privilégio a partir da expedição da patente, e com isso, até por interesse dos próprios requerentes, os pleitos arrastavam-se pachorrentamente por décadas, atravessando gerações, o que levou Thomaz Leonardo a afirmar pitorescamente que a concessão do privilégio brasileiro constituía verdadeira gestação de elefante ou dinossauro.

Vale atenção às observações do então titular da autarquia: a prorrogação se daria “por naturais interesses daquele que desejava alongar o privilégio” e “até por interesse dos próprios requerentes, os pleitos arrastavam-se pachorrentamente por décadas, atravessando gerações”.

A mesma posição se lê no voto do sub-relator do projeto, deputado Mario Mondino:

O Decreto n. 2.712, de 22-12-1860, esclarecendo a Lei de 28-8-1830, promulgada nos termos da Constituição de 1824, “declarou que o prazo dos privilégios devia ser contado da data do decreto de sua concessão e não da data da expedição da patente” (apud, Gama Cerqueira, in “Tratado da Propriedade Industrial”, vol. I). O assunto já provocava celeumas, como se vê. A revista “O Direito”, volume 35, pág. 312, publica instruções emanadas do Ministério de Negócios da Agricultura, Comércio e Obras Públicas - Diretoria do Comércio, 2.a Seção (ano 1884), nos termos seguintes: “O Regulamento aprovado pelo Decreto n. 8.820, de 30-12-1882, manda inscrever o privilégio imediatamente depois de concedido no Registro Geral e proceder depois ao Registro Especial de Patentes, entregando-se aos concessionários os originais, com a máxima brevidade”.

A inscrição no Registro Geral, e depois no Registro Especial de Patentes, já provocava dúvidas quanto à contagem de vida dos privilégios.

Na verdade, nem sempre aquilo que se conforta na tradição, só por isso deve ser considerado imutável.

A superação de muitas tradições é natural no correr dos tempos. Na tradição brasileira, o privilégio de invenção vigorou inicialmente por 14 anos; posteriormente ocorreram variações de prazos a contar de cinco - e até vinte anos. Prazos superiores dependiam de leis especiais.

Se, por um lado, computando os prazos de fluência processual referidos no projeto podemos atingir até 45 meses para a fase do

exame, é certo que, por outro lado, nada impede que medidas procrastinadoras - como tem ocorrido na boa tradição brasileira - prolonguem a expedição da patente, por vários decênios, aumentando, destarte artificialmente, a vida útil do invento.

Importante é notar que a fixação do prazo em quinze anos (sem prazo variável) foi resultado de consenso entre os interesses relevantes, tenda a associação de classe do setor (na época, a Associação Brasileira dos Agentes da Propriedade Industrial, apoiado o termo fixo, contado do depósito.

Com efeito, veja-se o debate parlamentar, em que o Deputado Cantídio Sampaio se refere ao regime do Código de 1969, no qual as patentes tinham prazos variados, a contar do depósito:

O SR. DEPUTADO CANTÍDIO SAMPAIO - Uns poderiam ter 10, outros poderiam ter 13, outros podem ter 11, mas não há uma isonomia.

O SR. THOMAS LEONARDOS - Exatamente, uma igualdade, que nós poderíamos esperar, pelo menos face à Constituição, pois somos todos brasileiros. Igualdade de direitos. Isso é que me parece muito difícil, porque no regime atual é dado o prazo a partir do registro, mas isso gera uma tal confusão, porque aquela igualdade é apenas aparente, porque na realidade, como o eminente Presidente do Instituto citou, há patentes cuja gestação são [sic] gestações de elefantes, de dinossauros, se processam por anos e anos, de modo que, quando a patente sai, o indivíduo que a possui é um monopólio antissocial, não é mais privilégio de invenção para desenvolver o processo.

De modo que se se pudesse marcar um prazo de 3 anos, digamos, ou de 2 anos para isso, seria o ideal. Mas desde que a lei assegure um direito, somado à expectativa de direito, com um direito certo de 15 anos, me parece que já atende.

É por isto que a Associação Brasileira dos Agentes da Propriedade Industrial, que tomou a liberdade de fazer uma série de sugestões que foram recebidas pelo eminente Presidente, não fez questão fechada sobre esse ponto. É o que se chama, em Direito, um pensamento desejado, aquele que foi expresso pela administração no sentido de a patente, dentro de dois anos, estar concedida. Mas pode demorar mais. Talvez vá demorar menos. Se se fixasse período de 15 anos, dependeria um pouco ele gênio inventivo de cada um ter a sua patente, porque, administrativamente, a patente terá 15 anos a partir da data do seu pedido.

Não é uma solução ideal, mas é uma solução, a nosso ver, muito prática, muito realista e de acordo com os interesses nacionais deste momento. É por isto que não insistimos muito nesse ponto. Espero ter dado a V. Exa. uma ligeira explicação sobre o assunto⁴².

Assim, e levada em conta a análise da seção que se segue, o retorno ao regime de prazo variável, à luz dessa discussão legislativa, seria um introdução de regime não-isonômico no tocante à duração das patentes.

Dos efeitos econômicos da patente antes da concessão

Para entendermos o sentido da afirmação do então Presidente do INPI perante o Congresso, cabe descrever o fato dos efeitos da patente antes da concessão, como indicado em nosso Tratado ⁴³:

Da eficácia da patente antes da concessão.

Como já se afirmou, a eficácia econômica de uma patente não se limita ao prazo de vigência da patente. Com efeito, o poder dissuasório de uma patente, em face de seus concorrentes, nasce do momento em que o titular do pedido de patente exerce seu direito de fazer o primeiro depósito no mundo.

A partir desse depósito, nasce para o titular o poder de requerer o monopólio em todo e qualquer país onde se reconheça o direito de prioridade ou direito de requerimento ao estrangeiro. Em cada um desses Estados cria-se uma expectativa de direito que desaconselha o investidor prudente de exercer a concorrência com o uso da solução técnica para a qual se pede a exclusiva.

A ciência da existência desse pedido se dará, na maior parte dos casos, após o período de sigilo que é – em regra – de dezoito meses. Interesses estratégicos podem fazer com que o titular torne público a descrição ou referência do teor do pedido para – exatamente – desincentivar a competição mesmo pelos competidores que têm tecnologias competitivas que possam colidir, ainda que em parte, com o objeto do pedido.

A regra, aliás, é que, na manifestação de simples intenção de produzir, um concorrente potencial receba a notificação de cease

⁴² CÂMARA DOS DEPUTADOS, Anais da Comissão Especial que apreciou o projeto de lei que deu nova redação ao Código da Propriedade Industrial. Brasília, 1971, p. 223-228.

⁴³ BARBOSA, Denis Borges, Tratado da Propriedade Intelectual, vol. II, Cap. VI, [14] § 1.2. (B)Da eficácia da patente antes da concessão)

and desist, como se chama internacionalmente o aviso do titular da patente para retirar a presunção de boa fé do competidor. (...)

O art. 44 da lei atual, aliás, consagra esse procedimento como matéria legal:

§ 1º. Se o infrator obteve, por qualquer meio, conhecimento do conteúdo do pedido depositado, anteriormente à publicação, contar-se-á o período da exploração indevida para efeito da indenização a partir da data de início da exploração.

Descreve Ivan Alehrt o procedimento em seu magistral, e infelizmente inédito livro sobre interpretação de patentes⁴⁴ :

Em vista, ainda, do §1º, se o depositante pretende que uma eventual indenização, após a concessão da patente, alcance também o uso não autorizado de terceiros realizado durante o período de sigilo de seu pedido de patente⁴⁵, cabe a ele notificar ao infrator, fornecendo ao último uma cópia do pedido e/ou informando de seu teor. Uma alternativa adequada reside no envio de notificação extrajudicial, via Cartório de Títulos e Documentos, com o que se proporciona uma prova inquestionável de que o infrator obteve, de fato, conhecimento sobre a invenção reivindicada na data em que recebida a notificação. Se não se objetiva qualquer pessoa ou empresa especificamente e se o depositante ainda deseja estabelecer a data mais cedo possível para o efeito de futuras ações indenizatórias contra possíveis infratores, pode ele requerer ao INPI a publicação antecipada de seu pedido⁴⁶.

*Assim é que só confrontam o titular do pedido os contrafatores de má fé ou os competidores com poder econômico e desfaçatez que lhes permitam afrontar a força econômica do titular do pedido. Para os demais, o investimento em montar fábricas, efetuar treinamento de pessoal, tentar obter mercado, para depois se ter todo o proveito econômico, e mais ainda, canalizado para o titular que – eventualmente – vier a obter o privilégio, **não compensa o risco**. Ou seja, a patente efetivamente vale como um instrumento de mercado antes da sua concessão. O efeito econômico precede a plenitude do efeito jurídico.*

⁴⁴ Interpretação de Reivindicações e Infração de Patentes, na Lei Brasileira de Propriedade Industrial - Conceitos e Análise Comparativa.

⁴⁵ [Nota do original] Art. 30 - O pedido de patente será mantido em sigilo durante 18 (dezoito) meses contados da data de depósito ou da prioridade mais antiga, quando houver, após o que será publicado, à exceção do caso previsto no art. 75.

⁴⁶ [Nota do Original] Art. 30 - [...] § 1º - A publicação do pedido poderá ser antecipada a requerimento do depositante.

Nos países, como o Brasil, em que há real previsão de efeito retroativo da concessão da patente – mesmo se a concessão se dá depois do prazo de vigência do privilégio – o risco é ainda mais veemente. O risco aumenta agora, à luz do art. 210 da nova lei, que prescreve:

Art. 210. Os lucros cessantes serão determinados pelo critério mais favorável ao prejudicado, dentre os seguintes:

I - os benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido, ou

II - os benefícios que foram auferidos pelo autor da violação do direito; ou

III - a remuneração que o autor da violação teria pago ao titular do direito violado pela concessão de uma licença que lhe permitisse legalmente explorar o bem.

No seu brilhante manuscrito, Ivan Alehrt esclarece sobre esse ponto:

Não obstante este artigo, em diversas decisões judiciais em ações de infração não houve condenação ao pagamento de indenização, apesar de a violação ter sido reconhecida e o réu condenado a suspendê-la. Esta aparente contradição resultou do entendimento de alguns juízes de que o titular não logrou comprovar efetivamente as perdas sofridas em consequência dos atos de infração. Como será comentado em relação à nova lei, esta dificuldade deve deixar de existir em virtude da previsão de critérios claros para o cálculo do prejuízo sofrido pelo titular.

Num país em desenvolvimento, em que o competidor nacional dá maior deferência ao poder econômico das empresas de porte internacional, a expectativa de direito ainda se traduz em maior eficácia real de dissuasão da patente. (...)

Desta feita, ainda que os efeitos jurídicos de uma patente, anteriores a sua concessão, sejam diferentes dos efeitos subsequentes, há uma notável convergência dos efeitos econômicos de ambas as hipóteses.

O estudo de 2010 para o Escritório Britânico confirma nossa posição

O que afirmamos em nosso Tratado é que, na incerteza quanto à concessão da patente e em que extensão o pedido inicial será deferido, os eventuais

concorrentes evitam entrar no mercado usando a tecnologia requerida. Assim, mesmo se ainda não concedida, a patente tem efeitos econômicos.

Essa análise encontra suporte no Estudo Britânico de 2010, que conclui que o depósito, e o subsequente tempo em que uma patente ainda não foi concedida, impede que as patentes legítimas tenham plena eficácia. Além disso, cria um quase-monopólio *mesmo* para as patentes que não serão e não deveriam ser concedidas, pelo temor que os competidores têm de que ela poderá ser concedida:

Além de dissuadir os depositantes legítimos, o aumento da pendência também impõe custos por ocasionar proteção às patentes pendentes e, portanto, um poder de (quase) monopólio para os depositantes cujas invenções não sejam patenteáveis. Isto pode conduzir a preços mais elevados para os respectivos produtos, já que os concorrentes se sentem desencorajados de entrar no mercado.⁴⁷

E, mais abaixo:

(...) fomos capazes de estimar o aumento no valor de uma patente pendente devido ao aumento da pendência da patente. Este aumento reflete o fato de que, com a proteção da patente pendente, os depositantes serão capazes de cobrar preços mais altos, pois nenhum concorrente será capaz de entrar no mercado⁴⁸.

O estudo enfatiza que tal efeito é particularmente aplicável às tecnologias de ciclo curto, como, por exemplo, as de alta tecnologia. Neste contexto, continua o estudo, falando do preço mais alto cobrado pelas patentes antes da concessão (ou, se indevidas, do indeferimento):

É importante ressaltar que este valor não é diretamente uma perda para a sociedade, pois, embora os preços mais altos representem um custo para os consumidores, eles também beneficiam os depositantes. No entanto, além da transferência dos consumidores para as empresas, a imposição de preços de monopólio implica também numa perda do gênero peso morto. Estimamos esta perda

⁴⁷ “As well as deterring legitimate applications, increased pendency also imposes costs through providing patent pending protection and hence (quasi) monopoly power to applicants with non-patentable inventions. This may lead to higher prices for the respective products, as competitors are deterred from entering the market.” Estudo, p. 64.

⁴⁸ “(...)we are able to estimate the increase in the value of a pending patent due to an increase in patent pendency. This increase reflects the fact that, with pending patent protection, applicants will be able to charge higher prices, as no competitor will be able to enter the market.”

no valor de 12,5% dos lucros excedentes do titular da patente, com base em premissas econômicas normais em relação ao comportamento do consumidor e estrutura de custos da empresa. Mesmo levando em conta que o critério é necessariamente simplista, ele nos permite fornecer uma estimativa indicativa do custo para a sociedade associada ao aumento da pendência⁴⁹.

O interesse que os depositantes de patentes podem ter em um exame alongado é documentado e explicado pelo estudo britânico:

Provas do comportamento estratégico por parte dos requerentes de patentes é fornecido por um estudo de modelagem de backlogs nos pedidos de exames em quatro escritórios de patentes (Jensen et al., 2007). O estudo utiliza um conjunto de dados combinados de 9597 conjuntos de aplicações não-PCT apresentados em cada um dos escritórios americano, europeu, japonês e da Austrália, com um pedido comum.

Os resultados indicam que a duração do backlog nos pedidos de exame é afetada negativamente pela proporção do conhecimento privado em relação à qualidade da aplicação (medido pela taxa final de concessão entre os quatro escritórios de patentes).

Disto se conclui que os depositantes usam seu conhecimento do conteúdo do pedido para apressar ou retardar o processo de concessão. Os depositantes que sabem que seu pedido é de baixa qualidade vão usar estratégias que atrasam o exame e, assim, estender o período durante o qual suas patentes estão pendentes⁵⁰. (Grifamos)

Assim, ainda que o estudo – no trecho reproduzido - se volte à hipótese de que as patentes do *backlog* venham a ser indeferidas (hipótese que não

⁴⁹ “Importantly, this value is not directly a loss to society as, although higher prices represent a cost to consumers, they also benefit applicants. However, in addition to the transfer from consumers to firms, the imposition of monopoly prices also implies a deadweight loss. We estimate this loss as 12.5% of the patent holder’s excess profits, based on standard economic assumptions regarding consumer behaviour and firm cost structure. While this is necessarily simplistic, it allows us to provide an indicative estimate of the cost to society associated with increased pendency”.

⁵⁰ “Supporting evidence for strategic behaviour by patent applicants is provided by a study modelling delays in examination requests across four patent offices (Jensen et al., 2007). The study uses a matched dataset of 9,597 sets of non-PCT applications filed at each of the USPTO, the EPO, the JPO and IP Australia, with a common application. The results indicate that the length of the delay in making examination requests is negatively affected by a measure of private knowledge regarding the quality of the application (measured by the eventual rate of grants across the four patent offices). This implies that applicants use the knowledge of the application they have to hasten or delay the granting procedure. Applicants who know their application is of low quality will use strategies that delay examination and thus extend the period over which their patents are pending”, Estudo, p.41 e 42.

cobre a totalidade de nossas ponderações), o que o estudo afirma é que *antes da concessão há um valor econômico na patente*. Sem distinguir se é a patente legítima ou ilegítima. Mesmo a ilegítima repele competidores, e aumenta o custo social das tecnologias.

Outro estudo também do escritório britânico de patentes ⁵¹ confirma o uso de patentes não examinadas como instrumento para repelir a entrada de concorrentes no mercado:

5.2 Os pedidos de patente ainda pendentes são uma barreira à entrada?

Depois da criação dos indicadores, observou-se que os pedidos de patentes pendentes podem também formar uma barreira à entrada. Por exemplo, se uma empresa inundara o mercado com muitos pedidos de patentes, qualquer pessoa que pretenda entrar no mercado teria que defrontar-se com a incerteza quanto às áreas de livre operação, porque não estaria claro se as patentes seriam concedidas no futuro, nem o âmbito que teriam as reivindicações concedidas.

Este problema é agravado pelo fato de que em alguns sistemas jurídicos o depositante pode pedir adiamento do exame de uma patente por vários anos⁵².

A doutrina e os precedentes são eminentemente críticos do instituto

O que notava o Presidente do INPI no Congresso – de que a patente de prazo prorrogável é contrária ao interesse público - já constava de veemente nota do clássico Gama Cerqueira⁵³:

159. A prorrogação do prazo de duração do privilégio é medida que não encontra nenhuma justificativa e que só poderá dar lugar a abusos

⁵¹ Patent thickets, report prepared by the Intellectual Property Office Patent Informatics Team, November 2011, encontrado em <http://www.ipo.gov.uk/informatic-thickets.pdf>, visitado em 11/7/2013.

⁵² “5.2 Are pending patent applications a barrier to entry? Following the creation of indicators, it was noted that pending patent applications may also form a barrier to entry. For example, if a company flooded the market with lots of patent applications, anyone wishing to enter the market would be face with the uncertainty of where they could operate because it would not be clear which patents would ever be granted, nor what the scope of the granted claims would be. This issue is further compounded by the fact that in some jurisdictions the applicant can request deferral of the examination of a patent for several years.”

⁵³ A observação de Gama Cerqueira se faz ao disposto do seguinte dispositivo do Código de 1945: “Art. 40 O Governo poderá, excepcionalmente, e quando julgue conveniente aos interesses nacionais, mediante pedido devidamente comprovado, prorrogar o prazo de vigência do privilégio, até cinco anos”.

e injustiças. (...) Não receamos errar afirmando que os interesses nacionais e os interesses da coletividade não se conciliam nunca com a prorrogação do prazo dos privilégios, exigindo, ao contrário, a sua extinção no prazo normal. De fato, como pode a Nação ou a coletividade ter interesse na permanência de um privilégio que cerceia a liberdade de todos e cuja exploração exclusiva só ao seu concessionário traz benefício? Aliás, a incoerência da lei mais se patenteia quando faz depender a prorrogação do prazo de “pedido devidamente comprovado”, pois esse pedido somente poderá ser feito pelo único interessado no prolongamento do privilégio, isto é, pelo concessionário, o qual representa seus interesses pessoais e não os interesses nacionais ou os da coletividade⁵⁴.

A solução resultante da Lei de 1971, a primeira, desde 1882, votada democraticamente pelo congresso, foi contar o termo extintivo da patente aos quinze anos do depósito. Como se leu de Douglas Domingues, não foi o Executivo o autor da proposta que alterou o regime de 1971.

A repulsa que o prazo variável tem encontrado nos precedentes federais

Os precedentes judiciais têm, sem nenhuma mostra de recepção favorável, se mostrado eminentemente críticos do instituto, indo ao ponto de entrever-lhe a inconstitucionalidade:

“Adicionar ainda mais dez (10) anos a partir da data da concessão, como no presente caso, configurará um prejuízo para todos os terceiros que aguardaram a extinção da vigência da patente e se prepararam para isso, renovando e modernizando as fórmulas em benefício de toda a coletividade, ao invés de se restringir o mercado ao uso de fórmulas já obsoletas por período incrivelmente ou inaceitavelmente longo, sem razão que legitime tal extensão.

⁵⁴ GAMA CERQUEIRA, João da, Tratado da Propriedade Industrial, 3ª. Edição, anotado por Newton Silveira e Denis Borges Barbosa, Lumen Juris, 2010, vol. II, no. 159. Como Gama Cerqueira documenta, na vigência da norma transcrita na nota anterior, houve só uma aplicação: “O único caso de prorrogação do prazo do privilégio de que temos notícia, abrangendo três patentes, confirma o que escrevemos: concedeu-se a prorrogação no exclusivo interesse do titular da patente, atendendo-se ao fato de ter sido a sua indústria perturbada por falta de matéria-prima de origem estrangeira, em consequência da guerra. Tratava-se de certo material usado na construção de casas e o pedido foi justificado com o interesse nacional ligado à indústria de construções, “principalmente de casas populares”. Ora, o interesse nacional ou o “interesse social”, no caso, opunha-se justamente à prorrogação do prazo da patente, para que, tornada livre a exploração da invenção, pudesse o material ser fabricado em regime de concorrência, resultando daí o seu barateamento. O próprio parecer a que nos referimos acentua que o privilégio afastando a concorrência, garante pleno êxito para os negócios. É claro: para os negócios do titular da patente, ou donatário, como o denomina o parecer (vide Diário Oficial, Seção III, de 5 de julho de 1950, pág. 1.184”.

Já se colocou acima, mas não custa se frisar tal ponto de que há evidente interesse público e social em que haja efetiva temporariedade, isto é, limitação do prazo de validade das patentes, para permitir o aperfeiçoamento das descobertas científicas". Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 1ª Turma Especializada, AMS 2006.51.01.524783-1, JC. Márcia Helena Nunes, DJ 12.12.2008.

"Pretensão a estender a validade da patente de forma a que se prolongue por 36 anos ou mais, o que vai de encontro com a limitada garantia constitucional de temporariedade das patentes, com prevalência ao "interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país". Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 1ª Turma Especializada, AI 2007.02.01.013465-9, JC Márcia Helena Nunes, DJ 02.04.2008.

"(...) De outro lado, em casos como o vertente, a prosperar a tese da agravada, este Tribunal estaria impedindo outras empresas de utilizar o objeto dos registros patentários vindicados, que foram lançados como "novidade" no mercado no ano de 1979. Quanto vejo esta data, fico me perguntando qual seria o benefício em se proibir a apropriação de "tecnologia" antiga no mercado brasileiro.

Como se poderia impedir outras empresas de comercializar uma tecnologia inserida no mercado há cerca de 30 (trinta) anos? A meu ver, tal conclusão atentaria, em princípio, contra o objetivo anteriormente transcrito da nossa Carta Constitucional, quanto ao desenvolvimento do País. (...) " Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 1ª Turma Especializada, AI 2006.02.01.012341-4, JC Márcia Helena Nunes, DJ 16.12.2008.

"(...) Por outro lado, não se perca de vista também, que ao se conceder o prazo de 10 (dez) anos à patente da impetrante a partir da data da concessão, como ela pretende, e sem causa legal, na realidade se estará dando vigência de um prazo superior a 30 (trinta) anos, o que certamente ultrapassa o prazo de vigência previsto no antigo CPI e da atual LPI". Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 1ª Turma Especializada, AMS 2005.51.01.507058-6, voto vista do Des. Abel Gomes, DJ 12.12.2008.

Da interpretação corrente do dispositivo

O parágrafo único do art. 40 prevê um prazo de vigência mínimo a contar da concessão da patente.

Assim é que, quando se aplicar a hipótese de exceção prevista neste parágrafo, será garantido ao titular uma vigência que corresponda a um mínimo de 10 anos para a patente de invenção e 7 para a de modelo de utilidade, a contar da concessão da patente (art. 38 § 3º). Esta extensão é uma exceção ao regime de vigência geral, destinada a suprir carências do sistema administrativo, e como qualquer regime excepcional, constricto às exatas condições de sua aplicação.

Quando se aplica a exceção

Só haverá a aplicação do prazo mínimo de vigência nas hipóteses em que o INPI, exclusivamente por mora sua, diferir a concessão de forma que o prazo restante não atenda a regra de dez anos e sete anos, respectivamente.

As razões que impedem a aplicação do prazo mínimo seriam [i] a existência de impedimento judicial, que tornasse impossível ao INPI examinar o pleito; ou [ii] força maior, que tornasse impossível ao INPI examinar o pleito.

Os precedentes judiciais iluminam o sentido da norma.

Precedentes judiciais

A principal questão a receber a iluminação judicial é quais os fundamentos da prorrogação. Têm entendido os precedentes que todas as vezes que o retardo da concessão da patente resulte de pleito judicial ou outra causa externa ao funcionamento da autarquia, não cabe o aumento de prazo.

*“Aliás, comente-se aqui que tal garantia de prazo mínimo a partir da concessão da patente é dispositivo especial na nossa legislação, não encontrando correlato em vários países do mundo. É dizer, nossa legislação, nesse passo, é muito mais generosa do que qualquer outra. A generosidade, entretanto, encontra limites na demora da concessão por motivos alheios à ingerência da autarquia federal”.
Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 1ª Turma Especializada, AMS 2005.51.01.507058-6, JC Márcia Helena Nunes, DJ 12.12.2008.*

“Nossa legislação - o antigo CPI e a atual LPI - confere efeitos retroativos à data do depósito de patente, ou seja, uma vez concedida

a patente, ela gera efeitos desde a data do seu depósito como deve ser no caso da patente PI8103484-9. A regra prevista no parágrafo único (sem a ressalva) do artigo 40 da LPI é uma exceção, como já exposto, cabível somente para os casos em que ocorre uma demora excessiva na concessão da patente e que é atribuída exclusivamente ao INPI, fato que não se verifica no presente caso.”. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 1ª Turma Especializada, AMS 2005.51.01.507058-6, voto vista do Des. Abel Gomes, DJ 12.12.2008.

“Tenho que o legislador pretendeu, com a ressalva aposta na parte final do parágrafo único do artigo 40 da Lei nº 9.279/96, excluir exatamente os casos sobre os quais pende demanda judicial daqueles em que a demora na concessão da patente pudesse ser atribuída exclusivamente ao órgão de registro patentário”. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 1ª Turma Especializada, AI 2006.02.01.012341-4, JC Márcia Helena Nunes, DJ 16.12.2008.

A RETROATIVIDADE DAS PRETENSÕES DO DEPOSITANTE DA PATENTE

A singularidade da prorrogação de patentes prevista pelo art. 40, parágrafo único, fica mais evidenciada quando se compila outro dispositivo da mesma lei, que garante proteção retroativa à patente concedida. Vejamos:

Art. 44. Ao titular da patente é assegurado o direito de obter indenização pela exploração indevida de seu objeto, inclusive em relação à exploração ocorrida entre a data da publicação do pedido e a da concessão da patente.

§ 1º Se o infrator obteve, por qualquer meio, conhecimento do conteúdo do pedido depositado, anteriormente à publicação, contar-se-á o período da exploração indevida para efeito da indenização a partir da data de início da exploração.

§ 2º Quando o objeto do pedido de patente se referir a material biológico, depositado na forma do parágrafo único do art. 24, o direito à indenização será somente conferido quando o material biológico se tiver tornado acessível ao público.

§ 3º O direito de obter indenização por exploração indevida, inclusive com relação ao período anterior à concessão da patente, está limitado ao conteúdo do seu objeto, na forma do art. 41.

Direito comparado

A Convenção da Patente Europeia dispõe, em seu art. 67, que após a abertura do pedido de patente à inspeção pública, haverá em cada país-membro uma proteção provisória equivalente à patente concedida; mas o país pode optar, na legislação nacional, por apenas assegurar a indenização devida, equivalente à que resultaria da infração da patente concedida⁵⁵.

Cada país incorpora essa norma de maneira diversa. Portugal, por exemplo, permite a busca e apreensão (Art. 274(1)) e a interdição liminar da conduta potencialmente infringente (Art. 45), mas o tribunal suspende o julgamento até o momento em que a patente venha a ser realmente concedida (Art. 62(8))⁵⁶.

Direito Anterior

Tal retroação já constava do direito anterior, com a seguinte redação:

CPI 1969

Art. 28 Se entre a data do depósito do pedido de privilégio e a da expedição da patente houver exploração não autorizada da invenção, por terceiro, ficará este obrigado a indenizar o titular da patente, após a expedição desta, de conformidade com o que for decidido e apurado em ação própria.

CPI 1971

Art.23 - A exploração da invenção por terceiro não autorizado, entre a data do depósito e a da concessão do privilégio, permitirá ao titular obter, após a expedição da respectiva patente, a indenização que for fixada judicialmente.

⁵⁵ “Article 67 - Rights conferred by a European patent application after publication

(1)A European patent application shall, from the date of its publication, provisionally confer upon the applicant the protection provided for by Article 64, in the Contracting States designated in the application.

(2)Any Contracting State may prescribe that a European patent application shall not confer such protection as is conferred by Article 64. However, the protection attached to the publication of the European patent application may not be less than that which the laws of the State concerned attach to the compulsory publication of unexamined national patent applications. In any event, each State shall ensure at least that, from the date of publication of a European patent application, the applicant can claim compensation reasonable in the circumstances from any person who has used the invention in that State in circumstances where that person would be liable under national law for infringement of a national patent”. Veja-se <http://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/epc/2010/e/ar67.html>.

⁵⁶ Vide http://legis.obi.gr/espacedvd/legal_texts/national/en/iiia/pt.htm, visitado em 11/7/2013.

Parágrafo único. A fixação da indenização considerará, inclusive, a exploração feita no período a que se refere este artigo.

Sobre a questão, dizia Douglas Domingues à época do Código de 1971⁵⁷:

Se o pedido de privilégio constitui mera expectativa de direito, qual a situação do depositante caso o invento venha a ser explorado por terceiro não autorizado antes de expedida a patente?

Mera expectativa de direito pode obstar terceiro contrafator de prosseguir explorando a invenção que outrem está privilegiando?

A questão é tanto mais complexa porque, para instruir qualquer ação de perdas e danos, o titular do pedido em andamento necessita da patente que somente receberá ao final do processo administrativo, caso o pedido seja deferido. (...)

A solução encontramos no art. 28 do Cód. Prop. Ind. de 1969: o titular da patente, após a expedição desta, fará jus à indenização por parte do terceiro, de conformidade com o que for decidido e apurado em ação própria.

No Projeto 309/71 de alteração do Código de 1969, a norma encontrava-se capitulada no art. 22, com ligeira modificação, e por sua vez foi alterada no Substitutivo Célio Borja, art. 22. Atualmente é insculpida no Cód. Prop. Ind., art. 23 e parágrafo único: a exploração da invenção por terceiro não autorizado, entre a data do depósito e a da concessão do privilégio, permitirá ao titular obter, após a expedição da respectiva patente, a indenização que for fixada judicialmente. A fixação da indenização considerará, inclusive, a exploração feita no período entre o depósito do pedido e expedição da patente.

Dever de indenizar

Este artigo 44 cuida dos poderes conferido ao titular de fazer indenizar-se em face do seu poder geral de interdição.

Concedida, nos termos do art. 38, a patente tem efeitos prospectivos, e retroativos. Imediatamente, e para o futuro, até seu termo, a patente assegura o *jus prohibendi*, a capacidade de interdito em face de todos os atos que o art.

⁵⁷ DOMINGUES, Douglas Gabriel. Direito Industrial – Patentes. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p.242-243.

42 (assim como o 183 e 184) assegura exclusivamente ao titular. A concessão faculta, igualmente, e no mesmo termo, a pretensão indenizatória e a penal.

Mas – retroativamente -, assegura ao titular a indenização pela exploração indevida de seu privilégio desde o momento em que o objeto do seu pedido entrou no estado da técnica (ou, segundo o § 1, mesmo antes disso) até o momento da concessão.

Precedentes judiciais

O dever de indenizar surge da concessão:

“Quer dizer, consoante precedentes, o mero protocolamento de pedido de patente perante o INPI não gera direito nenhum, não assegura proteção legal. A propósito, o Agravo de Instrumento n° 525 755-4/8-00, de 30 10 07, rel. Des Paulo Eduardo Razuk, 1ª. Câmara de Direito Privado desta Corte: sem o registro, não há patente ou modelo industrial a ser protegido; a parte que se diga prejudicada não tem acesso ao judiciário a fim de vindicar proteção por concorrência desleal. No mesmo sentido o Recurso Especial 70 015-SP (95/0035061-0), julgado em 3/6/97 pelo STJ, relatado pelo Ministro Eduardo Ribeiro: do mero protocolamento do pedido não decorre o direito à tutela legal”. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 8ª Câmara de Direito Privado, Des. Luiz Ambra, AC 182.402-4/9-00, DJ 21.11.2008.

“A irrisignação da agravante comporta agasalho, pois a violação de privilégio de invenção está subordinada à existência legal do privilégio e não de mera expectativa de direito, como se verifica na espécie. Não resta nenhuma dúvida de que a agravada só apresentou com a inicial os pedidos de privilégio de invenção, que não se confundem com as cartas-patentes e não geram de imediato as mesmas consequências jurídicas destas.(...)”

Do sistema legal adotado, extrai-se que o que confere a exclusividade de produção e de uso é a patente, não bastando o depósito do pedido, muito embora sujeitem-se os usuários não autorizados, no período entre o depósito do pedido de patente e antes da sua concessão, ao pagamento de indenização, na forma da lei.

Daí porque, antes da obtenção daquele título, não há como se reconhecer a ocorrência de violação de privilégio de invenção a

modo de se apreender toda a produção de equipamentos idênticos.” TJSP, Agravo e Instrumento 97.277-4/2, Oitava Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Des. César Lacerda, 4 de dezembro de 1998.

Mas, concedida a patente, opera-se a retroação:

“O depositário pode requerer ao órgão administrativo a imposição de sigilo no período de dezoito meses entre o depósito e a publicação, sigilo somente afastado com a publicação. Desde a publicação, quando então o invento ou modelo de utilidade passa a ser de conhecimento de todos, os direitos efetivos de propriedade encontram-se protegidos contra qualquer ofensa realizada por terceiros.

Assim, o simples fato de o modelo ainda não se encontrar sob proteção legal, não impede que o titular do direito de propriedade intelectual busque as respectivas indenizações pela exploração indevida, retroativamente.

Nestes termos, garante o art. 44 da Lei de Propriedade Industrial que “ao titular da patente é assegurado o direito de obter indenização pela exploração indevida de seu objeto, inclusive em relação à exploração ocorrida entre a data da publicação do pedido e a da concessão da patente”.

Mas se note que a proteção intertemporal somente é possível “ao titular da patente”, isto é, àquele a quem foram deferidos ou transferidos os direitos de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos o produto objeto da patente ou o processo ou produto obtido diretamente por processo patenteado, e, ainda, impedir que terceiros o façam.

Isto é, deferida a patente, pode o titular promover os interditos para fazer cessar a atividade de terceiros e pode pedir indenização extensiva à data de publicação. Não pode postular interditos desde a data de publicação em razão de uma impossibilidade lógica, pode postular a indenização. O autor ainda não tem direito a esta proteção porque não é certo o fato de vir a obter a carta-patente, mesmo que apresente sincera convicção neste sentido.

Em se tratando de exercício condicionado a evento futuro e incerto, a espécie é regida pelo art. 6º, §2º, da Lei 4.657/42 (LICC), que considera adquiridos somente os direitos “que o seu titular, ou alguém por

ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem".Seria contrassenso deferir de maneira definitiva, sob o manto da coisa julgada, interditos e indenizações (principalmente) previstas na legislação específica antes de o autor ver reconhecido pela instância técnica competente o suporte fático concreto destes direitos, sendo certo, como aponta o réu, que não cabe ao Poder Judiciário antecipar-se e se substituir ao órgão especializado na tarefa de julgar o mérito da invenção ou modelo de utilidade; senão em situações próprias, dentre as quais não se enquadra a presente e a serem julgadas por justiça constitucionalmente competente.

Não se cogita de negar a pretendida proteção constante nos arts. 41, 42 e 44, da Lei 9.279/96, ao autor, mas para que tal proteção lhe seja conferida, é condição imprescindível a declaração pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial quanto a ser patenteável a invenção ou modelo de utilidade apresentado e consequente concessão da carta-patente, inclusive postulando, se for de seu interesse, as indenizações ora pretendidas." Sentença da Juíza Carla Patrícia Boschetti Marcon Della Giustina, incorporada formalmente no Acórdão da AC N° 70021145685 da Quinta Câmara Cível do TJRS, 26 de setembro de 2007.Des. Paulo Sérgio Scarparo, Relator.

Após a concessão, surge o poder de interdição e a indenização retroativa:

"Considerando que a concessão de patente de modelo de utilidade é um dos meios de proteção dos direitos relativos à propriedade industrial (artigo 2º, I, da Lei nº 9.279/96); que a patente confere ao seu titular o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos, produto objeto de patente (art. 42, I) e que ao titular da patente é assegurado o direito a obter indenização pela exploração indevida de seu objeto (art. 44), merecem prosperar os pedidos referentes à proibição de produção e comercialização da máquina e de indenização por dano material lucros cessantes." TJRS, Apelação Cível N° 70015765647, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 20/12/2006

"Contudo, não restou demonstrado que as campanhas promocionais "Coca-cola light - seu brilho e você" e "Papo Fanta" teriam maculado o direito conferido pela patente, posto que, a despeito do que

insinua a exordial, o pedido de patente não foi deferido, a teor do contido no artigo 38 da lei 9279, encontrando-se, todavia, pendente de aprovação do INPI.

Ora, somente ao titular da patente, hipótese que não se amolda ao caso em apreço, é conferido o direito de obter a exploração indevida de seu objeto com efeitos retroativos a data da publicação do pedido, consoante preconiza o artigo 44 do mesmo diploma legal (...)

Conclui-se, pois, que o simples depósito de patente não confere, por si só, ao requerente o direito de exclusividade do produto, mas mera expectativa de tal direito, até porque, o referido pedido poderá ser indeferido” Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, 8ª Câmara Cível, Des. Guimarães da Costa, AC 0432060-1, DJ 06.11.2008.

“Considerando que a concessão de patente de invenção é um dos meios de proteção dos direitos relativos à propriedade industrial (artigo 2º, I, da Lei nº 9.279/96); que a patente confere ao seu titular o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos, produto objeto de patente (art. 42, I) e que ao titular da patente é assegurado o direito a obter indenização pela exploração indevida de seu objeto (art. 44), merece prosperar o pedido de indenização por dano material – lucros cessantes -” TJRS, AC 70023362908, Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça, à unanimidade, Des.ª Iris Helena Medeiros Nogueira, 14 de maio de 2008.

“A patente de invenção vigorará pelo prazo de 20 (vinte) anos e a de modelo de utilidade pelo prazo 15 (quinze) anos contados da data de depósito Durante este período de tempo ela garantira uma gama de direitos ao seu titular, destacando-se, principalmente, o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar a venda, vender ou importar com estes propósitos produto objeto de patente e também processo ou produto obtido diretamente por processo patentado.

Ao titular da patente e assegurado ainda o direito de obter indenização pela exploração indevida de seu objeto, inclusive em relação à exploração ocorrida entre a data da publicação do pedido e a da concessão da patente” TJSP, Apelação c/ Revisão 217 772 4/4-00, 6ª Câmara 'A' - Seção de Direito Privado, Des. Rubens Hideo Arai, 19 de julho de 2006

Ao titular...

O dever de indenizar existe em face do poder de o titular ser indenizado. Assim, é ele o legitimado em obter os remédios processuais pertinentes. Pelo art. 61, no entanto, a licença pode transferir ao licenciado essa legitimação, com efeitos apenas após a publicação da respectiva averbação⁵⁸. Já o art. 209 confere legitimidade ao “prejudicado”.

.... obter indenização

Sob o art. 42, o poder conferido ao titular da patente é o de proibir os atos de terceiros, descritos no art. 42, 183 e 184. Tal poder é um conjunto de regras incondicionadas de exclusão⁵⁹.

A concorrência de terceiros, independente de qualquer deslealdade,

⁵⁸ Sobre a redação idêntica quanto à licença de marcas: “O contrato de licença para uso de marca, para valer contra terceiros, precisa estar registrado no INPI. Assim, não ofende o artigo 140, § 2º, da lei n.º. 9.279/96, a decisão que defere liminar em autos de ação de busca e apreensão, proposta pelo licenciado, cujo contrato está devidamente registrado, contra o antigo usuário da marca, que não o registrou. (...) Quanto ao artigo 140, § 2º, da Lei 9.279/96, ao meu sentir, a decisão recorrida não merece reparo. O fato é que a legislação determina a averbação do contrato de licença para a exploração de marca no INPI e a providência é indispensável para torná-lo válido perante terceiros.” STJ, Resp 606.443, Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, Ministro Castro Filho, 05 de fevereiro de 2004. E: “O contrato de licença para uso de marca notória ou de renome internacional (“Nintendo”, “Nes” e Super Nes”) autoriza a licenciada a defender a exclusividade em juízo, tal como se dá com a licença de patente (art. 61, par. ún., da Lei 9279/96), estimulando a provocação de atividades interdítas e de recuperação de patrimônio, pelos efeitos nocivos da pirataria e do comércio clandestino (arts. 139, par. ún. e 140 da Lei 9219/96) (...)Dai advém a modernização do direito comercial, direcionada ao resguardo dos interesses da sociedade brasileira legalmente autorizada, com exclusividade ou não, o direito subjetivo de batalhar pelo respeito daoriginalidade da mercadoria de origem externa a que está vinculada, sob pena de ter que assistir à deterioração econômica de seu contrato de licença”. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 3ª Câmara de Direito Privado, Des. Ênio Zuliani, AC 13957547, DJ 23.09.2003. (grifamos)

⁵⁹ Veja-se: (...) A condição de terceiro de boa-fé da ré – segundo as suas alegações, a aquisição foi realizada sem o intuito de cometer o ato ilícito, mediante engano do seu preposto no ato da importação – é completamente indiferente para o acolhimento da demanda. O que importa é a contrafação e o impedimento da comercialização de produtos não licenciados no Brasil. Quanto muito, a indagação poderia ter alguma pertinência para efeito de indenização, não deferida, no entanto, em primeiro grau.” TJPR, AC 735.681-8, Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, por unanimidade, J.C. Albino Jacomel Guérios, 16 de junho de 2011. (Grifamos)

“Isto é, deferida a patente, pode o titular promover os interditos para fazer cessar a atividade de terceiros e pode pedir indenização extensiva à data de publicação”. Sentença da Juíza Carla Patrícia Boschetti Marcon Della Giustina, incorporada formalmente ao Acórdão da AC N° 70021145685 da Quinta Câmara Cível do TJRS, Des. Paulo Sergio Scarparo, 26 de setembro de 2007.

culpa, dolo ou mesmo ciência, é interdita⁶⁰. Não é caso de concorrência desleal, mas interdita⁶¹.

Esta percepção é essencial para entender que nem toda “indenização” neste contexto será igual.

....exploração indevida

A dicção legal é cuidadosa: não classifica a exploração do terceiro, em testilhas com o texto da patente, como ilícita. Ela é indevida, em face do poder incondicional de interdição. Em verdade ela tornou-se indevida após a concessão.

Art. 44 §§ 1º e 2º - Efeito retroativo da concessão

....inclusive em relação à exploração ocorrida entre a data da publicação do pedido e a da concessão da patente

O dever de indenizar compreende também um efeito retroativo.

Além da indenizabilidade prospectiva, há também o poder de haver “indenização” a partir da publicação do pedido – aqui, a publicação prevista pelo art. 30, ou seja, a notificação de que o objeto do pedido está aberto à inspeção pública.

⁶⁰ “§ 1.900. Natureza do direito de propriedade industrial (...) 2. LIVRE CONCORRÊNCIA E PROPRIEDADE INDUSTRIAL. No ambiente de livre concorrência, cresce de ponto a importância de se determinar onde a concorrência é contrária a direito (limites à livre concorrência), onde pode ser negocialmente restringida e onde é exercida irregularmente (concorrência desleal). Nas duas primeiras espécies, há concorrência interdita; na terceira, concorrência desleal (...). PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, Tratado de Direito Privado, vol. XVI, ed. Borsoi. Vide: “ (...) Convém registrar que o acórdão não é incoerente ao admitir a eficácia do contrato de licença, para efeito de emitir tutela interdital, sem a averbação no INPI (acolhimento do pedido principal ou de abstenção do comércio clandestino) e, ao mesmo tempo, expedir condenação, tendo, como data, justamente a averbação no INPI, porque são consequências distintas do contrato. Resguardar a exclusividade da marca contra a concorrência desleal é uma função natural do contrato de licença, porque é próprio do escopo da contratação, conforme explicado no voto condutor, enquanto a indenização por ato ilícito depende da averbação no INPI, para efeito de subordinar o patrimônio do terceiro. Dai a distinção (...)” Apelação Cível n.º 128.569-4/4. Terceira Câmara de Direito Privado. TJ/SP. Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani. Julg. em 30 jul. 2002

⁶¹ “Tocante à pretensão deduzida na inicial, não se pode olvidar a inconfundibilidade da ação de contrafação e da ação de concorrência desleal. E isso porque, notadamente, a primeira supõe uma culpa, enquanto a segunda implica uma violação a um direito. (...)”

Para a obtenção de uma condenação a título de concorrência desleal, o titular da patente deve direcionar sua ação sobre fatos distintos dos articulados a título de uma ação de contrafação”. TJRS, AC 70007904527, Décima Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, Des. Angela Terezinha De Oliveira Brito, 20 de maio de 2004

Uma vez efetuada a publicação, o objeto do pedido cai no estado da técnica, ou seja, torna-se juridicamente acessível ao conhecimento de todos. Assim, pode-se presumir que, a partir desta data, um terceiro tivesse acesso ao invento e pudesse reproduzi-lo.

Veja-se, no entanto, o §3º deste artigo; o dever se concretiza em face à patente tal como concedida, isto, é, a constante da carta patente, e não a publicada. Na verdade, assim, o dever de indenizar existe tão somente quanto aos elementos da patente que, constantes da publicação, também surgirem na carta patente.

Mais ainda: lendo-se a cláusula anterior, observa-se que esse dever é relativo àquela exploração ocorrida no prazo agora definido. Não se deve indenizar pelo prazo, mas pela exploração eventualmente ocorrida nesse prazo.

A indenizabilidade na retroação: em princípio, enriquecimento sem causa.

No caso específico do efeito retroativo, a lei assegura ao titular uma situação econômica equivalente à posição em que estaria se - à altura do uso passado - ele pudesse exercer seu poder de interdição. Essa "indenização" corresponde estritamente ao enriquecimento sem causa.

Note-se que a lei não enuncia qualquer dever legal de abstenção do titular do direito ao pedido de patente. Ou seja, antes da concessão. Aliás, o nosso sistema jurídico em geral não contempla tal dever em face da simples expectativa de direito. O dever de indenizar, eventual e retroativo, não se dá em consequência de uma infração de direitos (que ainda não há), mas obriga a uma simples reintegração patrimonial.

Haverá, sim, a responsabilidade civil plena nos casos em que houver real conteúdo subjetivo na infração: se, ciente de que estava infringindo, ou devendo sabê-lo, o terceiro cometeu os atos que consistiam a hipótese de exclusão do titular, se a patente já estivesse concedida. Tal se dará, ineludivelmente, quando o titular, conhecedor dos atos do terceiro, o tiver notificado do teor do pedido e da pretensão de retroação, uma vez concedida a patente.

Além desses limites, torna-se difícil postular um dever geral do povo, de

acompanhar a publicação de todos pedidos de patentes⁶². Mesmo porque durante o exame podem acontecer significativas alterações no conteúdo do pedido, o que torna a publicação do art. 30 uma fonte insegura dos direitos eventuais do titular.

Ademais, haverá em muitos casos (como a jurisprudência aponta) detenção autônoma de boa fé do conhecimento tecnológico, independentemente da publicação do titular, como denotam os muitos precedentes sob o art. 45 da Lei (usuário de boa fé)⁶³.

... Se o infrator obteve

Este § 1º cuida de uma hipótese de infração de patentes através da exploração do conteúdo do pedido depositado, antes da abertura a inspeção pública (art. 30).

Como o invento não está no estado da técnica, trata-se de um caso especial de proteção ao segredo de invento⁶⁴. O conhecimento ainda está em segredo, mas o respectivo pedido de patente já foi depositado; assim, a proteção retroativa dos interditos alcança esta violação do segredo, sem

⁶² No entanto, um aresto isolado: “A concessão das patentes depositadas no Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI são devidamente publicadas na Revista de Propriedade Industrial (RPI) para ciência erga omnes, não cabendo a ninguém alegar o seu desconhecimento. A apelada está exercendo a satisfação de um direito do qual é legitimamente detentora, ao cobrar indenização pela violação de seu direito de patente, tendo em vista a exploração indevida das tecnologias pela mesma desenvolvida e legitimamente patenteadas nas lavouras de produção de soja dos autores”. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 20ª Câmara Cível, Des. Ângela Maria Silveira, AC 70030660799, Julgado em 23.09.2009.

⁶³ Por exemplo: “Ninguém está obrigado a requerer patente para proteger as invenções que utiliza em atividade industrial. Se um empresário obtém proteção para invenção que já era utilizada por seus concorrentes, abrem-se duas possibilidades aos prejudicados: (i) impugnar a patente, mediante a comprovação de ausência de novidade; ou (ii) valer-se do “direito consuetudinário” assegurado pelo art. 45 da Lei 9.279/96. A simples prova testemunhal não é idônea para que se reconheça incidentalmente a nulidade; e o tema tampouco foi objeto do recurso especial. A aplicação do art. 45 da Lei 9.279/96 requer que a invenção tenha sido utilizada pela própria parte prejudicada, mas a prova testemunhal produzida só aponta, com segurança, o uso por terceiros.” STJ, REsp 1.096.598 - MG (2008/0234753-8, Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, Min. Nancy Andrighi, 20 de agosto de 2009. E: “De fato, o art. 45 da Lei n. 9.279 de 1996, estabelece o direito à continuidade de exploração empresarial sem qualquer ônus, em se tratando de pessoa de boa-fé, que antes do efetivo depósito do pedido de patente, já se encontrava explorando seu objeto no País”. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 11ª Câmara Cível, Des. Marcelo Rodrigues, AC 1.0079.02.005256-3, DJ 20.01.2007.

⁶⁴ RODRIGES, Marissol Gómez, Da ação de adjudicação de patente como ferramenta reivindicatória do usurpado, Dissertação apresentada ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) para obtenção do título de Mestre em Propriedade Intelectual e Inovação, Orientador: Denis Borges Barbosa, 2009.

nenhum dos requisitos complementares da proteção de segredos segundo o art. 195, XI e XII⁶⁵.

.... por qualquer meio

Aqui não se identificam, e com isso restringindo, os meios de acesso que causam a ilicitude, como ocorre no caso do art. 195, XI e XII⁶⁶.

Mesmo o acesso de boa fé pode ser interdito, o que não ocorreria no caso de violação de segredo de empresa do art. 195. Aqui já há efeito *erga omnes* e *jus persecuendi*, que inexistem no caso da concorrência desleal.

..... conhecimento do conteúdo do pedido depositado

Este § 1º apenas cobre as hipóteses de conhecimento do conteúdo do pedidodepositado. Se o utente do conhecimento gerou autonomamente tecnologia, ou adquiriu-a de terceiro que não teve direta ou indiretamente acesso ao conhecimento do invento depositado, não se aplicará a regra em análise.

Eventualmente, se e quando for concedida a patente, o utente será (a) ou colhido pela interdição incondicional do art. 42, ou (b) se abrigará sob o art. 45. Mas não deverá indenização pelo período anterior à publicação do art. 30. Nestes casos, aplica-se a regra do *caput*.

.... anteriormente à publicação

O conhecimento obtido pela publicação do art. 30, ou depois dela, não faz incidir este § 1º; neste caso, aplica-se o *caput*.

O conhecimento obtido antes do depósito do pedido, igualmente

⁶⁵ Para a proteção de segredos sob o art. 195, XI e XII, vide FEKETE, Elisabeth Edith G. Kasznar. Universidade de São Paulo Faculdade de Direito. Tese de Doutorado. “Perfil do Segredo de indústria e Comércio no Direito Brasileiro: Identificação e análise crítica.”. Orientador: Prof. Dr. Waldirio Bulgarelli. Junho de 1999. p. 39/40. Igualmente, FEKETE, Elisabeth Edith G. Kasznar. O regime jurídico do segredo de indústria e comércio no direito brasileiro. Ed. Forense. Rio de Janeiro. 2003. P. 86-91.

⁶⁶ “XI - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato; XII - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos ou informações a que se refere o inciso anterior, obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude;” (grifamos)

escapa ao âmbito do § 1º; neste caso, se aplica o art. 45 (usuário de boa fé), para escudar o conhecimento e uso não público com a inoponibilidade da patente enfim concedida. Ou, se o conhecimento é público, haverá anterioridade, impedindo-se a concessão da patente.

... contar-se-á o período da exploração indevida...

A diferença do regime do *caput* e do § 1º está nesta cláusula. A indenização será contada a partir da exploração (como também no *caput*), mesmo se esta exploração se deu antes da publicação do art. 30.

.... material biológico, depositado na forma do parágrafo único do art. 24

No caso de material biológico, que carrega informação genética, a regra especial deste §2º transfere o dever de indenizar ao momento em que se deu acesso a tal informação genética. Simplesmente se aplica o regime do *caput* a uma hipótese em que o acesso à informação não se satisfaz com a publicação dos documentos da patente, mas exige aceder à *re ipsa* da matéria biológica.

Mas o inciso § 1º também se aplica à hipótese de material biológico: se se teve acesso à informação genética antes da publicação especial mencionada no art. 30 § 3º, a indenização será devida também pela exploração a esta anterior.

.... O direito de obter indenização por exploração indevida

Este § 3º não depende dos § 1º e 2º. O preceito aplica-se à exploração antes e depois da concessão. É assim regra geral de indenizabilidade.

.... inclusive com relação ao período anterior à concessão da patente

Como acabou de ler-se, esta regra do § 3º aplica-se também, mas não só, ao período antes da concessão. A grande diferença entre as duas fases é que, antes da concessão, ainda não se tem o desenho final das reivindicações do art. 41.

Assim, como já dito, só haverá indenização (ou restituição) quanto àquela matéria que, constante da publicação do art. 30, também conste da carta patente.

Da duplicidade de compensação

O que os precedentes indicam é que, mesmo se a patente fosse concedida após seu prazo normal de vigência, não seria natimorta. Com efeito, a retroação garantida ao depositante é substantiva, e compreende uma forma eficiente de impedir, pelo risco econômico da indenizabilidade plena, qualquer competição honesta e consequente:

“Ademais, a requerente, ao abandonar a esfera administrativa para acionar a máquina do Poder Judiciário, impossibilitou o Órgão Administrativo de prosseguir no exame da questão. (...)”

[a] almejada proteção inicia-se no momento do depósito, podendo o inventor tomar as medidas judiciais necessárias para afastar qualquer violação a seu direito após a concessão da patente.

A patente, da forma como foi concedida, não é um direito natimorto. Pois a nossa legislação conferiu efeitos retroativos à data do seu depósito, podendo o seu titular promover ações necessárias à defesa do seu direito”. Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, Min. Luis Felipe Salomão, Medida Cautelar Inominada de nº 15222, DJ 20.02.2009 (Grifamos)

“Aliás, em regra geral, as boas empresas do mercado, quando veem um depósito patentário, têm o cuidado de não utilizar aquela tecnologia que está sendo patenteada, quer esteja ela sendo discutida em sede administrativa ou em litígio judicial. Creio que os que porventura a contrafariam seriam aqueles capazes de pirateá-la de qualquer maneira, ainda que no prazo de vigência plena da patente concedida.

Assim, não vejo como prosperar a alegação de que a concessão da patente, como na hipótese vertente, seria um direito natimorto, porque, a uma, como já dito, produz efeitos a partir do depósito e a duas, pendente o depósito, mesmo que ainda não examinado o pedido de patente, a sua titular já tem como notificar eventuais concorrentes a respeito da possibilidade de ação indenizatória futura.

Afinal, como é sabido, os exames de patentes são demorados e

nunca se ouviu que durante o período em que corre o exame o titular do depósito estaria a descoberto absolutamente de qualquer tutela jurídica para defesa dos seus interesses. Basta obter a concessão da patente, como ocorreu no caso ora sob exame, para se aperfeiçoarem seus meios de defesa". Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 1ª Turma Especializada, J.C. Márcia Helena Nunes, AMS 2005.51.01.507058-6, DJ 12.12.2008

"Isto porque, em vista do prazo de validade de 10 anos concedido ao autor como garantia da propriedade e do uso exclusivo do privilégio, contados a partir de 04/05/92 (fls. 13), tem-se que este se encerrou em 2002, o que torna incabível a prática dos atos de proteção ora citados. Cediço que ultrapassado o prazo de validade, a utilidade conferida ao objeto cai no domínio público. Dai que, neste aspecto, a ação perdeu seu objeto.

Não obstante, evidente o dever da ré de indenizar o autor pela exploração indevida do objeto em análise, nos termos do artigo 44, da Lei 9.279/96, vazado nos seguintes termos: "Ao titular da patente é assegurado o direito de obter indenização pela exploração indevida de seu objeto, inclusive em relação à exploração ocorrida entre a data da publicação do pedido e a da concessão da patente". A verba indenizatória consubstanciada no montante das vendas realizadas pela ré deverá ser apurada e quantificada em liquidação de sentença ante a imprecisão dos autos, ocasião em que os litigantes terão ampla oportunidade para discutir o quantum debeat. " TJSP, Apelação com revisão nº 176.071.4/8-00, 21 Câmara - Seção De Direito Privado,

Do efeito da soma dos dois dispositivos

Como se viu nesta seção, há dois dispositivos na Lei 9.279/96 que se voltam a tutelar os interesses do depositante da patente durante o período anterior à concessão.

O art. 44, seguindo uma tendência das legislações de patente, garante a indenizabilidade das infrações incorridas em período anterior à concessão. Assim, ainda que haja retardo na concessão, o depositante poderá recobrar a lesão de seus interesses jurídicos.

Já o art. 40 parágrafo único garante um prazo mínimo de vigência após a concessão. Mas não o faz, porém, cancelando a eficácia retroativa. Somam-se a

retroação e a extensão. Com o prazo maior, os concorrentes – que pelas razões econômicas e de fato citadas acima não terão entrado no mercado - ficam proibidos de utilizarem a tecnologia revelada por tempo ainda maior dos que os vinte anos impostos pelo direito internacional.

Dois fatores parecem desaconselhar a política pública subjacente à soma dos dois dispositivos. Primeiro, a compensação pela ineficiência estatal se faz a despeito da sociedade e, em particular, dos concorrentes: o estado não se redime pela responsabilidade objetiva prevista no Art. 37, *caput*, da Constituição, mas acresce em favor do depositante seu poder de interdição.

Segundo, a compensação do atraso não leva em conta que a lei brasileira já defere a retroação. O eventual retardo de um poder de interdição (que só surge com a concessão) não parece proporcional ao acréscimo do poder de haver indenização, esse sim, prospectivo e retrospectivo.

Essa soma desproporcionada de benefícios, à custa de quem não deu causa à compensação, ocasiona o que Nuno Pires de Carvalho, o jurista português integrante da Organização Mundial da Propriedade Intelectual classifica como uma “armadilha” contra os poucos países que garantem extensão e retroação⁶⁷:

33. 10. No entanto, a este respeito, as leis nacionais de um pequeno número de membros da OMC escondem uma “armadilha”, que a ineficiência dos escritórios de patentes pode inadvertidamente desencadear. Essas leis, além de uma proteção provisória dos direitos de patente, também permitem a extensão compensatória de termos de patentes. A combinação dessas duas flexibilidades leva a uma extensão real do período durante o qual os direitos de patente podem ser aplicados (com frequência, além do prazo de vinte anos).

Com efeito: os membros da Convenção de Patentes Europeia garantem retroação, mas não extensão. Os Estados Unidos garantem a extensão e uma retroação limitada aos *royalties* retroativos razoáveis⁶⁸.

⁶⁷ “33.10. However, in this regard, the national laws of a small number of WTO Members hide a “trap” that the inefficiency of patent offices may inadvertently trigger. Those laws, in addition to providing for provisional protection of patent rights, also permit the compensatory extension of patent terms. The combination of those two flexibilities leads to an actual extension of the period during which rights under a patent can be enforced (frequently, beyond the twenty-year term)”.PIRESEDECARVALHO,Nuno,TheTripsRegimeOfPatentRights, 3a. Edição, KluwerLawInternational, 2010, item 33.10.

⁶⁸ No entanto, nos Estados Unidos, o § 154 (d) (1) da lei de patentes estabelece que uma patente assegura a seu titular o direito de obter um royalty razoável de qualquer pessoa que infringir respectivo pedido durante o período a partir da data de publicação.“(d) Provisional Rights.— (1) In general.— In addition to other

DO DIREITO INTERNACIONAL PERTINENTE

Nesta seção se discutirá essencialmente a aplicação do art. 62 de TRIPS (especificamente o art. 62.2) que, na teia de instrumentos internacionais a que se filia o Brasil, é o único dispositivo que rege o tempo de exame dos pedidos de patente.

O dispositivo em questão assim se lê:

ART.62

1 - Os Membros podem exigir o cumprimento de procedimentos e formalidades razoáveis, como uma condição da obtenção ou manutenção dos direitos de propriedade intelectual estabelecidos pelas Seções 2 a 6 da Parte II. Esses procedimentos e formalidades serão compatíveis com as disposições deste Acordo.

2 - Quando a obtenção de um direito de propriedade intelectual estiver sujeita à concessão do direito ou a seu registro, os Membros, sem prejuízo do cumprimento dos requisitos substantivos para obtenção dos direitos, assegurarão que os procedimentos para concessão ou registro permitam a concessão ou registro do direito num prazo razoável, de modo a evitar redução indevida do prazo de proteção. (...)

4 - Os procedimentos relativos à obtenção ou manutenção de direitos de propriedade intelectual e, quando a legislação de um Membro os tiver, os relativos à nulidade administrativa, e aos procedimentos "inter partes", como oposição, anulação e cancelamento, obedecerãoos princípios gerais estabelecidos nos parágrafos 2 e 3 do ART.41⁶⁹.

rights provided by this section, a patent shall include the right to obtain a reasonable royalty from any person who, during the period beginning on the date of publication of the application for such patent under section 122 (b), or in the case of an international application filed under the treaty defined in section 351 (a) designating the United States under Article 21(2)(a) of such treaty, the date of publication of the application, and ending on the date the patent is issued— (A) (i) makes, uses, offers for sale, or sells in the United States the invention as claimed in the published patent application or imports such an invention into the United States; or (ii) if the invention as claimed in the published patent application is a process, uses, offers for sale, or sells in the United States or imports into the United States products made by that process as claimed in the published patent application; and (B) had actual notice of the published patent application and, in a case in which the right arising under this paragraph is based upon an international application designating the United States that is published in a language other than English, had a translation of the international application into the English language.”

⁶⁹ ART.41 (...) 2 - Os procedimentos relativos à aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual serão justos e equitativos. Não serão desnecessariamente complicados ou onerosos, nem comportarão prazos não razoáveis ou atrasos indevidos. 3 - As decisões sobre o mérito de um caso serão, de preferência, escritas e fundamentadas. Estarão à disposição, pelo menos das partes do processo, sem atraso

5 - As decisões administrativas finais em qualquer dos procedimentos previstos no ART.41 estará sujeita a revisão por uma autoridade judicial ou quase judicial. Não haverá obrigação, contudo, de prover uma oportunidade para essa revisão de decisões nos casos de oposição indeferida ou nulidade administrativa, desde que as razões para esses procedimentos possam estar sujeitas a procedimentos de invalidação.

Da interpretação do art. 62

O dispositivo em questão integra a seção IV do Acordo TRIPs, que trata da aquisição e manutenção de direitos de propriedade intelectual⁷⁰; assim, não se limita à questão específica de patentes.

Primeiro de tudo, o art. 62.1 estabelece um princípio de interpretação íntegra, ao mesmo tempo que especifica que, em suas leis nacionais, os países-membros podem estabelecer requisitos razoáveis para obtenção e manutenção de direitos. Ou seja, a liberdade de estabelecimento de requisitos deve ser compatível com os princípios de tratamento nacional e de nação mais favorecida⁷¹, mas também com os demais princípios e regras de TRIPs.

indevido. As decisões sobre o mérito de um caso serão tomadas apenas com base em provas sobre as quais as Partes tenham tido oportunidade de se manifestar.

⁷⁰ “This provision is article 62, which constitutes the entire part IV of the Agreement on acquisition and maintenance of the intellectual property rights provided for under sections 2 through 6 of part II. Article 62 authorizes members to require compliance with reasonable procedures as a condition of the acquisition or maintenance of patents. The Agreement provides a few elements that may help clarify what a reasonable procedure is but does not define it.

First, article 62.1 establishes that such procedures and formalities shall be consistent with the provisions of the Agreement. In other words, they shall comply not only with the basic principles of the Agreement, including the national treatment and the most-favored-nation treatment principles but also with specific relevant provisions. This means that a link exists between the reasonable procedures admitted by article 62 and the conditions of patentability established in section 5 of part II, namely article 27.1 and article 29.

Second, article 62.2 clarifies that the procedures, subject to compliance with the substantive conditions for acquisition of the right established by article 27.1, should permit the granting of the right within a reasonable period of time so as to avoid unwarranted curtailment of the period of protection.” [Sem notas de rodapé] PIRESEDECARVALHO, Nuno, Requiring Disclosure of the Origin of Genetic Resources and Prior Informed Consent in Patent Applications Without Infringing the TRIPs Agreement: The Problem and the Solution, 2 Wash. U. J. L. & Pol’y 371 (2000), <http://digitalcommons.law.wustl.edu/wujlp/vol2/iss1/12>, visitado em 29/7/2013.

⁷¹ BARBOSA, Denis Borges, Direito de Acesso do Capital Estrangeiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996: “As duas primeiras noções têm muito trânsito no Direito Internacional Econômico, em especial no tocante ao direito de acesso no mercado nacional aos bens físicos de origem estrangeira, como “direito ao tratamento nacional” e “direito à igualdade com a nação mais favorecida”(MFN). Diz John Jackson[Legal Problems of International Economic Relations, West Publishing, 1986, p. 483.] : “The national treatment, like the MFN obligation, is a rule of ‘nondiscrimination’. In the case of MFN, however, the obligation prohibits discrimination between goods from different exporting countries. The national treatment clause, on the

Logo em seguida, tratando agora dos direitos de propriedade intelectual sujeitos a concessão ou registro⁷², o art. 62.2 exige que os respectivos procedimentos sejam desenvolvidos “num prazo razoável, de modo a evitar redução indevida do prazo de proteção”.

...prazo razoável

Essas duas expressões centrais do art. 62.2 condicionam qual é o prazo admissível de retardo administrativo à luz de TRIPs. A noção de “razoável” surge igualmente no art. 62.1 e, segundo alguns autores⁷³, deve ser lido à luz da interpretação oferecida pelo painel da OMC no caso Canadá – Prazo das patentes.

Em particular, TRIPs exigiria que um período de proteção da patente por 20 anos desde o depósito deveria ser assegurado⁷⁴, sem com isso eliminar a autonomia de cada país membro estabelecer os procedimentos

other hand, attempts to impose the principle of nondiscrimination as between goods which are domestically produced, and goods which are imported. It is, needless to say, a central feature of international trade rules and policy.” Sobre a questão, vide ainda BARBOSA, Denis Borges. Princípio da Não Discriminação (no Direito da Propriedade Intelectual). In: Ricardo Lobo Torres; Eduardo Takemi Kataoka; Flavio Galdino. (Org.). Dicionário de Princípios Jurídicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, v. 1, p. 876-915

⁷² Por exemplo, no nosso sistema, as marcas, patentes, desenhos industriais, topografias, cultivares, etc. Nesse mesmo sistema, não depende de exame ou qualquer formalidade a proteção pelo direito autoral.

⁷³ HOSS, cit., p. 25: “thereport of theWTO Panelin theCanada– Patent Term casemight actually provide some initial guidance. In this case, the Panel briefly analyzed Art. 62:1 and understood that reasonable procedures are thosewhichare “tiedtovalidreasonsrequiredtoensureaproper examination.” O autor precisa: “Canada–Patent Termcase,supranote90, Panel Report, at para 6.114. See alsoPires de Carvalho,supranote137,at664(reasonableformalrequirementswouldbethosewhich contribute to give proof of compliance with substantive requirements)”

⁷⁴ Como determinou o Painel do caso Canada/Patent Term: “Article 62.2 deals with procedures relating to the acquisition of intellectual property rights. Article 62.2 does not deal with the duration of those rights once they are acquired. Article 62.2 is of no relevance to this case. This purely procedural Article cannot be used to modify the clear and substantive standard set out in Article 33 so as to conjecture a new standard of ‘effective’ protection. Each Member of the WTO may well have its own subjective judgement about what constitutes a ‘reasonable period of time’ not only for granting patents in general, but also for granting patents in specific sectors or fields of complexity. If Canada’s arguments were accepted, each and every Member of the WTO would be free to adopt a term of ‘effective’ protection for patents that, in its judgement, meets the criteria of ‘reasonable period of time’ and ‘unwarranted curtailment of the period of protection’, and to claim that its term of protection is substantively ‘equivalent’ to the term of protection envisaged by Article 33. Obviously, this cannot be what the Members of the WTO envisaged in concluding the TRIPs Agreement. Our task is to interpret the covered agreements harmoniously. A harmonious interpretation of Article 33 and Article 62.2 must regard these two treaty provisions as distinct and separate Articles containing obligations that must be fulfilled distinctly and separately.” Encontrado em http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/analytic_index_e/trips_03_e.htm#276, visitado em 30/7/2013.

de concessão que entendesse adequados⁷⁵. Seria razoável, assim, o prazo vinculado às razões válidas de garantir um exame adequado⁷⁶.

Uma outra perspectiva, a partir dos art. 7 e 8 de TRIPs, e de seu preâmbulo, seria entender como razoável aquele prazo necessário e suficiente para assegurar que a proteção da propriedade intelectual não se converta num empecilho ao livre comércio⁷⁷.

Carlos Correa⁷⁸ oferece um parâmetro mais concreto para o problema específico do exame de patentes: seria razoável o prazo incluso nos Acordos Bilaterais negociados pelos Estados Unidos com uma série de países, como já reportado acima neste estudo. Seria, assim, cinco anos do depósito, ou três anos do pedido de exame⁷⁹.

Numa rara hipótese em que discordamos do autor, não parece razoável tal prazo, quando, no relatório do Escritório Britânico, acima mencionado, se documentam historicamente pendências médias nos escritórios japones e canadense, de perto de cem meses. No entanto, num segundo enfoque, Correa nota que o “razoável” seria sujeito a uma regra do possível, levando-se em conta o nível de desenvolvimento de cada país⁸⁰.

⁷⁵ O mesmo painel afirmou a autonomia de cada país membro de estabelecer seus procedimentos de concessão, sem violar as normas e princípios do Acordo: “Article 33 contains an obligation concerning the earliest available date of expiry of patents, and Article 62.2 contains a separate obligation prohibiting acquisition procedures which lead to unwarranted curtailment of the period of protection. We recognize that some curtailment is permitted by the text of these two provisions. However, Article 1.1 gives Members the freedom to determine the appropriate method of implementing those two specific requirements, but not to ignore either requirement in order to implement another putative obligation concerning the length of effective protection.” Vide http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/analytic_index_e/trips_01_e.htm#8, visitado em 30/7/2013.

⁷⁶ Como nota PIRES DE CARVALHO, *The TRIPs*, cit., o prazo de proteção do art. 33 não é a mesma coisa que o período de proteção exigido pelo art. 62.2: “62.10. A period of protection is not the same as a term of protection. A period of protection is the period during which patent rights can still be enforced, even if, in some cases, the term may have already expired (for example, as noted above, after the term has expired, the patent holder may still be entitled to receive royalties for the use of the claimed invention by a third party before the expiry of the term). Therefore, the unwarranted curtailment is not necessarily evaluated in a horizontal, uniform manner. The period of protection may be longer for certain technologies.”

⁷⁷ PIRES DE CARVALHO, cit., p. 664: “reasonableness must be assessed in view of the overall objectives of the TRIPs Agreement, to avoid intellectual property—either by lack of or excessive protection—becoming a barrier to international trade”.

⁷⁸ Cit., p. 470 e seg.

⁷⁹ “Thus, the FTA with Dominican Republic and the Central American countries (DR-CAFTA) as well as the FTA with Chile stipulate that an ‘unreasonable delay’ in patent examination shall be understood as a delay of more than five years from filing or three years after request for examination. In the case of FTAs signed by the USA with developed countries (Australia and Singapore) these terms are four and two years, respectively.”

⁸⁰ “What can be deemed ‘reasonable’ for the purposes of Article 62.2 will depend on the level of development and the resources a particular Member can devote to the procedures involved in the acquisition of intellectual

..... redução indevida

Ao lado da noção de “duração razoável” o art. 62.2 dispõe que tal duração seria a que não levasse a uma redução indevida [ou, na tradução oficial portuguesa, injustificada] no prazo de proteção dos direitos. No original ingles, “*so as to avoid unwarranted curtailment of the period of protection.*”

Note-se que não há aqui uma exigência incondicional de TRIPs de uma concessão rápida. Quando prescreveu essa exigência, o Acordo o disse especificamente - no caso de registro de desenho industrial para produtos têxteis⁸¹ -, com uma redação, que no original inglês é muito mais incisiva: as exigências de registro não poderia “*unreasonably impair the opportunity to seek and obtain such protection*”.

Assim, não se veja no art. 62.2 um imperativo abstrato de rapidez⁸². O exame da patente será o necessário para se atingir os objetivos da política

property rights. Members have no obligation to allocate specific resources for the management and enforcement of such rights. Understandably, developing countries have other more urgent priorities and may not devote resources as substantial as those allocated in rich countries, such as in the US, where the Patent and Trademark office spends more. What can be deemed ‘reasonable’ for the purposes of Article 62.2 will depend on the level of development and the resources a particular Member can devote to the procedures involved in the acquisition of intellectual property rights. Members have no obligation to allocate specific resources for the management and enforcement of such rights. Understandably, developing countries have other more urgent priorities and may not devote resources as substantial as those allocated in rich countries, such as in the US, where the Patent and Trademark office spends more than \$1 billion annually. It is also to be noted that problems with patent examination do not only exist in developing countries. In Japan, for instance, the average pendency until the first action by the patent office was approximately 26 months in 2004, and the number of applications awaiting examination was approximately 500,000.” Cit., p. 468-469.

⁸¹ O texto relevante é: “25.2. Cada membro assegurará que os requisitos para obtenção da proteção de desenhos ou modelos de têxteis, nomeadamente no que se refere a eventuais custos, exames ou publicações não comprometam indevidamente a possibilidade de requerer e obter essa proteção. Os membros serão livres de dar cumprimento a esta obrigação através de legislação em matéria de desenhos ou modelos industriais ou através da legislação em matéria de direitos de autor”. [aqui, usamos a tradução oficial da União Europeia para o português]. O livro da Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento sobre TRIPs assim nota: “TRIPs added Article 25.2 in response for rapid and cheap protection given by a non-registration regime, but only in the field of the textiles industry. The provision calls for a protection regime that does not ‘unreasonably impair the opportunity to seek and obtain such protection’, and this may be hard to comply with unless a non-examination, non-registration/deposit system is adopted; the option available to Members appears to be to either allow copyright protection for textiles or to introduce a quasi-copyright, short term regime such as the unregistered design right”. UNCTAD-ICTSID Resource Book on TRIPs and Development, Cambridge, 2005., p. 335”

⁸² Outra vez, o comentário da UNCTAD: “In particular, this provision should not discourage patent offices from carrying out thorough examinations of patent applications. If a Member considers that in the pursuit of certain policy objectives, a detailed and time-consuming granting procedure is required, the amount of time taken would seem reasonable as long as any shorter time frame would not suffice for the realization of the respective policy objective.”, Cit., p. 623.

pública relevante, “desde que não seja possível um prazo menor”⁸³. De forma alguma, o dispositivo impõe uma concessão sem exame de requisitos essenciais⁸⁴.

Como notam certos autores⁸⁵, a noção de indevida restrição (ou injustificada) encontraria ecos na redação do art. 41.2 de TRIPs (por remissão explícita do art.62.4). Tal outro dispositivo, ao exigir que os processos destinados a garantir a aplicação dos direitos de propriedade intelectual sejam “justos e equilibrados”, utiliza-se de expressão similar: “atrasos injustificados”⁸⁶.

Neste contexto, TRIPs expressa que os procedimentos não devam ser “desnecessariamente complexos ou dispendiosos, nem implicarão prazos não razoáveis ou atrasos injustificados”⁸⁷.

Essa comparação ou assimilação ao parâmetro do art. 41.2 é tanto mais importante quanto ela enfatiza a bilateralidade da noção do que é indevido ou injustificado (*unwarranted*): será indevido, por exemplo, o que deixar de atender tanto os interesses da saúde pública quanto os dos

⁸³ Aqui, obviamente a noção de backlog como uma demora indevida reaparece.

⁸⁴ “For instance, in order to keep pharmaceuticals at affordable prices, developing country patent offices should subject patent applications to a detailed patentability examination before granting the patent. According to a report by Médecins Sans Frontières (MSF, Drug patents under the spotlight. Sharing practical knowledge about pharmaceutical patents. Geneva, May 2003, p. 17/18) a number of national patent offices (including in developed countries) do not examine each application in depth, but merely check that the right papers have been filed and that the fees have been paid. Such practice is favourable to patent applicants, but it defeats the public policy purpose of access to affordable medicines. A longer time frame for a more detailed examination would therefore not constitute an unreasonable period of time in the sense of Article 62.2.” UNCTAD, cit., p. 622.

⁸⁵ Especialmente HÖSS, cit., p. 34 e seguintes.

⁸⁶ “2. Os processos destinados a assegurar uma aplicação efetiva dos direitos de propriedade intelectual serão leais e equitativos. Esses processos não serão desnecessariamente complexos ou dispendiosos, nem implicarão prazos não razoáveis ou atrasos injustificados” [Article 41.2 Procedures concerning the enforcement of intellectual property rights shall be fair and equitable. They shall not be unnecessarily complicated or costly, or entail unreasonable time-limits or unwarranted delays.]

⁸⁷ “Article 41.2 introduces a general clause relating to procedures concerning enforcement. It prescribes a rather general but important obligation: procedures concerning the enforcement of IPRs must be “fair and equitable”. It then vaguely indicates undesirable elements that could presumably make a procedure unfair or inequitable, based on complexity, costs, time-limits and duration. However, other elements may be taken into account to judge fairness and equity, such as the opportunity to be heard and to present evidence before a decision on the merits is adopted. The principle of fairness and equity applies to all the parties concerned in enforcement procedures, and not only to right holders. As mentioned below, there are several provisions in Part III specifically aimed at protecting the alleged infringer from false or abusive right holders’ actions. A violation of Article 41.2 might be claimed if “unnecessarily complicated or costly”, or “unreasonable time-limits or unwarranted delays” were in-built features of such procedures, and not in relation to particular, isolated cases.” UNCTAD, p. 582.

depositantes dos pedidos de patentes, por uma desídia administrativa sem fundamento⁸⁸. Aliás, é o que dispõe o art. 62.4⁸⁹.

É nesse contexto que cabe entender que o art. 62.2 – se não obriga à rapidez a despeito da correção na busca de políticas públicas – exige que se tomem medidas razoáveis para que também os interesses dos depositantes sejam protegidos⁹⁰. É nesse contexto, o dos mecanismo possíveis de reequilíbrio para evitar a redução indevida, que se exemplificam as hipóteses de proteção provisória⁹¹. Lembremos: a proteção provisória é o gênero do qual nosso art. 44 da lei interna é espécie.

Como enfatiza Carlos Correa, a proteção provisória não é uma exigência de TRIPs; é apenas uma maneira de satisfazer o requisito de que não haja uma redução indevida do prazo de proteção⁹². Outra maneira seria a extensão do prazo de proteção para, de alguma forma, compensar a duração do procedimento de concessão ou registro⁹³.

⁸⁸ “Art.42alsotakes into account the legitimate interests of the defendants, so it could be argued thattheexaminationprocedures, inordertobefair, shouldtakeintoaccount not only the legitimate interests of the applicants, but also those of third parties. Inthatcase, excessiveexaminationdelays, whichcreateuncertaintyamong competitors, might well be considered unfair”. HÖSS, p. 34.

⁸⁹ “Attheoutset, itshouldbenoticedthat, contrarytoArt.62:2, the reasonableness requirement of Art. 62:4 is not limited to “avoid unwarranted curtailment of the period ofprotection”. Therefore, examinationsentailing unwarranted delays would fall foul of Art. 62:4 even if they do not affect the period of protection of the patent (i.e., even if the law provides, e.g., for term extensions due to delays).HÖSS, p. 36.

⁹⁰ “Aplicando aqui os princípios de balanceamento de interesses do art. 7o. de TRIPs: “ Objetivos - A proteção e a aplicação efetiva dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e divulgação de tecnologia, em benefício mútuo dos geradores e utilizadores dos conhecimentos tecnológicos e de um modo conducente ao bem-estar social e económico, bem como para um equilíbrio entre direitos e obrigações”. Sobre esse equilíbrio, vide BARBOSA, Denis Borges; CHON, M.; MOCAYO, A. Slouching Towards Development in International Intellectual Property. *Michigan State Law Review*, Vol. 2007, No. 1, 2008, v. 2007, p. 71-143, 2008; também em *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*, v. 1, p. 149-211, 2012.

⁹¹ “Infringement practiced before the patent was granted, or both. Nevertheless, those measures are very useful to increase security of patent rights in the sense that they may avoid the fait accompli or that infringement reaches large proportions and thus becomes more difficult to control and sanction. Provisional protection is also very useful in the sense that patent offices are not under the same pressure for speedy examination of patents, for it alleviates the obligations of WTO Members under Article 62.2 - in the sense that delays in granting patents do not curtail the period of protection, for protection starts before the patent is actually granted”. PIRESDECARVALHO, *TheTripsRegimeOfPatentRights*, op. cit., loc. cit.

⁹² “The purpose of Article 62.2 is ‘to avoid unwarranted curtailment of the period of protection’. Some countries have adopted measures-not required by the TRIPS Agreement-that address this issue. They allow, for instance, the applicant to take some measures against infringement before the grant of a patent (after the publication of the application or its notification to a third party), or to be compensated for third parties’ acts that took place before such grant and that would have infringed the patent”. Correa, op. cit., p. 469.

⁹³ “In addition, some countries allow for an extension of the patent term to compensate for unreasonable delays in the examination procedures. For instance, in accordance with US law Tide 35, Part II, Chapter 14, Section 154, (b)(1)(B), there is a ‘guarantee of no more than 3-year application pendency’”, Correa, cit.

Mas a cumulação de meios induz à proteção indevida para o outro lado

Mas a soma dos dois meios, duplicando a compensação, pode resultar no excesso que Pires de Carvalho classificou, como já visto, como sendo uma armadilha⁹⁴.

Entendamos em que consiste tal armadilha.

Primeiro de tudo, como já indicamos, TRIPS não exige prorrogação. Muitíssimos países, e conspicuamente os europeus, não dão prorrogação em caso de atraso. O Brasil, ao incluir o dispositivo do art. 40, parágrafo único, não evitou descumprir TRIPS.

O que o art. 62.2 exige é que os países tomem providências para evitar, e não remediar os atrasos indevidos⁹⁵.

Vamos ao outro lado da questão. Não só TRIPS não exige a prorrogação, como a norma brasileira, introduzida na lei interna voluntariamente, não evita a violação de TRIPS⁹⁶. Se o propósito da norma fosse cumprir TRIPS, sua inclusão na lei brasileira foi e continua ser uma absoluta falácia.

Primeiro, a prorrogação não resolve as exigências do art.62.4, em sua remissão ao art. 41.2. Há neste último dispositivo uma exigência de

⁹⁴ De novo: “33.10. However, in this regard, the national laws of a small number of WTO Members hide a “trap” that the inefficiency of patent offices may inadvertently trigger. Those laws, in addition to providing for provisional protection of patent rights, also permit the compensatory extension of patent terms. The combination of those two flexibilities leads to an actual extension of the period during which rights under a patent can be enforced (frequently, beyond the twenty-year term).”

⁹⁵ “62.7. (...)However, Article 62.2 does not call for measures that may compensate for unreasonable delays. Article 62.2 calls for measures that avoid unreasonable delays.” PIRES DE CARVALHO, cit., p. 664.

⁹⁶ “62.7. It should be emphasized that paragraph 2 obliges WTO Members to adopt procedures for grants or registration that permits the acquisition of the rights in a manner. This is important, because certain WTO Members find it easier to adopt palliative measures that, by definition, do not solve the problem of unreasonable delays but accord applicants a certain level of compensation. For example, in certain WTO Member countries, patent applicants may request the court to issue provisional measures against third parties before the patent is granted and, once it is granted, permit them to obtain damages accrued in a retroactive manner (from the date of the publication of the application, for example). Other Members provide for the extension of patent terms to compensate for unreasonable delays in the granting of the patent. These are examples of measures that compensate for the curtailment of the period of protection and, actually, may avoid such curtailment. (...) Therefore, when a Member that provides for retroactive takes seven, eight, or nine years to grant a patent, that Member will be infringing upon Article 62.2 in spite of that compensatory measure. Moreover, it should be noted that it is in the interest of society and the patent system as a whole that be granted patents be granted expeditiously (without prejudice to their quality), because for those inventions that correspond to society’s demand (which are the vast majority of claimed inventions), the legal security provided by a patent encourages the owner to bring the invention to the market, and in this context, the sooner the better, both for the inventor and for the whole society.” Idem, eadem.

exame sem demora injustificada, não só de duração ou muito menos de prorrogação⁹⁷. Em alguns setores, em especial os de ciclo tecnológico rápido, a prorrogação só aumenta o período de inocuidade, sem garantir efetiva proteção jurídica durante o período em que a técnica ainda não se tornou obsoleta. Assim, a prorrogação não evita a violação das obrigações do Brasil perante TRIPS.

Pior ainda, a prorrogação do art. 40, parágrafo único, da Lei 9.279/96, por apenas atingir casos extremos de demora, também não livra o Brasil de infração do próprio art. 62.2 de TRIPS⁹⁸.

Mais ainda, ao favorecer as indústrias de ciclo longo, em detrimento das de ciclo tecnológico curto, a norma poderia ser arguida como uma violação do art. 27 de TRIPS, que postula uma regra de não-discriminação entre setores tecnológicos⁹⁹.

No entanto, ao favorecer alguns depositantes, em detrimento de outros, e ao premiar tais depositantes em desfavor dos interesses gerais da sociedade, e em especial dos concorrentes, para compensar uma ineficiência da Administração Pública, a prorrogação aparentemente fere a regra constitucional de não-discriminação do caput do art. 5º da CF.

⁹⁷ É a observação de HÖSS, com a qual concordamos: “It would be reasonable to ask, however, if this solution would actually avoid violations of Art. 62:2 in all cases. In other words, could delays of, e.g., 15 years, still be in compliance with Art. 62:2 only because the period of protection has not been literally curtailed? Or could Art. 62:2 be interpreted in a way that the term of protection should be granted in a reasonable time? For some industries, especially in high technology fields, the timely examination of patents is crucial, because they often refer to products with short life-cycles.

Those industries do not need a long period of protection, but a quick one. In those cases, it would be interesting to analyze whether an excessive delay in examination could amount to a curtailment of the period of protection, even if a term extension is provided. This might be possible if the term curtailment is interpreted in a broader sense, as referring not only to a literal shortening but also to limiting. In any case, it should also be noted that the obligation of Art. 62:4 to avoid unwarranted delays might still be violated even if a term extension is provided. As explained above, Art. 62:4 is not limited to delays which entail a shortening of the period of protection, but rather contains a general, unqualified obligation not to incur in delays.”

⁹⁸ Outra vez HÖSS, loc. cit: “Countries might also grant for minimum terms of protection in order to alleviate the negative consequences of examination delays. Brazil, for example, provides for a minimum term of protection of 10 years from grant, no matter how long the examination procedure takes. This appears to be a relatively simple and effective solution to compensate patentees in case of very long delays, and might have similar effects as the patent term adjustment systems. The problem of this minimum term, however, might be that it would not completely avoid the curtailment of the period of protection, as it does not compensate patent applicants for the whole delay but only for extreme cases of delays which extend for over 10 years. Therefore, a minimum term of protection like the one offered in Brazil is not likely to put the country on the safe side vis-à-vis Art. 62:2.”

⁹⁹ Vide BARBOSA, Denis Borges. Princípio da Não Discriminação (no Direito da Propriedade Intelectual), cit.

CONCLUSÃO

A questão sob estudo é certamente de política pública, ou legislativa, e não de direito. No entanto, como este estudo pretende demonstrar, um sem número de países prescinde de um termo de vigência de patentes contado – condicionalmente ou não – da concessão do privilégio.

Assim, não haverá nem exigibilidade jurídica, a luz do direito internacional aplicável, nem estrutural quanto ao sistema de patentes, de tal forma de contagem do termo das patentes. Como demonstra a própria história do nosso sistema legislativo, tal forma de cômputo do termo final das patentes, embora tenha ocorrido em certas épocas, não representa seguramente uma exigência indispensável para seu funcionamento.

Do ponto de vista do interesse da sociedade, no testemunho de nosso jurista clássico, Gama Cerqueira,

159. A prorrogação do prazo de duração do privilégio é medida que não encontra nenhuma justificativa e que só poderá dar lugar a abusos e injustiças. (...) Não receamos errar afirmando que os interesses nacionais e os interesses da coletividade não se conciliam nunca com a prorrogação do prazo dos privilégios, exigindo, ao contrário, a sua extinção no prazo normal.

E do eloquente julgado do TRF2:

“Adicionar ainda mais dez (10) anos a partir da data da concessão, como no presente caso, configurará um prejuízo para todos os terceiros que aguardaram a extinção da vigência da patente e se prepararam para isso, renovando e modernizando as fórmulas em benefício de toda a coletividade, ao invés de se restringir o mercado ao uso de fórmulas já obsoletas por período incrivelmente ou inaceitavelmente longo, sem razão que legitime tal extensão.

*Já se colocou acima, mas não custa se frisar tal ponto de que há evidente interesse público e social em que haja efetiva temporariedade, isto é, limitação do prazo de validade das patentes, para permitir o aperfeiçoamento das descobertas científicas”.
Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 1ª Turma Especializada, AMS 2006.51.01.524783-1, JC. Márcia Helena Nunes, DJ 12.12.2008.*

Assim é que não me é facultado entender que o instituto assegure a equilíbrio entre os interesses pessoais e sociais pertinentes.

O TRIUNFO DA RACIONALIDADE INDIVIDUAL SOB O VÉU DA IGNORÂNCIA: A TEORIA DA JUSTIÇA NO PENSAMENTO DE RAWLS E AS PERSPECTIVAS DO DEBATE ACADÊMICO ATUAL

Humberto Eustáquio César Mota Filho - Professor

INTRODUÇÃO

Este artigo se insere no âmbito de discussão de um dos eixos fundamentais do pensamento político da modernidade. Pelo presente trabalho, identificam-se alguns conceitos atinentes à Teoria da Justiça, de John Rawls, corrente teórica que influencia substancialmente o pensamento político contemporâneo, com base na leitura de recente bibliografia crítica.

Ao propor uma teoria da justiça, Rawls tem como propósito declarado oferecer uma alternativa viável para as doutrinas utilitaristas e intuicionistas, atualmente dominantes no campo da filosofia política e, apresentar um concepção de justiça que generalize e conduza as teorias do contrato social para um patamar superior de abstração, para além de Locke, Rousseau e Kant.

O CONTRATO SOCIAL COMO INSTRUMENTO HEURÍSTICO

Pela Teoria da Justiça, são apresentados os procedimentos ou métodos tendentes a alcançar um acordo razoável e confiável pelos julgamentos

ponderados dos indivíduos. Uma concepção comum de justiça deve emergir do método aplicado. Assim, Rawls busca um método para estabelecer as condições iniciais pelas quais serão formulados os julgamentos ponderados e construído o acordo original. Nesse sentido, a Teoria da Justiça trata de problemas anteriores aos enfrentados pelos contratualistas clássicos, que buscavam os termos do próprio contrato, sem considerações maiores sobre procedimentos prévios para organização das deliberações.

Ao estabelecer o método ou procedimento para um acordo original, Rawls considera que os indivíduos livres e racionais deverão adotar princípios de justiça para a estrutura básica da sociedade. Dessa forma, certos princípios serão aceitos por pessoas livres e racionais numa posição inicial de equidade e definirão os termos de sua associação política. O contrato de Rawls é um instrumento heurístico, uma hipótese construída como símbolo.

UMA CRÍTICA AO PENSAMENTO UTILITARISTA

O resultado do procedimento em busca de uma justiça social será legítimo dado que o próprio procedimento para alcançar esse resultado terá sido legítimo e razoável, baseado nas percepções de justo dos indivíduos. Em outras palavras, dado um cenário procedimental legítimo, as pessoas devem racionalmente escolher aquilo que é justo. Então, constata-se que a racionalidade, presente no pensamento político contratualista clássico, também serve como fonte de explicação ou como ponto de partida para essa Teoria.

O conceito de justiça rawlseniano assume que qualquer teoria ética que se pretenda completa deve incluir princípios para tratar do problema a ser enfrentado, no caso a questão de fundo remete as seguintes perguntas: Qual a origem da desigualdade? A desigualdade, da forma como se apresenta numa dada sociedade, é legítima ou não? Essas mesmas perguntas podem ser reunidas e reformuladas em outra indagação, ao tratar do mesmo problema: Qual o limite de intervenção do Estado sobre a liberdade dos indivíduos? Em busca de respostas, Rawls pretende se diferenciar do pensamento utilitarista e do pensamento intuicionista.

No projeto utilitarista de Bentham ou Sidgwick, a busca da maior satisfação líquida possível pela sociedade também serve de orientação para

o comportamento individual. Nesse projeto não há espaço para os valores éticos do justo ou do bem, logo, a preocupação com a desigualdade inexistente pela ótica utilitarista. Para essa ótica utilitarista, o contrato social deve permitir apenas que o resultado final seja a maior satisfação líquida possível em uma dada sociedade. Essa teleologia utilitarista não cogita um projeto ético e acarreta um pensamento consequencialista. Assim, Rawls considera que o pensamento utilitarista não se presta a responder suas perguntas, ainda que o método rawlseniano, uma vez aplicado, possa resultar num acordo utilitarista.

UMA CRÍTICA AO PENSAMENTO INTUICIONISTA

O eixo do pensamento intuicionista apresenta uma indeterminação valorativa ao comportar vários princípios simultaneamente. A pluralidade de princípios como possibilidade e a falta de uma hierarquia entre eles é um fator negativo para Rawls, que persegue, pela sua Teoria de Justiça, um procedimento racional para se chegar a um conceito de justiça. Então, o pensamento intuicionista, ainda que não possa ser completamente negado, não atende aos rigores do método rawlseniano.

O pensamento rawlseniano, elaborado na teoria da justiça, enquadra a justiça como equidade e procura descrever o papel da justiça na cooperação social e na estrutura básica da sociedade. Nesse ponto, revela-se que o conceito de justiça será definido a partir do papel dos princípios ao fixar direitos e deveres e ao definir a divisão apropriada das vantagens sociais. Uma ordem léxica (contra-intuitiva) é estabelecida entre os princípios, de modo a evitar o indeterminismo valorativo do intuicionismo. Essa construção do conceito de justiça permite ao mesmo tempo atender as condicionantes de um método de busca para um valor ou juízo a ser encontrado e, ao mesmo tempo, faculta o enfrentamento do problema da desigualdade social, em um segundo momento. Por outro lado, ao definir sua busca por um estrutura social justa, Rawls demilita essa mesma busca ao campo do justo (*right*), desconsiderando aquilo que pode ser considerado o bom ou o bem para determinada sociedade, dado que esse último campo da ética seria por demais indeterminado para os propósitos procedimentais de sua teoria.

O TRIUNFO DA RACIONALIDADE INDIVIDUAL SOB O VÉU DA IGNORÂNCIA

Antes de assinarem o contrato social alegórico, os indivíduos precisam ser isolados de outras variáveis que não aquelas necessárias ao estabelecimento do experimento rawlseniano. Como forma de controlar seu método e os resultados esperados dele, Rawls propõe que o procedimento tendente a regular as condições para o estabelecimento de um acordo original devam ser estabelecidas por indivíduos livres e racionais, num dada posição original. Tal posição original nada mais é que um cenário hipotético que estimule uma certa concepção de justiça e corresponde ao cenário do estado de natureza dos contratualistas.

Dada a posição original, os indivíduos irão escolher os princípios de justiça sob o véu da ignorância, conceito este elegantemente formulado por Rawls, para isolar o poder de barganha e o auto-interesse de cada indivíduo. Isto equivale dizer que os poderes de negociação de cada qual e as posições sociais, qualidades pessoais, prestígio e histórias de vida não irão interferir no acordo original, permitindo apenas que a racionalidade individual siga seu curso nas deliberações e nos próprios julgamentos ponderados, os quais nada mais são do que aquelas ponderações feitas sob condições favoráveis para o exercício do senso de justiça. Por ser a posição original o status quo apropriado, o acordo original alcançado será, por definição, equitativo e conseqüentemente essa teoria da justiça é compreendida como justiça como equidade. Os julgamentos ponderados serão alcançadas num equilíbrio reflexivo, ou seja, as condições favoráveis para o exercício do senso de justiça demandam mais do que um primeiro e único julgamento, eles devem revelar um estado no qual o indivíduo pondera varias concepções propostas e, dessa forma, pode revisar seus julgamentos de modo a acatar alguma dessas concepções ou manter-se atrelado as suas convicções iniciais.

Por outro lado, a falta de uma teorização sobre o papel da linguagem no mecanismo dos julgamentos ponderados e dos acordos razoáveis inibe uma exploração maior do potencial explicativo do método rawlseniano no campo da ética.

O CONCEITO DE JUSTIÇA A PARTIR DOS PRINCÍPIOS

O conceito de justiça será definido, a partir do papel dos princípios ao fixar direitos e deveres, num primeiro momento e, após, definir a divisão apropriada das vantagens sociais, segundo estes princípios, seguindo-se uma ordem léxica estabelecida. Os princípios de justiça escolhidos no acordo original entre pessoas livres e racionais são consubstanciados no princípio da igual liberdade (equal liberty principle), em um primeiro plano, e no princípio da justa igualdade de oportunidades (fair equality of opportunity principle), num segundo plano. Nesse momento, revela-se a importância de outro conceito, tendente a aplicar o princípio de justiça escolhido no acordo original para tratar do problema da desigualdade: o *maxmin*. Assim, se a proteção da liberdades civis é assegurada pelo *equal liberty principle*, as vantagens sociais e econômicas devem ser distribuídas de forma a permitir o maior benefício para o menos privilegiado membro daquela sociedade em questão. Portanto, o *maxmin* é uma decorrência da aplicação do *fair equality of opportunity principle*. Em outras palavras, os bens sociais primários dos menos favorecidos devem ser maximizados.

CONCLUSÃO

A formulação intelectual sobre a posição original de Rawls contribui para o debate constitucionalista moderno e para a construção de estatutos sobre a propriedade privada. Assim, o pensamento de Rawls permite o prosseguimento da tradição filosófica liberal, em projetos acadêmicos que considerem a questão da ética.

Além disso, o método proposto por Rawls para alcançar um contrato social justo pode ser utilizado por diferentes sociedades políticas com valores diversos. Nesse sentido, a Teoria da Justiça de Rawls apresenta um potencial analítico promissor em estudos sobre sociedades com democracias estabelecidas assim como em estudos sobre sociedades em processo de democratização.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ARNESON, Richard J. "Justice after Raws" In: DRYZEK, John S., HONIG, Bonnie e PHILLIPS, Anne (ed.).

DALLA-ROSA, Luiz Vergilio. Uma Teoria do Discurso Constitucional. São Paulo: Landy, 2002.

MOTA FILHO, HUMBERTO EUSTÁQUIO CÉSAR. Direito e democracia nas sociedades complexas. Revista de Direito / Câmara Municipal do Rio de Janeiro. Procuradoria-Geral – Vol. 1, n.1 (ago. 1997). Rio de Janeiro.

_____, HUMBERTO EUSTÁQUIO CÉSAR. Introdução ao princípio da capacidade contributiva. Humberto Eustáquio César Mota Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____, HUMBERTO EUSTÁQUIO CÉSAR. Justiça Fiscal e igualdade tributária no Estado Democrático de Direito: uma abordagem jusfilosófica. Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, n. 21 – Rio de Janeiro:JFRJ. 2007, 346 p.

RAWLS, JOHN. A Theory of Justice. Harvard University Press, 1971.

READING RAWLS. Critical Studies on Rawls` A Theory of Justice. Edited by Norman Daniels. Stanford Series in Philosophy. 1989.

O CÓDIGO É SOBREVIVENTE DO TEMPO?

José Alfredo dos Santos Júnior

“A sentire quanto napoletani, lombardi, toscani, parmigiani, modenesi trovassero da lodare nelle leggi e nelle istituzioni delle loro provincie, veniva voglia di domandare a tutti questi ribelli come mai s'erano risolti a licenziare i loro vecchi padroni !”

GIORGINI, G. B. La Camera e i partiti dal 1861 al 1865, Firenze, 1865, p. 7.

“La formazione di un nuovo codice civile, come in realtà di tutta una serie di nuovi codici per le differenti branche del diritto, appariva come il riflesso di quello statualismo giuridico proprio della cultura risorgimentale e si giustificava per il legame che univa, in una visione sicuramente positivistica e formalistica, la legge allo Stato”

GHISALBERTI, Carlo, La codificazione del diritto in Italia 1865-1942, Editori Laterza, Tredicesima edizione, 2009, p. 38.

“La Codificazione significa ben più che l'unificazione formale del diritto privato: essa è l'espressione positiva di un sistema filosofico, essa fu nel secolo XVIII l'attuazione dell'idea individuale nell'ordine dei rapporti civili. Per questo aspetto la Codificazione risponde nel campo del diritto privato a quello che furono le Dichiarazioni dei diritti e le Costituzioni nel campo del diritto pubblico, espressioni esse stesse di un determinato credo filosofico. Come queste erano dirette a garantire le libertà politiche dei cittadini nei loro rapporti collo Stato, così le Codificazioni miravano ad assicurare la libertà civile dell'individuo nella sua vita privata contro le indebite ingerenze del potere politico. Il movimento di emancipazione politica non poteva essere disgiunto dal movimento di emancipazione civile: le Costituzioni e i Codici li riassumono entrambi”.

SOLARI, G., Individualismo e diritto privato (1911), Giappichelli, Torino, 1959, p. 57.

INTRODUÇÃO

No momento em que escrevo este preâmbulo sou consumido por uma turbulência de sentimentos e pensamentos. São muitos dias debruçados sobre esta investigação. Apesar da relativa confusão ou combustão, sinto-me à vontade para compartilhar com os futuros leitores o regozijo que tive neste percurso. Poderia naturalmente transcrever que “provo un certo imbarazzo nel pormi a scrivere, como se mettessi a nudo la mia anima (...)”¹. Se tivesse talento de escritor, penso que escreveria romances históricos, simplesmente pelo privilégio de ser uma personagem ou um narrador ambientado num outro tempo. Ora a investigação que se apresenta proporcionou-me um pouco deste sentimento.

1. LADOS DE UMA MESMA MOEDA: UNIFICAÇÃO E CODIFICAÇÃO ITALIANA

O que representou na história contemporânea da Itália a codificação ou mais precisamente o Código Civil de 1865? Dentre as diversas leituras possíveis sobre a codificação assumiremos inicialmente o significado de assunção pelo político do regramento e direcionamento da sociedade civil². O testemunho da codificação na península itálica só poderá ser adequadamente compreendido no quadro da sua unificação, vez que a ideia de estado reclamava uma unificação legislativa como resultado de uma codificação nacional. Após o Congresso de Viena o recortado sistema normativo italiano experimentou um elevado grau de homogeneidade institucional graças aos códigos pré-unitários surgidos na primeira metade do século XIX. Estes códigos foram decisivamente influenciados pelo modelo napoleônico. Se por uma lado o “code civil” francês imposto à Itália desde 1805 eliminou o pluralismo normativo vigente do “ius comune”. Por outro lado foi a codificação nacional responsável pela unificação de toda a sociedade italiana, destacando-se precisamente o código de 1865. Portanto, a existência dos códigos pré-unitários de inspiração napoleônica, que por sua vez, resgata elementos da cultura jurídica romanística contribui para a formação de um universo jurídico tendencialmente uniforme

¹ ECO, Humberto, *Il Cimitero di Praga*, Romanzo Bompiani, 2010, p. 11.

² GHISALBERTI, Carlo, *La codificazione del diritto in Italia 1865-1942*, Editori Laterza, Tredicesima edizione, 2009, p. 1.

nas suas práticas, sobretudo nas relações privadas. Este contexto, sem dúvida, facilitou a unificação legislativa ocorrida na Itália³, pois desde da imposição do “code civil” francês iniciou-se na Itália uma “cultura de código”, com os respectivos conseqüências, como a assunção dos postulados da Escola da Exegese. Esta assimilação cultural dos postulados exegéticos franceses contribuiu decisivamente para a aproximação também metódica, exteriorizada sobretudo na praxis judiciária (“magistratura unitaria fatta interprete di una sola codificazione”)⁴. A referida uniformidade das práticas jurídicas também foi facilitada pelo “trabalho” exegético de significativa parcela da doutrina a época, que diante da diversidade de normas soube extrair (ou formular argumentativamente!) a semelhança nos seus fundamentos romanísticos, nomeadamente quando da realização “in concreto” do direito. Na verdade, a unificação legislativa constituiu-se uma necessidade para a consolidação do mais novo estado europeu, aqui a dimensão estatal é duplamente convocada, quer pela assunção do político na direção quase exclusiva da sociedade civil, quer por representar uma dimensão importante de afirmação do estado.

O fenômeno da codificação na Europa significou a estatização e nacionalização do direito, superador do antigo “ius commune garante” das dinâmicas sociais e que insistentemente era universal ou pelo menos supranacional (decorrente de sua matriz romanística). Neste sentido, o não reconhecimento das outras fontes de direito e a submissão total e irrestrita à normação estatal apenas confirma a plena subordinação do direito ao poder, ou seja, a própria “statizzazione massificata del diritto”⁵. A soberania do estado e a codificação andaram lado a lado na história jurídica da modernidade. As palavras de ordem na Itália recém unificada eram nacionalização e estatização do direito ... assim o “code civil” que cada soldado francês trazia na mochila era imposto, o que para além de ter sido um importante elemento de coesão social das áreas dominadas,

³ Idem, *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia, La codificazione del diritto nel Risorgimento*, Editori Laterza, Decima edizione, 2006, p. 307.

⁴ Idem, *La codificazione del diritto in Italia 1865-1942*, p. 16 -17.

⁵ Neste sentido: ASTUTI, G. *La formazione dello Stato moderno in Italia*, vol. I, Torino, 1967; MARONGIU, A., *Storia del diritto italiano*, Milano, 1977; CAVANNA, A., *Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giuridico*, vol. I, Milano, 1979; MORTARI, P., *Gli inizi del diritto moderno in Europa*, Milano, 1980; CANNATA, C. A., *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, vol. II: Dal Medioevo all’epoca contemporanea, Torino, 1976; GHISALBERTI, Carlo, *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia, La codificazione del diritto nel Risorgimento*, Editori Laterza, Decima edizione, 2006.

representou também o exercício mediato ou mesmo imediato (em algumas regiões anexadas ao império) da soberania francesa. Se na França o “code civil” assumiu ao mesmo tempo tanto o semblante da estatização quanto o da nacionalização do direito⁶. Nas regiões conquistadas, o bastão do “code civil” gerou tão-só a estatização do direito, não sendo faticamente possível realizar a sua nacionalização, na medida em que constituiu uma imposição bélico-jurídica lograda.

Outro motivo que contribuiu para a codificação na Itália “risorgimentale” foi sem dúvida a refutação dos postulados da Escola Histórica do Direito de Savigny e aceitação das teses de Thibaut no sentido de que cada povo teria o direito de ter um código nacional. Não constitui nosso objetivo reconstituir a polêmica entre Savigny e Thibaut, pois exorbitaria (e em muito!) os estreitos limites desta investigação. Por outro lado, não podemos negligenciar a relativa fortuna que as teses hegelianas encontraram na Itália, nomeadamente da necessidade de codificação e da defesa do direito positivo na sua expressão legislativa em detrimento da forma consuetudinária⁷. Hegel foi um dos autores lidos durante a codificação, os seus textos já estavam disponíveis: “Filosofia del diritto” traduzida por A. Turchiarulo, em Napoli no ano de 1848 e também “Filosofia del diritto, ossia il diritto di natura e la scienza della politica”, traduzida por A. Novelli, em Napoli no ano de 1863⁸. Neste momento, todas as teses contrárias à codificação foram identificadas como conservadoras, reacionárias, sem concretude e até mesmo acusadas de nostálgicas (por exemplo o resgate da retórica). E o pior a assunção do código como ícone de toda uma cultura jurídica obstou uma efetiva discussão sobre a codificação, à partida o código, poder-se-ia discutir aspectos institucionais da ordem jurídica, mas partindo de sua forma codificada⁹. O problema residia efetivamente na redação do código, que deveria refletir as luzes de um positivismo normativista plenamente identificado no estado¹⁰.

⁶ GHISALBERTI, Carlo, La codificazione del diritto in Italia 1865-1942, p. 5.

⁷ Na doutrina: BOBBIO, N. Hegel e il diritto, in A.A.V.V., Incidenza di Hegel. Studi raccolti nel secondo centenario della nascita del filosofo, a cura di F. Tessitore, Napoli 1970, p. 240 ss; AVINERI, S., La teoria hegeliana dello Stato, Bari, 1973, p. 218-219; GARIN, E., Problemi e polemiche dell’hegelismo italiano dell’Ottocento: 1832-1860, in A.A.V.V., Incidenza di Hegel, op. Cit., p. 627 ss.

⁸ GHISALBERTI, Carlo, La codificazione del diritto in Italia 1865-1942, nota nº 11, p. 25.

⁹ Ibid, pp. 6, 9, 37.

¹⁰ Ibid, p. 38.

A conscientização da estreita relação entre “code civil” e o legado romanístico sempre presente na península itálica foi muito especialmente um dos contributos para a codificação aí experimentada¹¹. As categorias jurídicas romanas disciplinaram as relações privadas por séculos e o “code civil” e os códigos pré-unitários de certa forma deram continuidade as referidas categorias, que já estavam completamente incorporadas na tradição jurídica italiana. Se por um lado a presença do “code civil” realizou a estatização máxima do direito, por outro não foi capaz realizar a nacionalização, pois as áreas que o utilizaram eram regiões e províncias¹², mas evidentemente não podemos excluir a sua origem estrangeira e imposta. O que decerto causa uma certa perplexidade é que o orgulho regionalístico resultante de um certo particularismo jurídico ignorou a identidade comum de fundamentos entre o modelo proposto de codificação nacional e as práticas jurídicas experimentadas ao longo dos séculos¹³. O contexto político italiano na segunda metade do século XVIII foi *sui generis*, pois a unificação política só se realizaria plenamente na medida em que impusesse a unificação legislativa. Para o estado unitário um direito unificado. Quanto à realização da unificação legislativa três hipóteses possíveis. A primeira a extensão da codificação do reino da Sardegnia ao restante do território nacional, seja porque teve uma atuação destacada no processo de unificação, seja porque o próprio Estatuto Albertino trazia mecanismos aptos à imposição e anexação. A segunda hipótese consagra o particularismo jurídico, com a defesa da manutenção no todo ou em parte da legislação local, ou quando muito emendada para se adequar à nova ordem constitucional. E por fim a terceira que sustentava a necessidade de formulação de única codificação nacional válida em todo o território da península. A primeira hipótese não prosperou por razões claramente políticas, pois a “*piemontesizzazione*” da Itália esbarrava na Toscana e nas províncias meridionais submetidas ao poder temporal do papa. Some-se

¹¹ “Il nuovo Stato doveva pertanto, elaborare il suo diritto codificato e questo doveva fondarsi necessariamente sulla tradizione giuridica della nazione che non era stata interrotta né aveva conosciuto soluzioni di continuità all’epoca dell’egemonia franco-napoleonica nella penisola. Infatti il code civil del 1804, perché fondato su categorie romanistiche sperimentate e articolato su canoni istituzionali classici, si era perfettamente inserito in quella tradizione nazionale ed era stato applicato da tutto il popolo che, usandolo e non rifiutandolo nei suoi contenuti normativi, aveva mostrato di accettarlo” (Ibid, p. 10) ; Idem, *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia, La codificazione del diritto nel Risorgimento*, p. 309. Para uma abordagem analítica ver muito especialmente: TARELLO, Giovanni, *Storia della cultura giuridica moderna: assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, 1976, p. 536-553.

¹² Idem, *La codificazione del diritto in Italia 1865-1942*, p. 11.

¹³ Idem, *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia, La codificazione del diritto nel Risorgimento*, p. 310.

ainda a incompletude da codificação sarda no tocante às novas matérias que exigiam nova disciplina¹⁴. A consagração do particularismo jurídico através da manutenção de diversos códigos pré-unitários seria uma incoerência, pois a unificação do estado reclamava no âmago a unificação legislativa, sob pena de comprometer a credibilidade da própria unificação, “(...) in contrasto con l’immagine unitaria del Risorgimento e con l’idea di un’Italia una e indivisibile”¹⁵. Sem excluir evidentemente, que os diversos códigos pré-unitários nasceram do exercício normativo de poderes absolutos, por conseguinte desprovido de qualquer legitimidade democrática¹⁶. E a tese de reutilização do “code Napoléon” esbarrava na exigência de um código atual e adequado às necessidades da sociedade italiana dos anos 60, um código que assumisse a laicidade de forma mais robusta e sobretudo um código superador da desigualdade presente no campo familiar e sucessório. Sendo certo que a refutação do “code civil” tem natureza eminentemente política: era imperioso um direito codificado totalmente nacional¹⁷. A hipótese efetivamente seguida foi a da formulação de um novo texto legislativo aplicado a toda população italiana, pois o nascimento do estado impunha a formação de um direito nacional¹⁸. O especial contexto político italiano se por um lado reclamava a centralização administrativa, por outro impunha a unidade na codificação¹⁹. Portanto, “nascevano così quei codici del 1865 espressione tangibile della volontà del potere di realizzare quella effettiva nazionalizzazione del diritto postulata dalla coscienza politica patriottica”²⁰.

A codificação italiana preocupou-se com a uniformização das práticas privadas, quer civil, quer comercial desenvolvidas nos diversos estados. Se por um lado o “Risorgimento” almejava afirmar a unidade e a independência nacionais, por outro não assumiu o caráter de revolução social, pois não transformou as relações patrimoniais existentes. Neste sentido, as principais novidades ficaram restritas ao âmbito da pessoa e do direito de família, permanecendo com o mesmo espírito a regulatória sobre a propriedade, o contrato e as relações de produção e comércio²¹.

¹⁴ Idem, La codificazione del diritto in Italia 1865-1942, p. 31

¹⁵ Ibid, p. 20.

¹⁶ Ibid, p. 15.

¹⁷ Ibid, p. 19 – 20.

¹⁸ Idem, Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia, La codificazione del diritto nel Risorgimento, p. 310-312

¹⁹ Idem, La codificazione del diritto in Italia 1865-1942, p. 12.

²⁰ Ibid, p. 22.

²¹ Sobre aspectos peculiares da “rivoluzione risorgimentale” ver muito especialmente: AQUARONE, A.,

2. ITER FORMATIVO DO “CODICE CIVILE PEL REGNO D’ITALIA”: UMA ABORDAGEM NECESSÁRIA

Quanto ao iter de formação do código de 1865 são comuns as acusações de déficit democrático, haja vista o seu caráter extraparlamentar. O que decerto causa uma certa perplexidade, pois afasta-se do ideário liberal burguês (triumfante na era das codificações!). Há quem obtempera esta escolha em razão da impossibilidade de a classe política realizar uma outra, sobretudo pelas especificidades do contexto político italiano. Ou mais rigorosamente, o governo desejava ultrapassar as dificuldades que a discussão parlamentar certamente traria. Diante da pluralidade de teses como extensão da codificação do reino da Sardegná ao restante do território nacional, defesa da manutenção no todo ou em parte da legislação local e a necessidade de formulação de única codificação nacional válida em todo o território, o governo optou por sacrificar em parte a legitimidade democrática em nome da necessidade e urgência da unificação legislativa para o recém estado italiano²². O processo de formação do “codice civile del 1865” foi marcado por constantes avanços e recuos, num primeiro momento predominou a tese da extensão da codificação do reino da Sardegná (1859) ao restante da Itália. Durante o gabinete de Lamarmora a comissão constituída para este fim foi muito marcada pelo texto albertino de 1837, quer dizer, por elementos da cultura jurídica “piemontesi”. Mesmo o alargamento ocorrido na composição da comissão não foi capaz de superar esta identificação e sobretudo modificar o seu objetivo inicial que era a reforma do código albertino. Neste momento predominaram os anseios da classe política dirigente sarda, o que efetivamente não se manteve ao longo da codificação²³. A pretensão não poderia ser mais sincera quanto foi, a iniciativa ostentava o nome de: “Progetto di revisione

Alla ricerca dell’Italia liberale, Napoli, 1972, p. 276 ss apud GHISALBERTI, Carlo, La codificazione del diritto in Italia 1865-1942, nota nº 10, p. 70.

²² GHISALBERTI, Carlo, Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia, La codificazione del diritto nel Risorgimento, p. 312. Neste sentido: “(...) l’utilizzazione di una delega legislativa per l’approntamento dei codici unitari non soltanto non alterava la prassi in materia ma, probabilmente, rappresentava un espediente indispensabile per la stesura a l’approvazione di testi normativi così delicati e complessi come erano i codici (...) Per questo la via allora seguita dal governo appare logica e naturale e deve essere giustificata anche per il grandioso obiettivo che permise di conseguire al paese in un tempo assai breve, quello cioè di dare allo Stato unitario appena creato una codificazione del diritto destinata, soprattutto nella sua parte essenziale, e cioè per la materia civilistica, a restare lungamente in vigore” (Ibid, p. 313).

²³ Idem, La codificazione del diritto in Italia 1865-1942, p. 39. Neste sentido: AQUARONE, A., L’unificazione legislativa e i codici del 1865, Milano, 1960, p. 6 ss.

del Codice Albertino” apresentado por Cassinis ao parlamento a 19 de junho de 1860. Ora é precisamente aqui que identificamos diferentes leituras, aquela que sustenta tão somente como uma revisão do código albertino, em razão da influência limitadora dos juristas e magistrados sardos sobre a comissão²⁴; ou aquela que radicaliza a influência do “code civil” sobre o projeto²⁵; ou mesmo aquela que embora identifique a tradição francesa presente, reconheceu no projeto diversas novidades²⁶. É bem verdade que o projeto inovou em importantes aspectos, basta invocarmos a extensão dos direitos civis independentemente de reciprocidade, o matrimônio civil, a extinção do instituto da autorização marital e o reconhecimento da plena capacidade da mulher para a administração dos seus próprios bens, o fortalecimento do poder geral de tutela do juízo, dentre outras²⁷. Um segundo projeto elaborado por Cassinis indiscutivelmente progressista e confessadamente inspirado no “code Napoléon” de 1808 também esbarrou numa reorientação da codificação, que não mais aceitava a ideia de extensão da codificação sarda ao restante da Itália²⁸. Sem excluir evidentemente o distanciamento do projeto da praxis judiciária meridional, pois como é cediço o referido privilegiou o diálogo com a experiência prática das instituições judiciárias setentrionais e centrais²⁹.

A partir deste momento inicia-se um segundo momento no iter de formação do código civil de 1865: abandona-se a ideia de revisão do código albertino e assume-se sem peias o modelo napoleônico. Esta linha foi claramente defendida por Miglietti a 9 de janeiro de 1862 quando apresenta sua ideia de “Codice civile pel Regno d’Italia”, posteriormente desenvolvida

²⁴ UNGARI, P., *L’età del codice civile. Lotta per la codificazione e scuole di giurisprudenza nel Risorgimento*, Napoli, 1967, p. 118 ss.

²⁵ ASTUTI, G., Il “Code Napoléon” in Italia e la sua influenza sui codici degli Stati successori, in *Annali di storia del diritto*, XIV-XVII (1970-1973), p. 59-60.

²⁶ AQUARONE, A., *L’unificazione legislativa e i codici del 1865*, Milano, 1960, p. 7.

²⁷ Ver muito especialmente A. P., *Camera dei Deputati, Legislatura VII, Documenti, sessione 1860, n° 71; Lavori preparatori del Codice civile del Regno d’Italia*, vol. IV e V, Roma, 1888-1892 dal Ministero di Grazie e Giustizia e dei Culti. Sobre o projeto: SANDONNINI, Claudio, *Sul progetto di revisione del Codice civile albertino, osservazioni critiche dell’avvocato C. Sandonnini*, Modena: Tipografia di Carlo Vincenzi, 1861; AVOGADRO, Emiliano, *Il progetto di revisione del Codice civile albertino e il matrimonio civile in Italia*, Torino, 1861; GARGANO, Gioacchino, *Osservazioni sul titolo ottavo, libro I del progetto di revisione del Codice civile albertino*, Cosenza: Tip. Migliaccio, 1862; MUSSO, Giacomo Andrea, *Il progetto di revisione del Codice Civile Albertino: libri I, II e III*, Torino: Dalmazzo, 1860.

²⁸ *Lavori preparatori del Codice civile del Regno d’Italia*, vol. VI, Roma, 1888-1892 dal Ministero di Grazie e Giustizia e dei Culti

²⁹ GHISALBERTI, Carlo, *La codificazione del diritto in Italia 1865-1942*, p. 44.

pelas cinco comissões de juristas (Torino, Milano, Firenze, Napoli e Palermo), especialmente constituídas para se atribuir caráter nacional ao futuro código. Sob a perspectiva formal houve uma maior preocupação com a dimensão literária e no plano material manteve-se o matrimônio civil, o reconhecimento da plena capacidade da mulher para a administração de seus bens e a supressão da prisão por dívidas presente em vários códigos pré-unitários, dentre outras³⁰. Com a mudança no “*ministero di Grazia e Giustizia*” Giuseppe Pisanelli sucede Miglietti no projeto da codificação. Ele examinou o texto das cinco comissões ad hoc e a partir dessas observações elaborou um novo projeto que foi apresentado ao Senado na segunda metade de 1863. Não obstante o reconhecimento do imenso contributo do trabalho das comissões a elaboração do material legislativo foi obra do próprio Pisanelli, destacando-se a introdução ao novo projeto. O projeto Pisanelli assumiu como nenhum outro a necessidade de uma postura essencialmente autônoma da codificação unitária, ou seja, sem eleger a priori nenhum código ou modelo de código como paradigma³¹. O Senado nomeou a 17 de julho de 1863 uma comissão com a tarefa de realizar a revisão do projeto, ou de forma mais estreita, suprimir tudo aquilo que fosse considerado demasiadamente progressista em relação à tradição pré-unitária. Sem sombra de dúvida, as alterações perpetradas pela comissão refletiam cristalinamente um opção conservadora, como a introdução de disposições preliminares sobre a irretroatividade da lei e critérios de interpretação. A comissão revisora sem desvirtuar o sentido já objetivamente conservador do projeto de Pisanelli promoveu algumas alterações como a subordinação do gozo de direitos civis pelos estrangeiros à fixação de residência no estado, a restauração da autorização marital para a mulher aceitar uma herança ou doação e mesmo a obrigatoriedade de escritura para a venda de bens imóveis³².

Entretanto, o contexto político *sui generis* paralisou a preparação do código. A “*Convenzione di settembre*” (que previa a retirada das tropas francesas de Roma), a formação do novo governo Lamarmora e a transferência da capital para Firenze paralisaram os trabalhos tendentes à codificação. Mais do que isso, a situação política impôs um novo e decisivo

³⁰ Ibid, p. 42 - 45.

³¹ Ibid, p. 46 - 47.

³² Cfr. A.P., Senato, Legislatura VIII, Documenti, sessione 1863-1864, vol. IV, n° 195.

momento na codificação italiana. A afirmação do “Regno d’Italia” no plano internacional e interno dependia de uma célere unificação administrativa e sobretudo legislativa. A 19 de novembro de 1864 a famosa ordem (“giorno Boggio”) que convidava o governo a apresentar um projeto de lei a fim de promover a mais rápida unificação legislativa e administrativa. A 23 de novembro o conselho de ministros decide pedir ao parlamento autorização para publicar os códigos através de decretos. O pedido de delegação legislativa ocorre no dia seguinte através do ministro Vacca³³, que não encontra forte resistência no parlamento. Para além disso, o pedido de delegação legislativa foi acompanhado da exigência de submissão dos atos normativos do executivo ao parlamento (“delegação imprópria”). O que conservaria a existência institucional e sobretudo política do parlamento, não se trataria de uma pura e simples renúncia de suas prerrogativas. A comissão da câmara responsável pela análise do projeto de unificação legislativa manifestou-se favoravelmente a 12 de janeiro de 1865, considerando a iniciativa do governo adequada e idônea à necessidade do novo estado³⁴. Entre 9 e 22 de fevereiro, a câmara “discute” o projeto de lei, sem introduzir qualquer emenda. O que ocorre também no senado, entre 15 e 29 de março, deste modo a 2 de abril de 1865 foi aprovada a lei sobre a unificação legislativa do “Regno d’Italia”. Esta mesma lei previu a data de 1º de janeiro de 1866 para o início de vigência dos códigos civil e de processo civil. Muitos são os argumentos favoráveis à iniciativa do governo³⁵, entretanto, não podemos deixar de consignar que o procedimento ora descrito carece em parte de legitimidade democrática, na medida em

³³ Cfr. A.P., Camera dei Deputati, Legislatura VIII, Discussioni del 19 novembre 1864, p. 6803.

³⁴ Cfr. A.P., Camera dei Deputati, Legislatura VIII, Documenti, sessione 1863-1865, vol. VI, nº 276 A.

³⁵ “(...) si ebbe la sensazione che l’iniziativa ministeriale rispondesse a criteri di assoluta funzionalità e di indubbia efficienza e che il parlamento non potesse rappresentare la sede adatta per la progettazione e per la discussione di testi normativi dal contenuto tanto ampio e complesso come erano i codici (...) sembrò che alle Camere mancasse quella visione globale del problema in discussione e quella consapevolezza dell’importanza veramente storica della nascita di una codificazione unitaria che erano necessarie perché i codici dello Stato risorgimentale fossero dotati di prestigio presso la società civile (...) Probabilmente un dibattito ampio e articolato sui molteplici aspetti della codificazione (...) avrebbe mostrato l’esistenza di una assai vasta serie di contrasti in materia normativa e avrebbe quindi se non compromesso la realizzazione dell’opera certo sminuito il suo prestigio e il suo ruolo nell’opinione pubblica” (GHISALBERTI, Carlo, La codificazione del diritto in Italia 1865-1942, p. 56-57). Neste sentido também: “(...) l’utilizzazione di una delega legislativa per l’approntamento dei codici unitari non soltanto non alterava la prassi in materia ma, probabilmente, rappresentava un espediente indispensabile per la stesura e l’approvazione di testi normativi così delicati e complessi come erano i codici. Era, infatti difficile che assemblee numerose e politicizzate, come la Camera dei deputati ed il Senato del Regno, potessero essere in grado, non già di elaborare, ma anche di discutere e di approvare l’intera codificazione unitaria” (Idem, Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia, La codificazione del diritto nel Risorgimento, p. 313).

que inviabilizou a possibilidade de debate e discussão parlamentar em nome de uma tal necessidade e urgência do estado italiano. Sem excluir evidentemente a invocação de critérios duvidosos como funcionalidade e eficiência ausentes no parlamento ou a inexistência de visão global do problema. Ou a possibilidade de comprometer o prestígio do código junto à opinião pública e aquele outro de impedir a politização da discussão. Ora o papel do parlamento não é precisamente politizar as discussões! Consideramos que o problema maior nem esteja na iniciativa, mas na ausência de deliberação parlamentar, como é possível discutir e aprovar uma lei de unificação nacional em apenas 27 dias! Ao que parece a atuação do parlamento foi totalmente destituída de verdade, quer dizer, daquilo que se espera de um parlamento. A lei de unificação legislativa foi fruto de um executivo autoritário desejoso de impor a sua vontade e de um parlamento frágil incapaz de realizar, naquele momento, o seu papel institucional e político.

O “Codice civile del 1865” se por um lado representa o auge do “risorgimento” jurídico, por outro assume-se como principal instrumento normativo das dinâmicas sociais no devir histórico italiano. A codificação foi muito simplesmente o resultado da hegemonia das concepções liberais burguesas cultivadas nos séculos XVIII e XIX e na Itália não foi diferente. Devemos entretanto realçar o caráter nacional dessa unificação legislativa, ou seja, o sentido autónomo e patriótico que se revestiu essa codificação. Levar a sério tais argumentos significa enxergar a codificação italiana como a mais alta manifestação de maturidade de uma cultura e de “civiltà del popolo resosi ora capace di produrre una legislazione nazionale”³⁶. Levar a sério tais argumentos significa ainda assumir o código como mecanismo ótimo de progresso e de desenvolvimento. Trata-se decerto de uma visão otimista das potencialidades da codificação que teve de enfrentar/conformar à realidade política, social e econômica assimétrica por excelência. Sem esquecer por fim que o sucesso da codificação foi favorecido pela cultura de obediência aos códigos pré-unitários. Neste sentido, a adesão da sociedade civil pode ser vista como testemunho fidedigno de sucesso do “Codice civile del 1865”, posteriormente confirmado por sua longa existência³⁷. Sem dúvida um dos principais

³⁶ Idem, *La codificazione del diritto in Italia 1865-1942*, p. 80.

³⁷ *Ibid*, p. 86.

avanços trazidos por esse código em relação ao “code Napoléon” foi o recorte mais preciso entre esferas públicas e privadas e sobretudo o tratamento dado às áreas de confluência, como o direito de família. Muito provavelmente esta maior sensibilidade seja uma decorrência do constitucionalismo liberal do “Risorgimento”, especialmente preocupado com as garantias formais de liberdade e com a igualdade civil³⁸.

3. O “CODICE CIVILE DEL 1865” CÓPIA DO “CODE NAPOLÉON” ?

O “Codice civile del 1865” nos seus três livros dedicou-se respectivamente, a pessoa (“Delle persone”); aos bens, a propriedade e as suas modificações (“Dei beni, della proprietà e delle sue modificazioni”); e aos modos de aquisição e transmissão da propriedade e de outros direitos sobre coisas (“Dei modi di acquistare e di trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose”)³⁹, assumidamente inspirado nas “Istituzioni di Gaio” e no “code civil”. A inovação não esteve na divisão dos livros mas nas subdivisões dos títulos, capítulos e seções⁴⁰. A autonomia do “Codice civile del 1865” em relação ao “code civil” pode ser muito especialmente sentida na previsão de existência de corpos morais: “2. I comuni, le provincie, gli istituti pubblici civili od ecclesiastici, ed in generale tutti i corpi morali legalmente riconosciuti, sono considerati come persone, e godono dei diritti civili secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico”⁴¹. O vitorioso ideário revolucionário francês propugnava a eliminação dos corpos intermediários existentes entre o estado soberano e indivíduo (sujeito de direito). Naturalmente o reconhecimento desses entes estava condicionada aos princípios de direito público. Os corpos intermediários poderiam ser reconhecidos como pessoa e gozariam de direitos civis, o que era absolutamente impensável no âmbito do “code Napoléon”⁴².

³⁸ Ibid, p. 90.

³⁹ Cfr. Codice Civile del Regno d’Italia, Torino, Stamperia Reale, 1865.

⁴⁰ GHISALBERTI, Carlo, La codificazione del diritto in Italia 1865-1942, p. 92.

⁴¹ Cfr. Codice Civile del Regno d’Italia, Torino, Stamperia Reale, 1865, p. 1. A autonomia do código italiano em relação do “code civil” é especialmente sublinhada por Paolo Grossi, a partir da existência de disposições preliminares notadamente o art. 3º que remete o problema da lacuna aos princípios gerais do direito (GROSSI, Paolo, L’Europa del diritto, Editori Laterza, 2007, p. 150)

⁴² A doutrina à época reconhecia a plena personalidade jurídica do estado, destacando-se: MANTELLINI, G., Lo Stato e il codice civile, 3 voll., Firenze, 1880-1882 apud GHISALBERTI, Carlo, La codificazione del diritto in Italia 1865-1942, nota nº 13, p. 117. Na doutrina recente: REBUFFA, G., Profili di giuspubblicisti preorlandiani: Giuseppe Mantellini, in A.A.V.V., Materiali per una storia della cultura giuridica, a cura di G. Tarello, vol. IX, Bologna, 1979, p. 368 ss.

Importante novidade foi a que admitia ao estrangeiro o gozo de direitos civis, sem condicioná-los à reciprocidade e à prévia fixação de residência no estado: “3. Lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attributi ai cittadini”⁴³. A manifestação de vontade da pessoa foi assumida exemplarmente, o novo código previu a possibilidade de renúncia à nacionalidade com uma simples declaração de vontade, devidamente acompanhada da fixação de domicílio no estrangeiro. Portanto, não basta a pura e simples declaração de vontade, há de estar presente o referido pressuposto fático. O “Codice civile del 1865” disciplinou nos seguintes termos: “11. La cittadinanza si perde 1º Da colui che vi rinunzia con dichiarazione davanti l’uffiziale dello stato civile del próprio domicilio, e trasferisce in paese estero la sua residenza”⁴⁴. A indispensabilidade do pressuposto fático pode ser corroborada pela possibilidade de o nacional, que perdeu a sua nacionalidade readquirir pela manifestação de vontade de fixar novamente o domicílio no reino italiano no espaço de 1 (um) ano. In verbis: “13. Il cittadino che há perduto la cittadinanza per alcuno dei motivi espressi nell’articolo 11, la recupera, perchè 3º Dichiarar davanti l’uffiziale dello stato civile di fissare e fissi realmente entro l’anno il suo domicilio nel regno”⁴⁵. Nesta situação, o código soube proteger tanto a mulher quanto o filho daquele que perdeu a nacionalidade por motivo de fixação de domicílio no estrangeiro: “11 (...) La moglie ed i figli minori di colui che há perduto la cittadinanza, divengono stranieri, salvo che abbiano continuato a tenere la loro residenza nel regno”⁴⁶. Com vimos, o código atribui grande importância a manifestação de vontade do indivíduo. Uma novidade digna de nota é a presença do matrimônio civil, todavia acompanhado de sua indissolubilidade. O que reflete claramente um postura cautelosa no trato da família. Por um lado, reconhecia que “la celebrazione del matrimonio deve essere preceduta da due pubblicazioni da farsi per cura dell’uffiziale dello stato civile”⁴⁷. E por outro consagrava que “il matrimonio non si scioglie che colla morte di uno dei coniugi”⁴⁸. Embora reconhecesse a possibilidade de separação apenas nos casos expressamente previstos em lei. A laicização do casamento também pode ser claramente percebida nas condições necessárias para contrair

⁴³ Cfr. Codice Civile del Regno d’Italia, Torino, Stamperia Reale, 1865, p. 1.

⁴⁴ Ibid, p. 4.

⁴⁵ Ibid, p. 4 – 5.

⁴⁶ Ibid, p. 4.

⁴⁷ Ibid, art. 70, p. 20.

⁴⁸ Ibid, art. 148, p. 38.

matrimonio previstas no intervalo entre os artigos 53 e 69 do “Codice civile del 1865”. A acentuada disparidade entre homens e mulheres, imediatamente após a unificação política, pode ser especialmente sentida no dispositivo que banaliza o adultério masculino quando reconhece a impossibilidade de se fundar um ação de separação em tal situação: “Non è ammessa l’azione di separazione per l’adulterio del marito, se non quando egli mantenga la concubina in casa o notoriamente in altro luogo, oppure concorrano circostanze tali che il fatto costituisca una inguria grave alla moglie”⁴⁹ ⁵⁰. E muito especialmente na autorização marital que radicalizava a inferioridade negocial e processual da mulher: “La moglie non può donare, alienare beni immobili, sottoporli ad ipoteca, contrarre mutui, cedere o riscuotere capitali, costituirsi sicurtà, nè transigere o stare in giudizio relativamente a tali atti, senza l’autorizzazione del marito”⁵¹. E mesmo a autorização judicial não poderia ser inaudita altera pars, salvo nos casos urgentes: “Il tribunale non può concedere l’autorizzazione, se prima il marito non fu sentito o citato a comparire in camera di consiglio, salvi i casi di urgenza”⁵². No tocante ao reconhecimento de filho natural, o código privilegiou a família em detrimento da filiação: “Il figlio naturale può essere riconosciuto dal padre e dalla madre tanto congiuntamente, quanto separatamente. Non possono però essere riconosciuti 1° I figli nati da persone, di cui anche una soltanto fosse ad al tempo dal concepimento legata in matrimonio con altra persona; 2° I figli nati da persone fra le quali non poteva sussistere matrimonio per vincolo di parentela, o di affinità in linea retta in infinito, o per vincolo di parentela in linea collaterale nel secondo grado”⁵³. Como se vê, o direito da pessoa e da família no “Codice civile del 1865” assumiu em linhas gerais uma feição conservadora e em raríssimos momentos progressista, sobretudo quando disciplinou o estrangeiro e os corpos morais como sujeitos de direito. Em sentido diverso, reconhecendo “prudenza eccessiva” do legislador numa mundividência gradualista dos problemas da sociedade italiana⁵⁴.

⁴⁹ Ibid, art. 150, p. 39.

⁵⁰ Na doutrina: UNGARI, P., Storia del diritto di famiglia in Itália, Bologna 1974, p. 151 ss.; BELLOMO, M., La condizioni giuridica della dona in Itália: vicende antichee moderne, Torino 1970, p. 104 ss.; BESONE, M. Besone - ROPPO, E., Il diritto di famiglia. Evoluzione storica. Principi costituzionali. Lineamenti della riforma, Torino 1979, p. 97 ss.; VISMARA, G., Il diritto di famiglia in Itália dalle riforme ai codici. Appunti, Milano 1978, p. 68 ss.

⁵¹ Cfr. Codice Civile del Regno d’Italia, Torino, Stamperia Reale, art. 134, p. 35.

⁵² Ibid, art. 136, p. 36.

⁵³ Ibid, art. 180, p. 46.

⁵⁴ GHISALBERTI, Carlo, La codificazione del diritto in Italia 1865-1942, p. 97.

O “Codice civile del 1865” foi como todos os seus contemporâneos patrimonialista, fruto da ideologia liberal e individualista presente nos autores da unificação legislativa. Assim como o “code Napoléon”, o código civil italiano tratou imediatamente de suprimir institutos medievais que dificultavam a livre circulação de bens⁵⁵. “Tutte le cose che possono formare oggetto di proprietà pubblica o privata, sono beni immobili o mobili”⁵⁶. Nesta senda absolutiza o direito de propriedade, reconhecendo que: “la proprietà è diritto di godere e disporre delle cose nella maniera più assoluta, purchè non se ne faccia un uso vietato dalle leggi o dai regolamenti”⁵⁷. De forma progressista o código tutelou a propriedade intelectual: “le produzioni dell’ingegno appartengono ai loro autori secondo le norme stabilite da leggi speciali”⁵⁸. Para além de sujeitar a capacidade de adquirir e possuir das instituições eclesiásticas a lei: “i beni degli istituti civili od ecclesiastici e degli altri corpi morali appartengono ai medesimi, in quanto le leggi del regno riconoscano in essi la capacità di acquistare e di possedere”⁵⁹. O código confere ainda ao estado a tutela direta sobre os bens das instituições eclesiásticas: “i beni degli istituti ecclesiastici sono soggetti alle leggi civili e non si possono alienare senza l’autorizzazione del governo”⁶⁰. Não obstante assumisse claramente a ideologia liberal e individualista, o código de 1865 disciplinou o instituto da comunhão de bens: “la comunione di beni, in mancanza di convenzione o disposizione speciali, è regolata dalle norme seguenti”⁶¹. Por fim, a manutenção da enfiteuse, já reintroduzida nos códigos pré-unitários pareceu um retorno ao passado por tratar-se de um ícone da sociedade agrária medieval⁶². In verbis: “L’enfiteusi è un contratto, col quale si concede, in perpetuo o a tempo, un fondo coll’obbligo di migliorarlo e di pagare un’annua determinata prestazione in danare o in derrate”⁶³.

⁵⁵ Ibid, p. 99

⁵⁶ Cfr. Codice Civile del Regno d’Italia, Torino, Stamperia Reale, art. 406, p. 105.

⁵⁷ Ibid, art. 436, p. 112. Devidamente reforçada pela determinação de que “nessuno può essere costretto a cedere la sua proprietà od a permettere che altri ne faccia uso, se non per causa di utilità pubblica legalmente riconosciuta e dichiarata, e premesso il pagamento de una giusta indennità” (Ibid, art. 438, p. 112).

⁵⁸ Ibid, art. 437, p. 112.

⁵⁹ Ibid, art. 433, p. 111.

⁶⁰ Ibid, art. 434, p. 111.

⁶¹ Ibid, art. 673, p. 172.

⁶² GHISALBERTI, Carlo, La codificazione del diritto in Italia 1865-1942, p. 107.

⁶³ Cfr. Codice Civile del Regno d’Italia, Torino, Stamperia Reale, art. 1556, p. 369.

4. A IDEIA DE CÓDIGO É AINDA ATUAL?

Como já vimos, a codificação na Europa significou a estatização e nacionalização do direito, superador do antigo “*ius commune garante*” das dinâmicas sociais e que insitivamente universal ou pelo menos supranacional (decorrente de sua matriz romanística). Ao discutir codificação somos naturalmente impelidos a explorar um novo horizonte reflexivo que se impõe: estará a Europa a experimentar uma nova codificação de seu direito privado? A ideia de código é ainda atual? Não obstante a polissemia que a palavra “código” traduz, não é uma polissemia insuperável, pois podemos identificar na codificação uma propensão à estabilização⁶⁴. Neste sentido, o código assumiu o papel de estabilizar as conquistas burguesas do século XVIII numa perspectiva estatizante e nacional. A codificação traduz muito especialmente num certo momento histórico uma nova forma de se conceber a produção do direito, portanto uma questão central da codificação é a relação entre a ordem jurídica e o poder. Neste momento, o direito resume-se à lei, e a lei é a expressão do estado legislador. O processo de integração europeu iniciado na segunda metade do século passado, de forma lenta e gradual forjou novas formas de produção do direito, convivem nem sempre harmonicamente direito nacional e o direito comunitário (Tratados, Regulamentos e Diretivas). Neste novo horizonte de produção normativa será possível falarmos de codificação? Na verdade, subjacente a esta questão irrompe um outra mais profunda, a codificação ocorreu no paradigma do hierárquico, positivista, estatocêntrico e monológico. De maneira exemplar o jurista e filósofo François Ost, inaugura sua obra “*De la Pyramide au réseau*”, com a constatação de que Kelsen, Hart, Ross, alguns dos melhores intérpretes do pensamento jurídico escreveram suas obras em meados do século XX, que apesar das catástrofes políticas, ainda prevalecia uma visão de mundo caracterizada pela ordem e estabilidade. A ordem política centrada no estado, com poder supremo na ordem interna e soberano nas relações internacionais e a ordem jurídica fundada na norma, imperativa e unilateral, sob ameaça de coerção⁶⁵. Neste pequeno intervalo que nos separa de Kelsen, Hart

⁶⁴ GROSSI, Paolo, *Codici: qualche conclusione tra un millennio e l'altro*, in *Codici una riflessione di fine millennio*, Atti dell'incontro di studio Firenze, 26-28 ottobre 2000, a cura de Paolo Cappelini e Bernardo Sordi, Per la storia del pensiero giuridico moderno, 61, Milano, Giuffrè Editore, p. 580.

⁶⁵ OST, François e KERCHOVE, Michel van de, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis Bruxelles, n° 94, 2002, p. 11.

e Ross o mundo transformou-se ... sem pretensão de apresentar um rol exaustivo Ost invoca, a globalização dos mercados financeiros, a crescente interdependência entre as economias, o surgimento da sociedade de informação, a integração europeia, o enfraquecimento da capacidade de ação dos estados, a emergência do poder privado (corporações transnacionais e organizações não-governamentais), aumento do poder dos juizes, culto dos direitos humanos, multiculturalismo no interior do estado-nação, etc⁶⁶. Ele admite que o modelo hierárquico, positivista, estatocêntrico e monológico está sendo posto em causa por várias teorias alternativas. E seria precisamente a crise que caracteriza a transição de um paradigma para outro. Para além de identificar a crise do modelo piramidal e a emergência gradual de um paradigma concorrente, o da rede de direito, sem contudo desaparecer importantes resíduos do primeiro, o que não deixa de complicar ainda mais o quadro.

Com o paradigma de rede, o estado deixa de ser a única fonte de soberania, o que não se resume apenas a estas escalas, entre poderes públicos infra e supra-estatal, mas alcança igualmente o poder privado, que redistribui-se. A vontade do parlamento deixa de ser aceite como dogma. Os juizes tornam-se co-autores da lei e a delegação do poder normativo, em princípio vedada, multiplicam-se. Os sistemas normativos que no passado reivindicavam pureza metodológica cedem ao modelo interdisciplinar e aos resultados das experiências contextualizadas. A própria justiça que no modelo piramidal reconhecia uma hierarquia de valores fixadas na lei, agora, admite o balanceamento de interesses⁶⁷. Ost fala de duas possíveis atitudes num momento de “crise” de paradigmas. A primeira consiste em abandonar o anterior, o principal expoente desta linha é Gunther Teubner, que celebra a emergência daquilo que denomina “direito espontâneo”, “sociedade heterárquica e global”⁶⁸. Acrescentaríamos ainda as “constituições civis globais” fruto de um desenvolvimento ulterior da teoria dos sistemas, onde a clausura operativa autoprodutiva do direito é transposta para as ordens jurídicas civis globais heterárquicas e plurais⁶⁹.

⁶⁶ Ibid, p. 12.

⁶⁷ Ibid, p. 14.

⁶⁸ Ibid, p. 15. Ver: TEUBNER, Gunther, *Un droit spontané dans la société mondiale?* In *Le droit saisi par la mondialisation*, sous la dir. de Ch. A. Morand, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 197 ss. Ost invoca também BELLEY, J. G., que considera a diluição da normatividade jurídica como solução para a regulação social global no texto *Une métaphore chimique pour le droit*, in *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, LGDJ, 1996, Paris, p. 7 ss.

⁶⁹ TEUBNER, Gunther, *Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* n° 63/1, 2003, p. 1-28; Idem., *Privatregimes:*

A primeira postura parece passar ao largo de qualquer questionamento ético-político, sobretudo quanto ao desaparecimento de valores positivos associados ao modelo piramidal, por exemplo a constelação de valores liberais ligados ao Estado de Direito, notadamente a segurança jurídica⁷⁰. A segunda postura pode exteriorizar-se com a adoção de obstáculos epistemológicos tendentes à reprimir qualquer progresso do paradigma concorrente, sobretudo com a desqualificação das suas interpretações⁷¹.

O paradigma da rede preconiza a regulação no lugar da regulamentação e a governança no de governo. Ost principia invocando uma forte relativização dos postulados da racionalidade e da soberania do legislador⁷². E considera que os valores associados à pirâmide (hierarquia clássica) como coerência, segurança, estabilidade e obediência teriam cedido lugar à rede, onde entretanto cresce os valores da criatividade, flexibilidade, pluralismo e aprendizagem permanente. Ele considera que a rede possui uma capacidade de conviver ou coexistir de forma mais ou menos harmoniosa com valores diversos, inclusive opostos. Em seguida, realiza uma “declaração de amor” aos princípios, ao considerá-los axiomáticamente mais fluidos, portanto, capazes de produzir uma moderação recíproca e a temperança indispensável às sociedades plurais e pluriculturais: *aurea medietas et non aurea mediocritas*⁷³. O modelo piramidal repousa numa ontologia substancialista e mecanicista e na metafísica do sujeito. Por outro lado, o modelo de rede revela uma ontologia relacional e cibernética ligada a uma pragmática da intersubjetividade e da comunicação⁷⁴. Para Ost, o paradigma da rede é um

Neo-Spontanes Recht und duale Sozialverfassungen in der Weltgesellschaft, in Dieter Simon e Manfred Weiss (orgs.), *Zur Autonomie des Individuums*, Baden-Baden: Nomos, 2000, p. 437-53; Idem., *Vertragswelten: Das Recht in der Fragmentierung von Private Governance Regimes*, in *Rechtshistorisches Journal* n° 17, 1998, p. 234-265; Idem., *Nach der Privatisierung? Diskurskonflikte im Privatrecht*, in *Zeitschrift für Rechtssoziologie* n° 19, 1998, p. 8-36; Idem., *Globale Bukowina: Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus*, in *Rechtshistorisches Journal* n° 15, 1996, p. 255-290. Para Teubner a sociedade mundial teria desenvolvido *rule of law* e *due process of law* nos diversos subsistemas sociais. Neste sentido, os procedimentos do Estado de Direito teriam perdido pertinência ao Estado nacional, que passaria a receber “informações” no âmbito dos vários subsistemas sociais. O direito agora “liberto” do estado nacional “surge” das ordens jurídicas plurais. Trata-se de uma teoria pluralista do direito global sem estado, que pretensamente traduz a perda de importância da política no plano global.

⁷⁰ OST, François e KERCHOVE, Michel van de, *De la pyramide ...* p. 16.

⁷¹ ZAGREBELSKY, Gustavo, *Le Droit en douceur*, p. 42.

⁷² OST, François e KERCHOVE, Michel van de, *Rationalité et souveraineté du législateur*, “paradigmes” de la dogmatique juridique ? In *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 97 ss.

⁷³ OST, François e KERCHOVE, Michel van de, *De la pyramide ...* p. 18.

⁷⁴ *Ibid*, p. 18.

instrumento de análise particularmente interessante capaz de dar conta das transformações recentes do estado e da lei⁷⁵.

Quanto à origem etimológica, a palavra “rede” deriva do latim “retis”, foi utilizada no século XVII para designar o entrelaçamento das fibras têxteis ou vegetais, portanto, o uso originalmente sugere uma metáfora têxtil. Certamente, ao longo do processo histórico foi objeto de novos usos nas mais diversas áreas, como militar, astronômica, topográfica, biológica, sociológica, linguística, informática, etc. A polissemia e a indeterminação do termo não impede François Ost de conceituar rede. De maneira positiva, a rede é uma estrutura composta por “elementos” ou “pontos” chamado de “nós”, interligados por “links”, que garantem a sua interconexão ou interação⁷⁶. De maneira negativa, diferentemente de uma estrutura piramidal, hierárquica e “arborescente”, não há nenhum ponto de privilégio ou de subordinação⁷⁷. Neste sentido, trata-se de relações que ocorrem entre os elementos do sistema sem que se possa estabelecer um ponto de partida obrigatório ou uma única via de acesso⁷⁸. Ao contrário da noção de sistema caracterizado pela clausura operativa autopoietica, as redes são estruturas abertas que integram novos nós capazes de se comunicar dentro da rede, pois compartilham os mesmos códigos de comunicação⁷⁹. Por fim, o paradigma da rede é acompanhado de duas outras importantes transformações no universo jurídico-político: primeira, a transição da regulamentação à regulação e aumento do tema governança em detrimento do governo. Parece que “rede”, “regulação” e “governança” constituem a nova tríade “poderosa” em face da clássica: “pirâmide”, “regulamentação” e “governo”. Decerto ainda incapaz de substituir esta última, mas precisamente apta a influir/subverter o seu funcionamento⁸⁰. François Ost explica que o paradigma da rede impõe uma nova forma de produção do direito. Assim o comando unilateral, autoritário, centralizado e soberano é substituído por um ordenamento flexível, descentralizado e frequentemente negociado.

⁷⁵ Ibid, p. 20.

⁷⁶ Ibid, p. 24.

⁷⁷ Ibid, p. 24.

⁷⁸ VIOLA, F. *Autorità e ordine del diritto*, 2ª ed., Turin, G. Giappichelli, 1987, p. 377 ss.

⁷⁹ Idem, op. cit., p. 378; CASTELLIS, M. *La société en réseaux*, tomo I, L'ère de information, Paris, Fayard, 1998, p. 526.

⁸⁰ OST, François e KERCHOVE, Michel van de, *De la pyramide ...* p. 26.

4. 1. A encruzilhada do direito privado europeu

O que efetivamente interessa-nos é verificar se a ideia de “código” pode ser ainda operativa no quadro dos esforços tendentes a harmonizar o direito privado europeu. À partida não se trata de resgatar aquele código de filiação iluminista oitocentista. No fantástico laboratório jurídico europeu a codificação, se é que podemos falar em codificação não é acompanhada da inafastável necessidade de estatização do direito. Se ontem “l’dea di Codice, deposta la sua originaria e naturale proiezione verso un ordine universale, si mortifica spiritualmente e si potenzia effettivamente esprimendo l’ordine giuridico d’uno Stato temporalmente e spazialmente delimitato”⁸¹, hoje a necessidade de harmonização do direito privado europeu naturalmente impõe uma reflexão para além do estado. Sem excluir evidentemente, a impossibilidade de enxergarmos aquele monopólio da produção normativa que residia no estado legislador (“il Codice, quale risultato di una monopolizzazione della produzione giuridica da parte del potere politico, è lo strumento di uno Stato monoclasse (...)”⁸². A necessidade de harmonização do direito privado europeu não convive decerto com pretensões de ser fonte unitária e liga da unidade estatal ou de ser fonte completa e exclusiva da ordem jurídica. São pretensões que pertencem ao um outro tempo histórico. A “codificação” do direito privado europeu naturalmente não carrega a abstração de outrora, hoje a “fattualità” é confessa, os atores estão devidamente identificados: o consumidor, o prestador de serviços, o fornecedor, o transportador. Se quanto ao passado existe dúvidas a respeito da capacidade de comunicação do código, no presente tem-se a certeza que a normativa comunitária não corre o risco de morrer de melancolia decorrente da solidão. Pensar mecanismos de harmonização do direito privado europeu obriga-nos a levar em consideração algumas dimensões. Primeira, as rápidas transformações sociais impõe uma intensa produção normativa, que naturalmente suscita o risco de já nascer “velha” e inadequada a disciplina. A segunda a harmonização precisa levar em consideração a complexidade de algumas situações que convocam diversas dimensões, ou seja, diluição das respectivas fronteiras, como por exemplo entre o econômico e o tecnológico. E a ideia de harmonização nasce justamente para disciplinar as

⁸¹ GROSSI, Paolo, *Codici: qualche conclusione tra un millennio e l’altro*, p. 584.

⁸² *Ibid*, p. 591.

possíveis tensões entre o nacional, o supranacional, bem como o universal a depender da normativa envolvida⁸³. Se por um lado sabemos que “o Código encarnou a autêntica constituição do estado burguês”⁸⁴, temos que os escopos da referida harmonização sejam definitivamente mais tímidos. Os esforços tendentes à harmonização das práticas comerciais não almejam esvaziar o papel das Cartas de Direitos ou das Constituições. Muito menos assumir o seu já esvaziado dirigismo constitucional! O que efetivamente precisamos é de um adequado recorte do “mercado”, não aquele “São Mercado” capaz de alocar eficientemente os escassos recursos disponíveis, mas o mercado da inclusão e da capacitação! A harmonização do direito privado europeu não objetiva afivelar a máscara de constituição europeia das relações privadas. As suas pretensões são muito mais rasas !

A ideia de um código europeu não é nova, Stefano Rodotà⁸⁵ noticia que em 1807, Bigot de Prémeneu, um dos autores do “code civil”, já falava de um direito comum para a Europa. E no Napoléon no exílio em Santa Helena se perguntava: “pourquoi mon code Napoléon n’eut-il servi de base à un Code européen?” Tratava-se muito especialmente de consolidar a hegemonia francesa em toda a Europa. Um dos principais temas nos últimos vinte anos é sem dúvida a crise da forma normativa “código”. Entretanto, consideramos mais adequada a tese de alteração de seu papel. Quanto a esta problemática Natalino Irti em 1978 já anunciava em sua obra “L’età della decodificazione” a crise do códigos a provocar a crise de identidade dos próprios juristas. Código total e juristas intérpretes do código com saber total. Numa postura assumidamente neo-exegética, ele sugere que a afirmação de leis especiais importaria um retorno à Exegese, na medida em que o jurista desenvolveria competências específicas e técnicas os microsistemas⁸⁶. Muito especialmente a proliferação de leis

⁸³ Apesar de não tratar especificadamente da harmonização do direito privado europeu estas considerações foram inspiradas em GROSSI, Paolo, *Codici: qualche conclusione tra un millennio e l’altro*, p. 596.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 597.

⁸⁵ RODOTÀ, Stefano, *Il Codice civile e il processo costituente europeo*, in *Rivista critica dell diritto privato*, 2005, p. 2

⁸⁶ IRTI, Natalino, *L’età della decodificazione*, Milano, 1978. Na doutrina ver muito especialmente: IRTI Natalino, *Dal diritto civile al diritto agrário-momenti di storia giuridica francese*, in *Rivista di diritto agrário* 4, 1961, p. 226-331; HIRSCH, Ernst, *Probleme de kodifikation im lichte der beutigen Erfahrungen und Bedingungen*, in *das Recht im sozialen Ordnungsgefuge-Beitragem zur Rechtssoziologie*, Berlin 1966, p. 139-160; REHBINDER, Manfred, *Status, Contract, and the Welfare State*, in *Stanford Law Review* 1971, n° 23, p. 941-955; JAGGI, Peter, *Privatrecht und staat, Gesammelte Aufsätze*, Zurich 1976, passim, specialmente p. 68 ss.; LIEB, Manfred, *Sonderprivatrecht für Ungleichgewichtslagen? Überlegungen zum Anwendungsbereich der sogenannten Inbaltkontrolle privatrechtlicher Vertage*, *Archiv f. civilistische Praxis* 178, 1978, p. 196-226; WESTERMANN Harm peter, *Sonderprivatrechtliche Sozialmodelle und das allgemeine Privatrecht*, in *Archiv*

especiais pode por em causa um relação promíscua entre a ordem jurídica e a política, sobretudo pelo fato de muito frequentemente a legislação especial ser o resultado de negociações entre interesses setoriais e o poder político. Tal diagnóstico pode ser igualmente encontrado no texto de Pio Caroni, que realça a perda de uniformidade decorrente da emanação de leis especiais que afrontam ao código e desenvolvem-se de forma autônoma, sem necessariamente confirmar as previsões do código⁸⁷. A “de-codificazione” foi explorada por Rodolfo Sacco no texto “Codificare: modo superato di legiferare?”, naquela altura ele sustentou que a forma de código era mais atual, pois a autoridade do código teria sido superada por aquela da constituição; o novo direito é formulado cada vez mais fora do estado; para o bem ou para o mal a lei é mais negociada. Em suma, Sacco a partir de uma leitura técnico-redacional constata que as leis especiais não falam mais a língua do código⁸⁸.

f. civilistische Praxis, 178, 1978, p. 150-195; DE CUPIS, A, A proposito de codice e di codificazione, Rivista di diritto civile 25, 1979, II, p. 47-53; A.A.V.V., Il tramonto della codificazione, Rivista di diritto civile 26, 1980, I, p. 52-90; SACCO Rodolfo, Codificare: modo superato di legiferare?, in: Rivista di diritto civile 1983, I, p. 117-135; CARONI, Pio, Der «demokratische» Code unique von 1881. Eine Studie zur ideologischen Beziehung von Sonderrecht und demokratie, in Caroni P. (curatore), das obligationenrecht 1883-1983, Bern-Stuttgart 1984, p. 19-68; DOLEMEYER, Barbara, Bürgerliches gebetzbuch oder spezialgesetzgebung?- Die discussion um die regelung des dienstvertrages in den sächsischen kodifikationsentwürfen, in H. STEINDL (curatore), Wege zur Arbeitsrechtsgeschichte, Frankfurt am Main 1984, 137 -172; SCHMIDT, Karsten, Die Zukunft der kodifikationsidee - Rechtssprechung, Wissenschaft und Gesetzgebung vor den Gesetzwerken des geltenden Rechts, Heidelberg 1985; CARROZA, Antonio, La décodification du droit agraire italien, in Aspects du droit privé en fin du 20e siècle, Etudes pour M. de Juglart, Paris 1986, p. 205-213; IRTI, Natalino, L'età della decodificazione, 3ª edizione, Milano 1989; IRTI, Natalino, Decodificazione, in Digesto, 4. edizione Torino 1990 (estratto); BYDLINSKI, Franz, Zivilrechtskodifikation und Sondergesetze, in Festschrift Robert Walter, Wien 1991, p. 105-115; ALPA, Guido, La persona-Traccitadinanza e mercato, Milano 1992; ALPA, Guido, Status e capacità, La costruzione giuridica delle differenze individuali, Roma-Bari 1993; CASTRONOVO, Carlo, Decodificazione, delegificazione, ricodificazione, in I cinquant'anni del Codice civile, Atti del Convegno di Milano 4-6 giugno 1992, Milano 1993, II, p. 475-497; CORSALE, Massimo, La codificazione vista dall'età della decodificazione, in Materiali per una storia della cultura giuridica 23, 1993, p. 423-437; IRTI, Natalino, Codice civile e società politica, Roma-Bari 1995; CARONI, Pio, Quale continuità nella storia del diritto commerciale?, in Initium-Revista catalana d'Història del dret 1, 1996, p. 49-61; KNIEPER, Rolf, Gesets und Geschichte. Ein Beitrag zu Bestand und Veränderung des Bürgerlichen Gesetzbuches, Baden-Baden 1996.

⁸⁷ “Sta succedendo qualcosa che, in un modo o nell'altro, va diritto al cuore del concetto codificatorio, ossia all'idea dell'uniformità; che la agredisce, scompone, relativizza, magari anche rinnega (...) Qui penso piuttosto a qualcosa d'altro, e – come subito intuisco – di molto più grave: alla sistematica emanação di leggi che riprendono temi già affrontati dal codice e li svolgono ora in dettaglio e ed in modo del tutto autonomo, ossia senza necessariamente riconfermare le regole finora seguite (...) Così sconvolta, la legislazione giusprivatistica assume le fattezze di un sistema policentrico: che smonta via via la codificazione, ne dissolve l'originaria unità e che proprio per questo orientamento de segno contrapposto ci appare quale de-codificazione” (destaque do original, CARONI, Pio, Saggi sulla storia della codificazione, per la storia del pensiero giuridico moderno, 51, Giuffrè, Milano, 1997, p. 93-94)

⁸⁸ SACCO, Rodolfo, Codificare: modo superato di legiferare?, in Rivista di diritto civile, 1983.

Retomar o desafio da codificação no direito privado europeu não se confunde com a “de-codificazione, mas precisamente com “ricodicizzazione”⁸⁹. Esta temática foi exemplarmente desenvolvida por Stefano Rodotà no texto “Un Codice per l’Europa? Diritti nazionali, diritto europeo, diritto globale”, o primeiro questionamento suscitado pelo autor é se haveria condições históricas capazes de conferir a empresa de um código comum europeu a mesma força simbólica de outrora?⁹⁰ Se por um lado ele reconhece que o código fez parte de um projeto político e institucional que promoveu a unificação legislativa tão cara e indispensável à unificação política e administrativa. Por outro ele identifica na codificação atual uma robusta dimensão técnica voltada para o avanço da unificação europeia⁹¹. O que outrora foi “uno dei sommi fattori dell’unità”⁹², hoje assume às vestes de supranacionalidade⁹³. A preocupação de Rodotà parece estar na proeminência da codificação privada europeia como novo santuário do direito, como a antiga “masses de granit” necessária para dá forma a sociedade⁹⁴. Em termos mais precisos, terá o código a possibilidade de afivelar novamente a sua máscara constitucional? Sem excluir evidentemente que hoje o risco seria ainda maior pela “ricostituzionalizzazione” do direito privado segunda à logica do mercado⁹⁵. Rodotà aponta uma contradição insuperável entre a estabilidade desejada pelo código e fluidez do mercado, “(...) sembra così delinear si una contraddizione insanabile tra codice e mercato”⁹⁶. Quanto à primeira questão temos que não é “proponibile” hodiernamente o código como constituição burguesa que foi outrora⁹⁷. O diagnóstico de Rodotà é super-dimensionado, pois a harmonização do direito privado europeu objetivamente não tem a pretensão de se constituir “masses

⁸⁹ CAPPELLINI, Il codice eterno, La forma-Codice e i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità, in *Codici. Una riflessione di fine millennio*, op. cit., p. 11 s.

⁹⁰ RODOTÀ, Stefano, Un Codice per L’Europa? Diritti Nazionali, Diritto Europeo, Diritto Globale, in *Codici una riflessione di fine millennio*, Atti dell’incontro di studio Firenze, 26-28 ottobre 2000, a cura de Paolo Cappelini e Bernardo Sordi, Per la storia del pensiero giuridico moderno, 61, Milano, Giuffrè Editore, p. 542.

⁹¹ RODOTÀ, Stefano, Un Codice per L’Europa? Diritti Nazionali, Diritto Europeo, Diritto Globale, p. 542.

⁹² Cfr. Codice civile del Regno d’Italia, Relazione ministeriale al Re sul codice civile, Torino, 1866, p. XIII.

⁹³ RODOTÀ, Stefano, Un Codice per L’Europa?, p. 542.

⁹⁴ MADELIN, L., Histoire du Consulat ef de l’Empire, IV. Le Consulat, Paris, 1939, p. 181 apud RODOTÀ, Stefano, Un Codice per L’Europa? Diritti Nazionali, Diritto Europeo, Diritto Globale, p. 543.

⁹⁵ RODOTÀ, Stefano, Un Codice per L’Europa? Diritti Nazionali, Diritto Europeo, Diritto Globale, p. 561.

⁹⁶ Ibid, p. 547.

⁹⁷ MICKLITZ, H. W., Prospettive di un diritto privato europeo: jus commune praeter legem?, in *Contrato e impresa/Europa*, 1999, p. 42.

de granit” do direito privado e menos ainda assumir qualquer feição de dirigismo societário. Parece-nos que os esforços de harmonização do direito privado europeu não constituem uma codificação in progress ou “à droit constant”, como corriqueiramente denominado. Pois a produção de normas comunitárias não deve ser interpretada a partir de lentes do passado, não existem mais os pressupostos ensejadores da codificação burguesa. A produção normativa comunitária é verdadeiramente *sui generis* e deve ser compreendida dentro do seu próprio tempo histórico. Sem que isto importe não reconhecer a importância e o imenso contributo que as investigações históricas podem proporcionar. Neste sentido, em outubro de 1927 foi aprovado em Paris um Projeto de Código Ítalo-francês de obrigações e contratos, que não teve “fortuna” em razão do especial contexto político à época⁹⁸. A necessidade de harmonização do direito privado europeu precisa enfrentar as diferenças culturais entre “civil law” e “common law”, que decerto não são intransponíveis, sobretudo pela intensa produção normativa realizada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (num diálogo criativo entre sistema e caso)⁹⁹. Aqui a tensão não residiria entre a “codificação europeia” e os direitos nacionais, mas precisamente entre a forma de código e “common law”. Rodotà considera ainda que a ideia de codificação do direito privado representaria o momento final do processo de “deregulation”, que não constitui uma diminuição das normas jurídicas, mas justamente uma redução do âmbito das normas de origem pública em prol da normatização privada¹⁰⁰. Será possível um código em tempo de privatização da produção do direito? Como já vimos, as pretensões da harmonização são ainda

⁹⁸ Cfr. *Projet de code des obligations et des contrats (Text définitif approuvé à Paris en octobre 1927)*, p. XXXIV.

⁹⁹ Ver muito especialmente: ALPA, G., *Il codice civile europeo: “e pluribus unum”*, in “*Contratto e impresa. Europa*”, 1999, p. 695-710; VON BAHN, C., *Le Groupe d’études sur un Code civil européen*, in “*Ver. Int. dr. Compare*”, 2001, p. 127-139; MARTIN, D., *Europäische familienrecht-Utopie oder Notwendigkeit?*, in “*Rabels Z.*”, p. 418-453; C. E. PALIERO, *La fabbrica del Golem. Progettualità e metodologia per la “Parte Generale” di un Codice Penale dell’Unione Europea*, in “*Riv. It. Dir. proc. Pen.*”, 2000, p. 464-511. Sobre as diferenças entre “common law” e “civil law” ver muito especialmente: LEGRAND, P., *Sens et non-sens d’un Code civil européen*, in “*Revue internationale de droit compare*”, 1996, p. 779-812; *Idem*, *Against a European Civil Code*, in *Modern Law Review*, 1997, p. 44 ss. Para uma crítica italiana sobre esta tese ver: V. ZENO-ZENCOVICH, *Il codice civile europeo, le tradizioni giuridiche nazionali e il neo-positivismo*, in *Foro italiano*, 1999, V cc.p. 60-68; U. MATTEI, *Il problema della codificazione civile europea e la cultura giuridica. Pregiudizi, strategie e sviluppi*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1998, p. 212-215.

¹⁰⁰ RODOTÀ, Stefano, *Un Codice per L’Europa?* p. 557.

muito rasas, efetivamente só o tempo poderá confirmar ou refutar os medos confessados por Rodotà¹⁰¹. Os traços do atual processo de harmonização do direito privado parecem afastar os temores surgidos ao longo desta última década. Decerto os esforços da harmonização não são apenas expressão de “codice in un mondo economico segnato da una privatizzazione dei processi di produzione del diritto”¹⁰¹. Trata-se de uma perspectiva parcial e sobretudo encastelada sobre os esforços de harmonização do direito privado europeu. Por fim, temos também sérias dúvidas quanto à afirmação corriqueira de que a codificação europeia será mais fácil na matéria de obrigações e contratos, na medida em que transportaria traços marcantes do direito romano e do direito comum¹⁰². O que efetivamente precisa ser sublinhado é a necessidade de um quadro normativo de origem pública para balizar e controlar a produção normativa privada. É imprescindível também destacar uma certa hipertrofia do termo “código”, convocando sobretudo a sua dimensão icônica ou mitológica. A complexidade das relações sociais não permite mais reduzir-se a um único texto. Se é que algum dia foi possível reduzir toda a historicidade dos fatos sociais num texto, com pretensão de totalidade, exaustividade e exclusividade. Neste sentido, há decerto um abandono do instrumento “texto único” e uma progressiva e generalizada “ri-legificazione”, que na experiência jurídica europeia é cada vez mais determinada por condicionantes externos¹⁰³. Há ainda aqueles que enxergam no direito comunitário uma “bizarra codificação extra-nacional”, pelo fato de o direito comunitário ser em parte uma criação anômala, jurisprudencial, e neste sentido muito próximo da formulação jurisprudencial dos tribunais do *ius commune*¹⁰⁴.

A complexidade desta temática impõe-nos debruçar sobre o histórico dessa empresa, só assim conferiremos a concretude necessária ao discurso. Antes de iniciarmos nossa análise impõe-nos uma observação preliminar no sentido de que a harmonização do direito privado europeu surgiu das penas

¹⁰¹ RODOTÀ, Stefano, *Un Codice per L'Europa?* p. 559.

¹⁰² BONINI, R., *Disegno storico del diritto privato italiano (dal codice civile del 1865 al codice civile del 1942)*, Pàtron, Bologna, 1982, p. 56-58.

¹⁰³ Sobre o hipertrofia do termo “código” ver muito especialmente: FERRANTE, Riccardo, *Codificazione e Cultura Giuridica*, Giappichelli Editore Torino, 2006, p. 288.

¹⁰⁴ GRILLI, Antonio, *Per una storia giuridica dell'unione europea: quale diritto per l'Europa?*, in *Lezioni di Storia delle Codificazioni e delle Costituzioni*, a cura di Mario Ascheri, 2008, p. 291.

de investigadores comprometidos com a ideia de uma Europa integrada. O que a priori não isenta o projeto de usos políticos e econômicos não confessados. Sobre o tema há uma farta bibliografia¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Ver muito especialmente: ALPA, G., Il codice civile europeo: “e pluribus unum”, in *Contratto e Impresa Europa*, 1999, p. 695; Idem, European community resolution and the codification of “Private law”, in *European Review of Private Law*, 2000, p. 321; BELLANTUONO, G., Diritto comunitario e diritto dei contratti: armonizzazione o diversificazione?, in R. PARDOLESI (ed.), *Saggi di diritto privato europeo: persona proprietà contratto responsabilità civile private*, Napoli, 1995, p. 83; BUSSANI, M., MATTEI, U., *The Common Core approach to European Private Law*, 1997, in *Columbia Journal of European Law*, 1997-98, p. 339; CAFAGGI, F., *Quale armonizzazione per il diritto europeo dei contratti?*, Padova, 2003; DASKAROLIS, T., In tema di contenuti e di struttura del futuro codice civile europeo, in *Jus*, 1993, p. 121; DE LOS MOZOS, J.L., Codice italiano come “modello” per la codificazione europea, in *Foro Padano*, 1992, p. 46; DROBNIG, U., Scope and general rules of a European Civil Code, in *European Review of Private Law*, 1997, p. 489; Editorial (B. de WITTE), The convergence debate, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1996, p. 105; GAMBARO, A., Perspectives on the codification of the law of property: an overview, in *European Review of Private Law*, 1998, p. 497; GANDOLFI, G., Un Code Européen de Contrats: pourquoi et comment, in AA.VV., *An Academic Green Paper on European Contract Law*, The Hague-London-New York, 2002, p. 193; HONDIUS, E., Towards a European Civil Code: the debate has started, in *European Review of Private Law*, 1997, p. 455; LANDO, O., The Common Core of European Private Law and the Principles of European Contract Law, in *Hastings International and Comparative Law Review*, 1998, p. 810; LAROUCHE, P., *Ius Comune Casebooks for the Common Law of Europe: Presentation, Progress, Rationale*, in *European Review of Private Law*, 2000, p. 101; LEGRAND, P., Against a European Civil Code, in *Modern Law Review*, 1997, p. 44; Idem, Sens et non sens d’un code civil européen, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1996, p. 779; Idem., De la profonde incivilité du Code Civil du Québec, in *Revue Interdisciplinaire d’Études Juridique*, 1996; Idem, Civil Law Codification in Québec: A Case of Decivilisation, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1993, p. 574; Idem, Strange power of words: codification situated, in *Tulane European and Civil Law Forum*, 1994, p. 1; Idem, Civil Code and Civil Law. The “Europeanization” of Private Law Within the European Community and the Re-emergence of a European Legal Science, in *Columbia Journal of European Law*, 1994-95, p. 63; Idem, The impossibility of “Legal Transplants”, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1997, p. 111; Idem, *Fragments on Law-as-Culture*, Deventer, 1999; Idem, A Diabolic Idea, in A. HARTKAMP, M. HESSELINK, E. HONDIUS, C. JOUSTRA, E. DU PERRON, M. VELDMANN (eds.), *Towards a European Civil Code*, Nijmegen, 2004, p. 245; LUIG, K., The History of Roman Private Law and the Unification of European Law, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1997, p. 405; MATTEI, U., Il problema della codificazione civile europea e la cultura giuridica. Pregiudizi, strategie, sviluppi, in *Contratto e Impresa*, 1999, p. 207 (a versão em inglês *The Issue of European Civil Codification and Legal Scholarship: Biases, Strategies and Developments*, in *Hastings International and Comparative Law Review*, 1998, p. 883); Idem, A transaction costs approach to the European Code, in *European Review of Private Law*, 1997, p. 537; Idem, Hard Minimal Code Now! A Critique of “Softness” and a Plea for Responsibility in the European Debate over Codification, in AA.VV., *An Academic Green Paper on European Contract Law*, cit., p. 215; Idem, *Quale Codice Civile per l’Europa?*, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 2002, p. 1; Idem, *The European Codification Process. Cut and Paste*, The Hague-London-New York, 2004; MARKESINS, B., Why a code is not the best way to advance the cause of European Legal Unity, in *European Review of Private Law*, 1997, p. 519; KERAMEUS, K.D., Problems of drafting a European Civil Code, in *European Review of Private Law*, 1997, p. 475; KOOPMANS, T., *Toward a European Civil Code*, in *European Review of Private Law*, 1997, p. 541; KÖTZ, H., Alternativen zur legislatorischen Rechtsvereinheitlichung, in *Rabels Zeitschrift*, 1992, p. 215; RODOTÀ, S., *Aspettando un codice?*, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1998, p. 3; ROSETT, A., Unification, Harmonization, Restatement, Codification and Reform in *International Commercial Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 1992, p. 683; SACCO, R., I problemi dell’unificazione del diritto in Europa, in *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell’economia e Diritto sociale*, 1953, p. 49; Idem, *The system of European Private Law, premises for a European Code*, in A. PIZZORUSSO (ed.), *Italian Studies in Law, Vol. I*, Dordrecht-Boston-London, 1993, p. 71; SANTINI, G., *L’Europa come spazio giuridico unitario: un’armonia nel*

O crescimento vertiginoso das investigações sobre a codificação do direito privado pode ser explicado pela formulação de duas resoluções do Parlamento Europeu, respectivamente de 1989 e 1994, destinadas a inaugurar os trabalhos tendentes à elaboração de um “código comum europeu de direito privado”¹⁰⁶. Uma significativa parcela da doutrina considera incontestável a existência de um direito privado europeu¹⁰⁷, obviamente numa concepção lata, em virtude da presença de um complexo de normas e princípios comuns aos diversos ordenamentos dos estados-membros¹⁰⁸. Num primeiro momento predominou mesmo a

rispetto delle dissonanze, in *Contratto Impresa Europa*, 1996, p. 43; SCHULZE, R., *Auf dem Weg zu einem europäischen Zivilgesetzbuch?*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1997, p. 2742; SNIJDERS, W., *The organisation of the drafting of a European Civil Code: a walk in imaginary gardens*, in *European Review of Private Law*, 1997, p. 483; SMITS, J., *A European Private Law as a Mixed Legal System, Towards a Ius Commune through the Free Movement of Legal Rules*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1998, p. 328; *Ide.*, *Towards a Multi-Layered Contract Law for Europe*, in *AA.VV., An Academic Green Paper on European Contract Law*, cit., p. 387; TILMANN, W., *The legal basis for a European Civil Code*, in *European Review of Private Law*, 1998, p. 471; TUNC, A., *L’Unification du droit des contrats en Europe; avec ou sans loi?*, in *Rivista Diritto Civile*, 1993, p. 701; VAN ERP, J.H.M., *European Private Law: post-modern dilemmas and choices. Towards a Method of Adequate Comparative Legal Analysis*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, agosto 1999, disponível em <http://www.ejcl.org/31/abs31-1.html>; *Idem*, *Positive duties in property law: restrictive covenants, real burdens, qualitative duties*, in *Verso un Codice Civile Europeo?*, *Seminari del dottorato di ricerca in Diritto privato comparato*, Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università degli Studi di Trento, 2 aprile 2000, disponível em <http://www.jus.unitn.it/services/arc/2001/0402/indice.html>; *Idem*, *European Union Case Law as a Source of European Private Law. A comparison with American Federal Common Law*, *Deventer*, 2001, p. 5; VAN GERVEN, W., *Coherence of Community and national laws. Is there a legal basis for a European Civil Code?*, in *European Review of Private Law*, 1997, p. 465. WERRO, F., *Towards Denationalisation of Private Law in Europe*, in F. WERRO (ed.), *New perspective on European Private Law*, Friburgo, 1998, p. 9; ZENCOVICH, V., *The “European Civil Code”, European Legal Traditions and neo-positivism*, in *European Review of Private Law*, 1998, p. 349; *Idem*, *Le basi costituzionali di un diritto privato europeo*, in *Europa e Diritto Privato*, 2003, p. 19; ZIMMERMANN, R., *Civil Code and Civil Law: the “Europeanization” of Private Law within the European Community and the Re-emergence of a European Legal Science*, in *Columbia Journal of European Law*, 1994-1995, p. 68; *Idem*, *Savigny’s legacy: legal history, comparative law and the emergence of a European legal science*, in *Law Quarterly Review*, 1996, p. 576; *Idem*, *Roman Law and Comparative Law: the European perspective (some remarks apropos a recent controversy)*, in *The Journal of Legal History*, 1995, p. 21; *Idem*, *Roman Law and Harmonization of Private Law in Europe*, in A. HARTKAMP, M. HESSELINK, E. HONDIUS, C. JOUSTRA, E. DU PERRON, M. VELDMANN (eds.), *Towards a European Civil Code*, Nijmegen, 2004, p. 21.

¹⁰⁶ Cfr. Resolução A2-157/89, DO C 158 de 26/06/1989 e Resolução A3-0329/94, DO C 205 de 24/07/1994.

¹⁰⁷ Ver muito especialmente: BUSSANI, M., MATTEI, U. (eds.), *Making European Law, Essay on the Common Core Project*, Trento, 2001; MICKLITZ, H.W., *Prospettive di un diritto privato europeo: ius commune praeter legem?*, in ALPA, G., BUCICCO, E.N. (eds.), *Il Codice Civile Europeo*, in *Quaderni di Rassegna Forense*, Milano, 2001, p. 331. A edição especial da revista *European Law Journal*, 2004, n.º 6 inteiramente dedicada ao futuro do direito privado europeu.

¹⁰⁸ ZACCARIA, A., *Introduzione al “diritto privato europeo”*, in *Studium Juris*, 1997, p. 133; KAHN-FREUND, O., *Common Law and Civil Law, Imaginary and Real Obstacles to Assimilation*, in M. CAPPELLETTI (ed.), *New perspectives for a common law of Europe - Nuovelle perspectives d’un droit commun de l’Europe*, Leyden-Sijthoff, 1978, p. 140; Também Reich, N., *Competition between Legal Orders: a new paradigm of EC law?*, in *Common Market Law Review*, 1992, p. 861; LEGRAND, P., *European legal Systems are not Converging*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1996, p. 52; MARTENS, H.J.,

invocação quase mítica do “código”¹⁰⁹, todavia posteriormente os esforços de harmonização assumiram uma feição mais leve, quer dizer, o modelo da “soft law”¹¹⁰. No momento atual não temos dúvidas em afirmar que o caminho mais intensamente explorado tem sido o das diretivas, sobretudo aquelas que versam sobre as relações consumeristas. Há quem entenda que o debate a respeito da codificação do direito privado europeu seja tão-somente o ponto de partida¹¹¹, pois a discussão envolveria dimensões estruturais da própria União Européia¹¹². Se por um lado a harmonização do direito privado é uma necessidade das relações cotidianas e das corporações transnacionais, por outro lado, constitui sem dúvida uma exigência para a afirmação do próprio mercado interno europeu. A idéia de um código como “um instrumento contendo princípios comuns” foi defendida ainda em 1996 por Witte, que procurou realçar na altura uma fase de convergência do direito nos diversos estados-membros da União Européia¹¹³.

A intensa atividade doutrinal despertou interesse da Comissão Européia, que passou a financiar grupos de investigação integrantes da “Commission on European Contract Law” (CECL)¹¹⁴ empenhados sobretudo em formular os “Principles of European Contract Law” (PECL). A matéria eleita como ponto

Nichtlegislatorische Rechtsvereinheitlichung durch transnationales Wirtschaftsrecht und Rechtsbegriff, in *Rabels Zeitschrift*, 1992, p. 219 ss; VAN CAENEGEM, R.C., *European Law in the Past and the Future. Unity and Diversity over Two Millennia*, Cambridge, 2002. Especificamente sobre contratos ver: FONTAINE, M., *Harmonisation du droit des contrats*, in A. WIJFFELS, *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, Bruxelles, 2005, p. 74.

¹⁰⁹ GAMBARO, A. *Codice Civile, Digesto IV*, Torino, 1988, p. 443; PATTI, S., *Diritto privato e codificazioni europee*, Milano, 2004, p. 26.

¹¹⁰ “(...) le codificazioni di oggi sono più caute e molto meno ambiziose; sono limitare nello scopo (oggi siamo ridotti a discutere se il diritto dei contratti debba essere codificato) e sono presentate – prendendo a prestito lo stile USA anche nelle aree tradizionalmente di competenza civilian – come ‘model codes’ o ‘restatements’ (MATTEI, *Hard Minimal Code Now! A Critique of “Softness” and a Plea for Responsibility*, in *The European Debate over Codification*, op. cit., p. 220).

¹¹¹ SACCO, R., *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992, p. 127; MONATERI, P., *La Sineddoche, formule e regole del diritto delle obbligazioni e dei contratti*, Milano, 1984.

¹¹² Neste sentido ver muito especialmente: HONDIUS, *Towards a European Civil Code: the debate has started*, op. cit., p. 456.; SWANN, S., *A European Civil Code: Legal and Political Foundation*, Relazione alla Terza Giornata di Studio “Il Codice Civile Europeo”, Roma, 14 luglio 2001, p. 21 ss.; VON BAR, C., *From principles to codification: Prospect for European Private Law*, Intervenção por ocasião da Quarta Giornata di Studio “Il Codice Civile Europeo”, Roma, 12 luglio 2002 (também em *From principles to codification: Prospect for European Private Law*, op. cit., p. 2; http://www.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission_on_ecl/); BEALE, H. Intervenção por ocasião da Quarta Giornata di Studio “Il Codice Civile Europeo”, Roma, giugno 2000.

¹¹³ WITTE, B., *The Convergence Debate*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1996, p. 105.

¹¹⁴ Trata-se muito especialmente da “Comissão Lando”, a qual elaborou os Principles of European Contract Law (PECL).

de partida para harmonização do direito privado foi o direito contratual, em razão das suas raízes comuns em quase toda a Europa¹¹⁵. Parece que o Principles of European Contract Law não possuem a pretensão de fornecer um modelo para a codificação do direito dos contratos, na medida que os seus idealizadores originariamente propuseram-se a formular “princípios gerais”, vênha pelo óbvio pleonasma¹¹⁶. O ilustre Professor Reinhard Zimmermann, diretor do “Max Planck Institute for Comparative and International Private Law” (Hamburg) sugere que o PECL negligenciou a relação entre as leis gerais dos contratos e as regras gerais das obrigações, para além da falta de coordenação, uma vez que o referido projeto foi realizado em três etapas. Por fim considera mesmo “rudimentary” a PECL, todavia necessário por ser claramente mais criativo do que o “American Restatement”. E sobretudo porque a Comissão Lando jamais explorou de que forma as normas dos contratos de consumo poderiam ser incorporadas aos princípios gerais do contrato. Ao que parece ao tempo dos trabalhos da Comissão Lando, não tinham ainda sido formuladas as diretivas protetivas das relações de consumo. De qualquer forma, a imagem que a PECL transmite é parcial e incompleta¹¹⁷. Outro esforço tendente à harmonização do direito privado europeu tem sido explorar a “*acquis communautaire*” (princípios) no domínio dos contratos, especialmente nos decorrentes das relações consumeristas. Neste sentido, os princípios são publicados pelo “European Research Group on the Existing E C Private Law” (Acquis Group). Para Zimmermann o problema aqui reside no fato de “Acquis Principles” não são submetidos à crítica¹¹⁸. Há ainda notícias do “Study Group” liderada por Christian Von Bar constituída em 1998, sucessor da Comissão Lando, que está a revisar tanto a PECL quanto “Acquis Principles”¹¹⁹.

Entretanto, o maior avanço na harmonização do direito privado ocorre no âmbito das diretivas consumeristas, sem que isto importe necessariamente um diálogo entre as normas consumeristas e os normas

¹¹⁵ Ver muito especialmente: GORDLEY, James Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, 1991; ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Parts I – VI, 1996.

¹¹⁶ ZIMMERMANN, Reinhard, *The Present State of European Private Law*, KNAW Press, Koninklijke Nederlandse , Akademie van Wetenschappen Amsterdam, 2010, p. 8. Igualmente publicado em *American Journal of Comparative Law*, 57(2), 2009, p. 479-512.

¹¹⁷ *Ibid*, p. 9-10.

¹¹⁸ *Ibid*, p. 11.

¹¹⁹ *Ibid*, p. 12.

gerais dos contratos. Sem evidentemente excluir o “Draft Common Frame of Reference” que supostamente representa o ápice de todas as medidas voltadas para a harmonização do direito privado europeu¹²⁰. O Professor Zimmermann denuncia a cooptação política dos esforços acadêmicos de harmonização do direito privado e chama atenção para os riscos decorrentes: “If I may borrow a metaphor current in the field of consumer contract law: a cooling-off period would be desirable, and the European contract law project should be taken off the political track”¹²¹.

Por fim cabe mencionar que a 23 de junho de 2011 o Parlamento Europeu adotou uma diretiva sobre os direitos dos consumidores, proposta pela Comissão Européia em outubro de 2008¹²². A nova diretiva fundiu num único diploma legal quatro diretivas que regulavam as relações consumeristas, a saber: cláusulas contratuais abusivas; venda e garantia dos bens de consumo; venda à distância e venda forçada¹²³. O desafio agora reside precisamente no fato de que as diretivas revistam assentavam-se no postulado da harmonização mínima e a nova preceitua à harmonização total, de forma que nenhum estado-membro poderá adotar normas mais estreitas que as consagradas, sob pena de comprometer o princípio do elevado nível de proteção dos consumidores.

Código europeu! Hoje quando muito harmonização!

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- A.A.V.V., *Incidenza di Hegel. Studi raccolti nel secondo centenario della nascita del filosofo*, a cura di F. Tessitore, Napoli, 1970.
- A.A.V.V., *Il tramonto della codificazione*, *Rivista di diritto civile*, 26, 1980.
- ALPA, Guido, *La persona-Tracittadinanza e mercato*, Milano, 1992.

_____, *Status e capacità, La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Roma-Bari, 1993.

¹²⁰ Ibid, p. 17.

¹²¹ Ibid, p. 21.

¹²² Cfr. IP/08/1474

¹²³ Directiva 93/13/CEE, relativa às cláusulas contratuais abusivas nos contratos celebrados com os consumidores; Directiva 1999/44/CE, relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas; Directiva 97/7/CE, relativa aos contratos à distância; Directiva 85/577/CEE do Conselho, relativa aos contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais.

- _____, Il código cicile europeo: "e pluribus unum", in "Contratto e impresa. Europa", 1999, p. 695-710
- _____, European community resolution and the codification of "Private law", in European Review of Private Law, 2000, p. 321;
- AQUARONE, A., Alla ricerca dell'Italia liberale, Napoli, 1972.
- _____, L'unificazione legislativa e i codici del 1865, Milano, 1960.
- ASTUTI, G., Il "Code Napoléon" in Italia e la sua influenza sui codici degli Stati successori, in Annali di storia del diritto, XIV-XVII (1970-1973).
- _____, La formazione dello Stato moderno in Italia, vol. I, Torino, 1967.
- AVINERI, S., La teoria hegeliana dello Stato, Bari, 1973.
- AVOGADRO, Emiliano, Il progetto di revisione del Codice civile albertino e il matrimonio civile in Italia, Torino, 1861.
- BELLANTUONO, G., Diritto comunitario e diritto dei contratti: armonizzazione o diversificazione?, in R. PARDOLESI (ed.), Saggi di diritto privato europeo: persona proprietà contratto responsabilità civile private, Napoli, 1995, p. 83.
- BELLEY, J. G., Une métaphore chimique pour le droit, in Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité, LGDJ, Paris, 1996.
- BELLOMO, M., La condizioni giuridica della dona in Itàlia: vicende antichee moderne, Torino, 1970.
- BESONE, M. Besone - ROPPO, E., Il diritto di famiglia. Evoluzione storica. Principi costituzionali. Lineamenti della riforma, Torino, 1979.
- BOBBIO, N. Hegel e il diritto, in A.A.V.V., Incidenza di Hegel. Studi raccolti nel secondo centenario della nascita del filosofo, a cura di F. Tessitore, Napoli, 1970.
- BONINI, R., Disegno storico del diritto privato italiano (dal codice civile del 1865 al codice civile del 1942), Pàtron, Bologna, 1982, p. 56-58.
- BYDLINSKI, Franz, Zivilrechtskodificaion und Sondergesetze, in Festschrift Robert Walter, Wien, 1991.
- BUSSANI, M. MATTEI, U., The Common Core approach to European Private Law, 1997, in Columbia Journal of European Law, 1997-98, p. 339.
- _____, Making European Law, Essay on the Common Core Project, Trento, 2001.
- CAFAGGI, F., Quale armonizzazione per il diritto europeo dei contratti?, Padova, 2003.
- CANNATA, C. A., Lineamenti di storia della giurisprudenza europea, vol. II: Dal Medioevo all'epoca contemporanea, Torino, 1976.

- CAPPELLINI, Il codice eterno, La forma-Codice e i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità, in *Codici una riflessione di fine millennio*, Atti dell'incontro di studio Firenze, 26-28 ottobre 2000, a cura de Paolo Cappelini e Bernardo Sordi, Per la storia del pensiero giuridico moderno, 61, Milano, Giuffrè Editore.
- CARONI, Pio, Der «demokratische» Code unique von 1881. Eine Studie zur ideologischen Beziehung von Sonderrecht und demokratie, in Caroni P. (curatore), das obligationenrecht 1883-1983, Bern-Stuttgart, 1984.
- _____, Saggi sulla storia della codificazione, per la storia del pensiero giuridico moderno, 51, Giuffrè, Milano, 1997.
- _____, Quale continuità nella storia del diritto commerciale?, in *Initium-Revista catalana d'Història del dret* 1, 1996.
- CARROZA, Antonio, La décodification du droit agraire italien, in *Aspects du droit privé en fin du 20e siècle*, Etudes pour M. de Juglart, Paris, 1986.
- CASTELLIS, M. La société en réseaux, tomo I, L'ère de information, Paris, Fayard, 1998.
- CASTRONOVO, Carlo, Decodificazione, delegificazione, ricodificazione, in *I cinquant'anni del Codice civile*, Atti del Convegno di Milano 4-6 giugno 1992, Milano, 1993.
- CAVANNA, A., Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giuridico, vol. I, Milano, 1979.
- CORSALE, Massimo, La codificazione vista dall'età della decodificazione, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 23, 1993.
- DASKAROLIS, T., In tema di contenuti e di struttura del futuro codice civile europeo, in *Jus*, 1993, p. 121.
- DE CUPIS, A, A proposito de codice e di codificazione, *Rivista di diritto civile* 25, 1979.
- DE LOS MOZOS, J.L., Codice italiano come "modello" per la codificazione europea, in *Foro Padano*, 1992, p. 46.
- DOLEMEYER, Barbara, Bürgerliches gebetzbuch oder spezialgesetzgebung?- Die discussion um die regelung des dienstvertrages in den sächsischen kodifikationsentwürfen, in H. STEINDL (curatore), *Wege zur Arbeitsrechtsgeschichte*, Frankfurt am Main, 1984.
- DROBNIG, U., Scope and general rules of a European Civil Code, in *European Review of Private Law*, 1997, p. 489; Editorial (B. de WITTE), The convergence debate, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1996, p. 105.
- FERRANTE, Riccardo, *Codificazione e Cultura Giuridica*, Giappichelli Editore Torino, 2006, p. 288.
- GAMBARO, A., Perspectives on the codification of the law of property: an overview, in *European Review of Private Law*, 1998, p. 497.

- _____, Codice Civile, Digesto IV, Torino, 1988, p. 443; PATTI, S., Diritto privato e codificazioni europee, Milano, 2004, p. 26.
- GANDOLFI, G., Un Code Européen de Contrats: pourquoi et comment, in AA.VV., An Academic Green Paper on European Contract Law, The Hague-London-New York, 2002, p. 193.
- GARGANO, Gioacchino, Osservazioni sul titolo ottavo, libro I del progetto di revisione del Codice civile albertino, Cosenza: Tip. Migliaccio, 1862.
- GARIN, E., Problemi e polemiche dell'hegelismo italiano dell'Ottocento: 1832-1860, in
- GHISALBERTI, Carlo, La codificazione del diritto in Italia 1865-1942, Editori Laterza, Tredicesima edizione, 2009.
- _____, Carlo, Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia, La codificazione del diritto nel Risorgimento, Editori Laterza, Decima edizione, 2006.
- GIORGINI, G. B. La Camera e i partiti dal 1861 al 1865, Firenze, 1865.
- GRILLI, Antonio, Per una storia giuridica dell'unione europea: quale diritto per l'Europa? , in Lezioni di Storia delle Codificazioni e delle Costituzioni, a cura di Mario Ascheri, 2008, p. 291).
- _____, L'Italia dal 1865 al 1942: dal mito al declino della codificazione, in Lezioni di Storia delle Codificazioni e delle Costituzioni, a cura di Mario Ascheri, 2008, p. 173).
- GROSSI, Paolo, Codici: qualche conclusione tra un millennio e l'altro, in Codici una riflessione di fine millennio, Atti dell'incontro di studio Firenze, 26-28 ottobre 2000, a cura de Paolo Cappelini e Bernardo Sordi, Per la storia del pensiero giuridico moderno, 61, Milano, Giuffrè Editore.
- HIRSCH, Ernst, Probleme de kodifikation im lichte der beutigen Erfabrungen und Bedingungen, in das Recht im sozialen Ordnungsgefuge-Beitragem zur Rechtssoziologie, Berlin, 1966.
- HONDIUS, E., Towards a European Civil Code: the debate has started, in European Review of Private Law, 1997, p. 455.
- IRTI, Natalino, Codice civile e società politica, Roma-Bari 1995.
- _____, Dal diritto civile al diritto agrario-momenti di storia giuridica francese, in Rivista di diritto agrario 4, 1961.
- _____, Decodificazione, in Digesto, 4. edizione Torino, 1990.
- _____, L'età della decodificazione, Milano, 1978.
- _____, L'età della decodificazione, 3°. edizione, Milano, 1989.
- JAGGI, Peter, Privatrecht und staat, Gesammelte Aufsätze, Zurich, 1976.

O Código é sobrevivente do tempo?

- KAHN-FREUND, O., Common Law and Civil Law, Imaginary and Real Obstacles to Assimilation, in M. CAPPELLETTI (ed.), *New perspectives for a common law of Europe - Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, Leyden-Sijthoff, 1978, p. 140.
- KERAMEUS, K.D. Problems of drafting a European Civil Code, in *European Review of Private Law*, 1997, p. 475.
- KNIEPER, Rolf, *Gesets und Geschichte. Ein Beitrag zu Bestand und Veränderung des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Baden-Baden, 1996.
- KÖTZ, H., Alternativen zur legislatorischen Rechtsvereinheitlichung, in *Rabels Zeitschrift*, 1992, p. 215.
- KOOPMANS, T., Toward a European Civil Code, in *European Review of Private Law*, 1997, p. 541.
- LANDO, O. The Common Core of European Private Law and the Principles of European Contract Law, in *Hastings International and Comparative Law Review*, 1998, p. 810.
- LAROCHE, P. *Ius Comune Casebooks for the Common Law of Europe: Presentation, Progress, Rationale*, in *European Review of Private Law*, 2000, p. 101.
- LEGRAND, P. Against a European Civil Code, in *Modern Law Review*, 1997, p. 44.
- _____, European legal Systems are not Converging, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1996, p. 52.
- _____, Sens et non sens d'un code civil européen, in *Revue International de Droit Comparé*, 1996, p. 779.
- _____, De la profonde incivilité du Code Civil du Québec, in *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridique*, 1996; Idem, *Civil Law Codification in Québec: A Case of Decivilisation*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1993, p. 574.
- _____, Strange power of words: codification situated, in *Tulane European and Civil Law Forum*, 1994, p. 1.
- _____, Civil Code and Civil Law. The "Europeanization" of Private Law Within the European Community and the Re-emergence of a European Legal Science, in *Columbia Journal of European Law*, 1994-95, p. 63.
- _____, The impossibility of "Legal Transplants", in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1997, p. 111.
- _____, Fragments on Law-as-Culture, Deventer, 1999; Idem, A Diabolic Idea, in A. HARTKAMP, M. HESSELINK, E. HONDIUS, C. JOUSTRA, E. DU PERRON, M. VELDMANN (eds.), *Towards a European Civil Code*, Nijmegen, 2004, p. 245
- LIEB, Manfred, Sonderprivatrecht für Ungleichgewichtslagen? Überlegungen zum Anwendungsbereich der sogenannten Inhaltkontrolle privatrechtlicher Verträge, *Archiv f. civilistische Praxis* 178, 1978.

- LUIG, K., The History of Roman Private Law and the Unification of European Law, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1997, p. 405.
- MADELIN, L., *Histoire du Consulat et de l'Empire*, IV. Le Consulat, Paris, 1939.
- MANTELLINI, G., *Lo Stato e il codice civile*, 3 voll., Firenze, 1880-1882.
- MARTENS, H.J., Nichtlegislatorische Rechtsvereinheitlichung durch transnationales Wirtschaftsrecht und Rechtsbegriff, in *Rabels Zeitschrift*, 1992, p. 219.
- MARONGIU, A., *Storia del diritto italiano*, Milano, 1977.
- MATTEI, U. Il problema della codificazione civile europea e la cultura giuridica. Pregiudizi, strategie, sviluppi, in *Contratto e Impresa*, 1999, p. 207 (a versão em inglês *The Issue of European Civil Codification and Legal Scholarship: Biases, Strategies and Developments*, in *Hastings International and Comparative Law Review*, 1998, p. 883)
- _____, A transaction costs approach to the European Code, in *European Review of Private Law*, 1997, p. 537.
- _____, Hard Minimal Code Now! A Critique of "Softness" and a Plea for Responsibility in the European Debate over Codification, in *AA.VV., An Academic Green Paper on European Contract Law*, cit., p. 215.
- _____, *Quale Codice Civile per l'Europa?*, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 2002, p. 1.
- _____, *The European Codification Process. Cut and Paste*, The Hague-London-New York, 2004; MARKESINS, B., Why a code is not the best way to advance the cause of European Legal Unity, in *European Review of Private Law*, 1997, p. 519.
- MICKLITZ, H. W., *Prospettive di un diritto privato europeo: jus commune praeter legem?*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1999.
- _____, *Prospettive di un diritto privato europeo: ius commune praeter legem?*, in ALPA, G., BUCICCO, E.N. (eds.), *Il Codice Civile Europeo*, in *Quaderni di Rassegna Forense*, Milano, 2001, p. 331.
- MONATERI, P., *La Sineddoche, formule e regole del diritto delle obbligazioni e dei contratti*, Milano, 1984.
- MORTARI, Piano, *Gli inizi del diritto moderno in Europa*, Milano, 1980.
- MUSSO, Giacomo Andrea, *Il progetto di revisione del Codice Civile Albertino: libri I, II e III*, Torino: Dalmazzo, 1860.
- OST, François e KERCHOVE, Michel van de, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis Bruxelles, n° 94, 2002.
- _____, *Rationalité et souveraineté du législateur, "paradigmes" de la dogmatique juridique?* In *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987.

- REBUFFA, G., Profili di giuspubblicisti preorlandiani: Giuseppe Mantellini, in A.A.V.V., *Materiali per una storia della cultura giuridica*, a cura di G. Tarello, vol. IX, Bologna, 1979.
- REHBINDER, Manfred, Status, Contract, and the Welfare State, in *Stanford Law Review*, 1971.
- REICH, N., Competition between Legal Orders: a new paradigm of EC law?, in *Common Market Law Review*, 1992, p. 861.
- RODOTÀ, Stefano, Il Codice civile e il processo costituente europeo, in *Rivista critica del diritto privato*, 2005.
- _____, Aspettando un codice?, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1998, p. 3.
- _____, Un Codice per L'Europa? Diritti Nazionali, Diritto Europeo, Diritto Globale, in *Codici una riflessione di fine millennio*, Atti dell'incontro di studio Firenze, 26-28 ottobre 2000, a cura de Paolo Cappelini e Bernardo Sordi, Per la storia del pensiero giuridico moderno, 61, Milano, Giuffrè Editore.
- ROSETT, A., Unification, Harmonization, Restatement, Codification and Reform in International Commercial Law, in *American Journal of Comparative Law*, 1992, p. 683.
- SACCO, Rodolfo, Codificare: modo superato di legiferare?, in: *Rivista di diritto civile* 1983.
- _____, Introduzione al diritto comparato, Torino, 1992, p. 127.
- _____, I problemi dell'unificazione del diritto in Europa, in *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'economia e Diritto sociale*, 1953, p. 49.
- _____, The system of European Private Law, premises for a European Code, in A. PIZZORUSSO (ed.), *Italian Studies in Law*, Vol. I, Dordrecht-Boston-London, 1993, p. 71.
- SANDONNINI, Claudio, Sul progetto di revisione del Codice civile albertino, osservazioni critiche dell'avvocato C. Sandonni, Modena: Tipografia di Carlo Vincenzi, 1861.
- SANTINI, G., L'Europa come spazio giuridico unitario: un'armonia nel rispetto delle dissonanze, in *Contratto Impresa Europa*, 1996, p. 43.
- SCHMIDT, Karsten, Die Zukunft der kodifikationsidee - Rechtsprechung, Wissenschaft und Gesetzgebung vor den Gesetzewerken des geltenden Rechts, Heidelberg 1985.
- SCHULZE, R., Auf dem Weg zu einem europäischen Zivilgesetzbuch?, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1997, p. 2742.
- SMITS, J., A European Private Law as a Mixed Legal System, Towards a *Ius Commune* through the Free Movement of Legal Rules, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1998, p. 328.
- _____, Towards a Multi-Layered Contract Law for Europe, in *AA.VV., An Academic Green Paper on European Contract Law*, cit., p. 387.
- SNIJEDERS, W., The organisation of the drafting of a European Civil Code: a walk in imaginary gardens, in *European Review of Private Law*, 1997, p. 483.

- TARELLO, Giovanni, *Storia della cultura giuridica moderna: assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, 1976.
- TEUBNER, Gunther, *Globale Bukowina: Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus*, in *Rechtshistorisches Journal* n° 15, 1996.
- _____, *Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* n° 63/1, 2003.
- _____, *Nach der Privatisierung? Diskurskonflikte im Privatrecht*, in *Zeitschrift für Rechtssoziologie* n° 19, 1998.
- _____, *Privatregimes: Neo-Spontanes Recht und duale Sozialverfassungen in der Weltgesellschaft*, in Dieter Simon e Manfred Weiss (orgs.), *Zur Autonomie des Individuums*, Baden-Baden: Nomos, 2000.
- _____, *Un droit spontané dans la société mondiale? In Le droit saisi par la mondialisation, sous la dir. de Ch. A. Morand*, Bruxelles, Bruylant, 2001.
- _____, *Vertragswelten: Das Recht in der Fragmentierung von Private Governance Regimes*, in *Rechtshistorisches Journal* n° 17, 1998.
- TILMANN, W., *The legal basis for a European Civil Code*, in *European Review of Private Law*, 1998, p. 471.
- TUNC, A., *L'Unification du droit des contrats en Europe; avec ou sans loi?*, in *Rivista Diritto Civile*, 1993, p. 701.
- MATTEI, U., *Il problema della codificazione civile europea e la cultura giuridica. Pregiudizi, strategie e sviluppi*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1998, p. 212-215.
- UNGARI, P., *L'età del codice civile. Lotta per la codificazione e scuole di giurisprudenza nel Risorgimento*, Napoli, 1967.
- _____, *Storia del diritto di famiglia in Italia*, Bologna 1974.
- VAN CAENEGEM, R.C. *European Law in the Past and the Future. Unity and Diversity over Two Millennia*, Cambridge, 2002. Especificamente sobre contratos ver: FONTAINE, M., *Harmonisation du droit des contrats*, in A. WIJFFELS, *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, Bruxelles, 2005, p. 74.
- VAN ERP, J.H.M., *European Private Law: post-modern dilemmas and choices. Towards a Method of Adequate Comparative Legal Analysis*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, agosto 1999, disponível em <http://www.ejcl.org/31/abs31-1.html>
- _____, *Positive duties in property law: restrictive covenants, real burdens, qualitative duties*, in *Verso un Codice Civile Europeo?*, Seminari del dottorato di ricerca in Diritto privato comparato, Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università degli Studi di Trento, 2 aprile 200, disponível em <http://www.jus.unitn.it/services/arc/2001/0402/indice.html>

O Código é sobrevivente do tempo?

- _____, European Union Case Law as a Source of European Private Law. A comparison with American Federal Common Law, Deventer, 2001.
- VAN GERVEN, W., Coherence of Community and national laws. Is there a legal basis for a European Civil Code?, in *European Review of Private Law*, 1997, p. 465.
- VIOLA, F. *Autorità e ordine del diritto*, 2ª ed., Turin, G. Giappichelli, 1987.
- VISMARA, G., *Il diritto di famiglia in Italia dalle riforme ai codici*. Appunti, Milano 1978.
- WERRO, F., Towards Denationalisation of Private Law in Europe, in F. WERRO (ed.), *New perspective on European Private Law*, Friburgo, 1998, p. 9.
- WESTERMANN Harm peter, Sonderprivatrechtliche Sozialmodelle und das allgemeine Privatrecht, in *Archiv f. civilistische Praxis*, 178, 1978.
- WITTE, B., The Convergence Debate, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1996, p. 105.
- ZACCARIA, A., Introduzione al "diritto privato europeo", in *Studium Juris*, 1997, p. 133.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *Le Droit en douceur*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Paris, 2000.
- ZENCOVICH, V., The "European Civil Code", *European Legal Traditions and neo-positivism*, in *European Review of Private Law*, 1998, p. 349.
- _____, Le basi costituzionali di un diritto privato europeo, in *Europa e Diritto Privato*, 2003, p. 19.
- ZENO-ZENCOVICH, V., Il codice civile europeo, le tradizioni giuridiche nazionali e il neo-positivismo, in *Foro italiano*.
- ZIMMERMANN, R., Civil Code and Civil Law: the "Europeanization" of Private Law within the European Community and the Re-emergence of a European Legal Science, in *Columbia Journal of European Law*, 1994-1995, p. 68; 1999, V cc.p. 60-68.
- _____, Savigny's legacy: legal history, comparative law and the emergence of a European legal science, in *Law Quarterly Review*, 1996, p. 576.
- _____, Roman Law and Comparative Law: the European perspective (some remarks apropos a recent controversy), in *The Journal of Legal History*, 1995, p. 21.
- _____, Roman Law and Harmonization of Private Law in Europe, in A. HARTKAMP, M. HESSELINK, E. HONDIUS, C. JOUSTRA, E. DU PERRON, M. VELDMANN (eds.), *Towards a European Civil Code*, Nijmegen, 2004, p. 21.

6. OUTRAS FONTES

- Codice Civile del Regno d'Italia, Torino, Stamperia Reale, 1865.

- Codice civile del Regno d'Italia, Relazione ministeriale al Re sul codice civile, Torino, 1866
- ARCHIVIO PUBBLICO, Camera dei Deputati, Legislatura VII, Documenti, sessione 1860, n° 71.
- ARCHIVIO PUBBLICO, Camera dei Deputati, Legislatura VIII, Discussioni del 19 novembre 1864, p. 6803.
- ARCHIVIO PUBBLICO, Camera dei Deputati, Legislatura VIII, Documenti, sessione 1863-1865, vol. VI, n° 276 A.
- ARCHIVIO PUBBLICO, Lavori preparatori del Codice civile del Regno d'Italia, vol. VI, Roma, 1888-1892 dal Ministero di Grazie e Giustizia e dei Culti.
- ARCHIVIO PUBBLICO, Senato, Legislatura VIII, Documenti, sessione 1863-1864, vol. IV, n° 195.

CONTRIBUIÇÕES DA NOVA ECONOMIA INSTITUCIONAL (NEI) PARA A ANÁLISE JURÍDICA DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

*Rafael Bianchini Abreu Paiva - Economista do Banco Central do
Brasil, Mestrando em Direito Comercial na USP*

Resumo: O objetivo deste artigo é traçar um paralelo entre a teoria dos custos de transação e o direito comercial, enfatizando a interface com o direito antitruste e a interpretação dos contratos empresariais. Na introdução, apresentamos um breve histórico do debate econômico acerca da teoria da firma, apresentando a crítica da COASE à teoria neoclássica. Em seguida, trazemos a contribuição da Nova Economia Institucional (NEI), enfatizando suas três hipóteses centrais: a racionalidade limitada, o oportunismo e a especificidade de ativos. No item 4, abordamos os modelos com defasagens e fricções, que são a incorporação da teoria dos custos de transação pela teoria neoclássica. No item 5, fazemos uma breve discussão sobre as dificuldades para se interpretar juridicamente formas mais complexas de contratação, as quais, não raramente, são tratadas como sinônimo de práticas anti-concorrenciais. Em seguida, apresentamos um breve paralelo entre a teoria dos custos de transação e o direito antitruste. O item 7 é dedicado à análise da hipótese da racionalidade limitada e seu paralelo jurídico, a possibilidade de resolução contratual por onerosidade excessiva nos casos de variação abrupta da taxa de câmbio. Nesse caso, analisamos a racionalidade econômica da jurisprudência que, baseada no mesmo fato, a maxidesvalorização cambial de 1999, aplicou decisões diferentes para contratos de leasing cambial,

fundos de investimento e derivativos financeiros. No item 8, abordamos a hipótese do oportunismo e sua principal consequência econômica, a seleção adversa, aplicada ao mercado de seguros. No item 9, analisamos como a hipótese da especificidade de ativos pode explicar racionalmente decisões aparentemente díspares a respeito da possibilidade de resilição contratual unilateral em contratos de longa duração. Por fim, apresentamos as principais conclusões do artigo.

1. INTRODUÇÃO

Desde o final do século XIX, a teoria neoclássica tem sido hegemônica no pensamento econômico e, por essa razão, não é incomum que os economistas neoclássicos sejam chamados de *mainstream*. Para esses autores, a unidade de análise é formada por agentes racionais, que alocam recursos de modo a maximizar uma dada função-objetivo. Os consumidores formam sua demanda com base nas suas preferências individuais, na sua restrição orçamentária e nos preços relativos. De outro, as firmas demandam fatores de produção com base na sua função de produção e nos preços relativos dos insumos. Nas versões mais simplificadas, presentes em praticamente todos os livros-texto de microeconomia¹, a decisão do consumidor não difere da decisão do produtor².

Até o início do século XX, a teoria neoclássica desenvolvia sua teoria com duas estruturas de mercado extremas: a concorrência perfeita e o monopólio. Na primeira, as firmas representam parcela ínfima do mercado, a ponto de não conseguirem influenciar a demanda de mercado. Já no monopólio, a função de demanda da firma é a própria demanda de mercado. Nos anos 20, essa visão simplificadora da concorrência de mercado passou a ser fortemente contestada, com destaque para a crítica de SRAFFA (1926)³ à teoria da concorrência perfeita. Segundo o italiano, a

¹ EATON, B. Curtis & EATON, Diane F. Microeconomia. Tradução de Cecília C. Barnalotti; Revisão técnica Sérgio Goldbaum, André Marques Rebelo. São Paulo: Saraiva, 1999. PINDYCK, Robert S & RUBINFELD, Daniel L. Microeconomia. 6. Ed. – São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2005. VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de & OLIVEIRA, Roberto Guena de. Manual de Microeconomia. 2. Ed. – São Paulo, Atlas, 2000.

² Dito isso, não é de surpreender que parte da doutrina e da jurisprudência entendam que o Código de Defesa do Consumidor deve ser aplicável não apenas às relações consumeristas, mas a todos os contratos, o que reitera o paralelo entre a teoria econômica e o direito comercial.

³ SRAFFA, P. The laws of returns under competitive conditions. *Economic Journal*, v. 36, 1926. Reimpresso em *Literatura Econômica*, v. 4, n. 1, pp. 13-34, 1982.

teoria da concorrência perfeita baseava-se em duas hipóteses irrealistas: a de que as firmas não seriam capazes de diferenciar produtos (curva de demanda da firma horizontal) e a de que os custos marginais seriam crescentes (lei dos rendimentos marginais decrescentes).

No início dos anos 30, ROBINSON (1933)⁴, no Reino Unido, e CHAMBERLIN (1933)⁵, nos Estados Unidos, formularam modelos de concorrência imperfeita e monopolística, respectivamente, os quais incorporam as críticas de SRAFFA (1926). Esses modelos neoclássicos levam em conta a diferenciação de produtos e serviços e a possibilidade de as firmas produzirem com custos marginais decrescentes. Entretanto, a hipótese de inexistência de barreiras à entrada leva à conclusão de que, no longo prazo, o lucro é nulo como no modelo de concorrência perfeita.

Ainda nos anos 30, COASE (1937)⁶ criticou a simplicidade com que a teoria neoclássica tratava a firma, baseada nos ajustes automáticos entre produção e consumo determinados pelo sistema de preços, tido como algo natural, independente de decisões de planejamento. O autor reconhece que alguns economistas, como Marshall, não ignoravam a importância da organização nas decisões de produção. Nesse sentido, fora da firma prevaleceria a coordenação via mecanismo de preços e dentro na firma a coordenação pela hierarquia.

O autor ressaltou que a utilização do mercado tem custos, pois recorrer ao sistema de preços envolve não apenas o custo de se obter informações a respeito dos preços relevantes, mas de negociar e concluir contratos. Frente à inviabilidade de se recorrer ao mercado e concluir contratos individuais para cada transação de mercado, as firmas podem decidir internalizar a produção de alguns produtos e serviços. Entretanto, tal alternativa pode resultar em deseconomias de escala, sendo tão dispendiosas quanto recorrer ao mercado. Por essa razão, o tamanho das firmas seria determinado não apenas pela tecnologia, mas também pelos custos de transação.

Por essa razão, COASE enfatiza as soluções intermediárias entre o mercado e a hierarquia, ou seja, contratos de prazo mais longo, negligenciadas pela teoria neoclássica tradicional. Ao contrário da teoria

⁴ ROBINSON, Joan (1933). *The economics of imperfect competition*. London: Macmillan, 1969.

⁵ CHAMBERLIN, E. H. (1933). *Teoría de la competencia monopolística*. México: Fondo de Cultura, 1956.

⁶ COASE, Ronald Harry (1937). *The Nature of the Firm*. *Economica* v.4, n.16, pp. 386-405.

neoclássica, que define a firma como unidade que aloca os fatores de produção a partir dos preços de mercado, COASE a identificava como um feixe de contratos.

2. A CONTRIBUIÇÃO DA NOVA ECONOMIA INSTITUCIONAL (NEI)

Desde a sua publicação, até o início dos anos 70, o artigo de COASE (1937) não teve muita repercussão, em parte porque, nos anos 30, o debate econômico estava centrado na incorporação dos ensinamentos de KEYNES à teoria macroeconômica, em parte por causa do método de argumentação não baseado em modelos matemáticos.

Posteriormente, WILLIAMSON (1985)⁷ retomou os ensinamentos de COASE (1937), formulando a Nova Economia Institucional (NEI), que tem como ponto focal a teoria dos custos de transação. Assim como a tória neoclássica, a NEI é essencialmente microanalítica. Entretanto, em vez de entender a firma como mera entidade organizadora de fatores de produção, a NEI retoma a ideia de firma como feixe de contratos e interpreta a firma como uma estrutura de governança. Ademais, preocupa-se com as instituições ex post dos contratos, os quais são entendidos de maneira ampla, como acordos que moldam expectativas e comportamentos.

3. AS TRÊS HIPÓTESES DA NEI

A esmagadora maioria dos economistas não abre mão da hipótese da racionalidade dos agentes econômicos. Entretanto, há dissenso quanto ao grau dessa racionalidade. A teoria neoclássica, em suas diferentes variações, adota a hipótese de racionalidade forte, que minimiza a importância das limitações cognitivas. Na sua versão mais sofisticada, ela significa que os agentes irão obter informações até o ponto em que os custos marginais de obtenção das informações e as receitas marginais se igualem. Além disso, ainda que os agentes não consigam atribuir conscientemente probabilidades de ocorrência para todos os eventos, os preços praticados irão refletir as probabilidades implicitamente atribuídas.

⁷WILLIAMSON, Oliver E. (1985) *The Economic Institutions of Capitalism. Firms, Markets, Relational Contracting*. Nova York: The Free Press, pp.15-42 (Transaction Cost Economics).

No extremo oposto, os autores evolucionistas, como NELSON & WINTER (1982)⁸ adotam a hipótese da racionalidade fraca ou orgânica. Como o desenvolvimento econômico depende essencialmente de inovações tecnológicas, procedimentais e institucionais, esses autores retomam a ênfase dada por Schumpeter nas inovações. Para os evolucionistas, a busca incessante por inovações é análoga às mutações genéticas, ou seja, possui alto grau de aleatoriedade. Ademais, haveria um processo de seleção das inovações análogo à seleção natural. O sucesso das inovações depende de diversos elementos, tais como o desenvolvimento tecnológico, contexto macroeconômico e reações de concorrentes e consumidores, e de um horizonte de tempo relativamente longo, inviabilizando a aplicação dos critérios de maximização neoclássicos. A incapacidade cognitiva dos agentes e a forte incerteza levam os agentes a adotarem comportamento defensivo por meio da adoção de comportamentos convencionais e rotineiros. Em suma, face à incerteza total frente ao futuro, os agentes, em vez de planejarem o longo-prazo, adotam procedimentos referenciados nos procedimentos dos outros agentes de mercado.

A NEI, por sua vez, adota uma hipótese intermediária, retomando a hipótese da racionalidade limitada desenvolvida por Simon. Nessa vertente teórica, além de custosa, a obtenção das informações esbarra nas limitações cognitivas dos agentes e na impossibilidade, ex-ante, de prever todas as contingências futuras.

WILLIAMSON entende que não há incompatibilidades entre a hipótese da racionalidade limitada e da racionalidade forte, pois elas servem a diferentes objetivos. Enquanto a racionalidade limitada diz respeito aos contratos de curto e médio prazo, a racionalidade orgânica é relativa aos contratos de longo-prazo relacionados às inovações, nos quais o nível de incertezas é muito mais alto.

De qualquer modo, por mais diligentes que sejam os agentes, é possível que ocorram situações impensáveis que tornem o cumprimento dos contratos excessivamente oneroso e, por vezes, socialmente ineficiente. Por essa razão, há, no direito privado, a previsão de resolução contratual quando um fato imprevisível tornar sua execução extremamente onerosa (Código Civil, art. 478).

⁸ NELSON, R. & WINTER, S. An evolutionary theory of economic change. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1982.

Também é relativamente consensual entre os economistas que os agentes econômicos agem voltados aos seus próprios interesses. Para a economia neoclássica, uma vez que os agentes negociem para o estabelecimento das regras do jogo, eles irão comportar-se de maneira maximizadora, mas respeitando as regras do jogo. WILLIAMSON entende que, além de auto interessados, os agentes possuem algum grau de malícia, ou seja, os agentes são oportunistas, de modo que, se os agentes reconhecerem vantagens em burlar os contratos, eles irão fazê-lo.

O auto interesse explicaria porque deve ser entendido que os agentes veem na contratação uma situação mais vantajosa que a não contratação, ao passo que o oportunismo explica a tendência de os agentes tentarem se desvincular de compromissos firmados se houver possibilidade de ganhos maiores. Por essa razão, uma a força obrigatória dos contratos é um princípio estruturante do direito privado. Cientes desses princípios, os agentes tendem a postergar ao máximo o momento a partir do qual se obrigam perante outros agentes e, por essa razão, o Código Civil também estabelece, no art. 427 que, uma vez feita a proposta, ela tem efeitos vinculantes.

Essa malícia também explica a intenção deliberada de o agente tentar estabelecer cláusulas contratuais ambíguas sem que o outro contratante tenha conhecimento disso.

Desse modo, será possível burlar os termos do acordo de vontades sem, no entanto, infringir, explicitamente, o contrato. Portanto, o oportunismo explica porque, em diversos ordenamentos, nos contratos de adesão, quando houver cláusulas ambíguas ou contraditórias, adota-se a interpretação mais favorável ao aderente (Código Civil, art. 423).

Por fim, o oportunismo ajuda a entender porque, em alguns contratos, os agentes exigem salvaguardas que incentivem suas contrapartes a cumprir o acordado, como, por exemplo, ocorre com as arras ou sinal. O agente racional somente irá descumprir o contrato se houver uma possibilidade de contratação cujo benefício supere a perda das arras.

Quando o oportunismo estiver associado com assimetria de informações na fase pré-contratual, estaremos diante da hipótese da seleção adversa. Se a associação ocorrer na fase pós-contratual, há risco moral. Isso adquire relevância extrema no mercado financeiro e no mercado de seguros, o

que explica a necessidade de cadastros de consumidores inadimplentes, cadastros positivos de bons tomadores de empréstimos e questionários extensos a respeito das características dos consumidores.

Por fim, a NEI entende que, frequentemente, as empresas realizam investimentos vultosos em ativos que não possuem mercado secundário. Por essa razão, enquanto o investimento não for amortizado, o agente que adquiriu os ativos específicos fica extremamente dependente do outro contratante. Isso explica porque salvaguardas são muito importantes em contratos que envolvem especificidade de ativos.

O contratante que adquire ativos específicos fica extremamente vulnerável à sua contraparte. Nesse sentido, a vedação ao abuso de direito (CC, art. 187) pode ser invocada pela parte prejudicada. Ademais, a parte que investe em ativos específicos depende da execução contratual e a ameaça de resilição unilateral é um meio de submetê-la aos desígnios da sua contraparte. Por essa razão, ainda que exista previsão contratual de resilição unilateral, ela somente terá efeitos se os investimentos já estiverem amortizados (CC, art. 473, parágrafo único).

Os princípios da probidade e da boa-fé são estruturantes de todos os negócios e podem ser aplicados às três hipóteses elencadas por WILLIAMSON. A própria noção de boa-fé objetiva está intimamente relacionada à hipótese da racionalidade orgânica: sendo impossível prever as contingências futuras, exige-se do agente um comportamento condizente com os demais agentes de mercado, ou seja, o comportamento do homem ativo e probo. Por essa razão, não é de se estranhar o apelo excessivo ao artigo 422 do Código Civil em situações de grande complexidade.

Em outras palavras, recorrer ao mercado tem custos e riscos, e, por essa razão, nem sempre é a melhor alternativa. Economicamente, isso explica as decisões das firmas internalizarem determinadas decisões ou adotarem formas mais complexas de contratação. Juridicamente, essas três hipóteses são úteis para se entender alguns princípios que norteiam a disciplina dos contratos empresariais.

Segundo a NEI, a desconsideração dessas três hipóteses leva a economia neoclássica a focar sua análise apenas ao aspecto *ex ante* dos contratos, ou seja, à negociação dos termos e o estabelecimento de salvaguardas

que levam à elaboração dos contratos. Para a teoria neoclássica tal como ela se apresentava nos anos 70, uma vez que as partes tenham contratado, elas irão se comportar de acordo com o previsto.

Quadro 1- Hipóteses comportamentais x direito obrigacional

Racionalidade Limitada	Oportunismo	Especificidade de ativos
Reconhecimento da incompletude contratual pela possibilidade de resolução contratual por onerosidade excessiva (CC, art. 478)	<i>Ex-ante:</i> Vinculação à proposta de contrato (CC, art. 427) <i>Ex-post:</i> força obrigatória dos contratos; Direito de retenção das arras (CC, art. 418); Interpretação favorável ao aderente (CC, art. 423)	Vedação ao abuso de direito (CC, art. 187); Limites à rescisão contratual unilateral (CC, art. 473, parágrafo único)
Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.		

Notas referentes à tabela⁹

⁹Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 427. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.

Art. 418. Se a parte que deu as arras não executar o contrato, poderá a outra tê-lo por desfeito, retendo-as; se a inexecução for de quem recebeu as arras, poderá quem as deu haver o contrato por desfeito, e exigir sua devolução mais o equivalente, com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, juros e honorários de advogado.

Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 473. Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.

Ao se levar em conta as dimensões comportamentais dos agentes, ou seja, a racionalidade limitada e o oportunismo, e a especificidade de ativos, a teoria dos custos de transação visa a dar conta da dimensão *ex post* dos contratos, a qual envolve elementos como mudanças contratuais relacionadas a erros, omissões, lacunas e fatores imprevisíveis, que são frequentemente negligenciados pela abordagem tradicional.

Ademais, ao contrário da teoria neoclássica, que se pretende atemporal, a NEI procura ressaltar a importância do contexto social, ou seja, do ambiente institucional e da função econômica do contrato. WILLIAMSOM também lembra que a NEI não é incompatível com a Teoria Evolucionista, pois, enquanto o horizonte temporal da primeira é o curto e o médio-prazo, o horizonte temporal das inovações, foco da teoria evolucionista, é o longo-prazo.

4. A INCORPORAÇÃO DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO PELA TEORIA NEOCLÁSSICA

Os custos de transação seriam os custos de se usar o mercado ou, na definição de Arrow, os custos de fazer o sistema econômico funcionar. A teoria neoclássica, ao incorporar os custos de transação, entende que eles comporiam a função de custo das empresas, sendo adicionados aos custos de produção e independentes deles. Dentro desta visão, os custos de transação seriam meras fricções de mercado, as quais retardariam algumas causalidades econômicas, sem, no entanto, alterar as conclusões.

Para os economistas neoclássicos, assim como os modelos da física, os modelos econômicos podem abstrair as fricções, sem gerar maiores distorções. Isso porque, após mudanças relevantes no ambiente, os agentes não podem ajustar suas condutas imediatamente, pois têm necessidades de cumprir contratos já firmados e de renegociar os contratos em andamento, tornando os ajustes defasados.

A teoria monetária apropriou-se da ideia de custos de transação como sinônimo de fricções, pois se observa empiricamente que há defasagem de efeitos da política monetária. Atualmente, esse tipo de interpretação é muito utilizado, como se depreende explicitamente deste trecho do BANCO CENTRAL DO BRASIL (2009, PP. 125-126)¹⁰:

¹⁰ Banco Central do Brasil. Relatório de Inflação. Junho de 2009. Disponível em <http://www.bcb.gov.br/htms/relinf/port/2009/06/ri200906b8p.pdf>

*Considerando sua natureza incerta e variável, as defasagens dos efeitos da política monetária sobre a atividade e os preços constituem preocupação constante para os formuladores de política monetária. Dentre os diversos canais mais frequentemente apontados como relevantes para a transmissão da política monetária, o canal da demanda, o canal externo e o canal das expectativas recebem atenção especial do Banco Central (...) o canal da demanda reflete o arranjo institucional do setor produtivo, no sentido de que o lag de transmissão é determinado pela **longevidade dos contratos firmados entre os agentes (empresas, pessoas e governos) e pelas fricções que retardam a transferência dos efeitos das mudanças ao longo da cadeia produtiva**. O canal de câmbio se apoia essencialmente em duas condições de não arbitragem: uma no **mercado de ativos** e outra no mercado de bens internacionalmente transacionáveis. Devido a **custos de transação relativamente menores, o primeiro mecanismo, em princípio, operaria de forma rápida (...)**(grifos nossos)*

A NEI entende que a redução do conceito de custos de transação a fricções é reducionista, pois os custos de transação e custos de produção são interdependentes e que haveria um trade-off entre custos de transação e ganhos de produtividade que resultam da divisão do trabalho.

Apesar de o próprio WILLIAMSON (1985: p. 18) ressaltar a ênfase da NEI na análise institucional comparativa, FURUBOTN & RICHTER(2000)¹¹ resgatam estudos do pós-guerra, os quais estimaram que, nas modernas economias de mercado, os custos de transação representam entre 50% e 60% do produto interno líquido¹² dos países. Mais do que isso, dada a sua relevância, a NEI entende que o desenvolvimento econômico pode ocorrer tanto pela via do progresso técnico, quanto pela redução dos custos de transação.

Um operador do direito, acostumado no seu dia a dia com disputas envolvendo a elaboração e execução de contratos, ao ler as críticas da NEI à teoria neoclássica da firma, tende, em um primeiro momento, a chocar-se com a simplicidade com que diversos economistas tratam da realidade empresarial. Entretanto, a definição de empresário do Código Civil, art. 966

¹¹ FURUBOTN, Eirik Grundtvig & RICHTER, Rudolf. Institutions and Economic Theory – The Contribution of the New Institutional Economics. The University of Michigan Press, 2000.

¹² Produto interno líquido = produto interno bruto - depreciação

como “quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços” é praticamente idêntica à definição neoclássica de firma.

Além disso, devido a um tratamento simplificador da realidade empresarial, a disciplina dos contratos empresariais também é deficiente, seja pela deficiência das normas gerais de interpretação dos contratos empresariais, seja pelo fato de a legislação muitas vezes ignorar as realidades contratuais mais complexas. Por essa razão, é frequente a tentativa de enquadramento dos tipos contratuais mais complexos nas categorias existentes, o que gera uma dissociação da realidade contratual das categorias legais. Isso certamente contribui para o apelo excessivo a conceitos extremamente abertos como boa-fé e lealdade.

5. CONTRATOS COMPLEXOS: PRÁTICAS ANTICONCORRENCIAIS OU ESTRATÉGIAS COMPETITIVAS?

As formas mais complexas de contratação podem ser estratégias empresariais que visem à redução dos custos de transação e, conseqüentemente, obtenção de vantagens competitivas ou podem ser estratégias de eliminação da concorrência. Em um primeiro momento, a compreensão deficiente dos contratos comerciais mais complexos levou à identificação automática desses contratos empresariais com condutas anticoncorrenciais por parte de muitos economistas e autoridades antitruste. Em outras palavras, as formas complexas de contratação refletiriam algumas das hipóteses tipificadas na lei 12.529/2012, art. 36.

WILLIAMSOM entende que essa abordagem focada no aspecto anticoncorrencial subdivide-se em duas vertentes, sendo que uma dá atenção à relação entre empresários e compradores de seus produtos¹³ e a outra nas relações entre empresários. Entre as primeiras, teríamos as teses das vendas casadas e da discriminação de preços. Por outro lado, com foco na empresa, teríamos a teoria das barreiras à entrada e das estratégias competitivas.

¹³ Nesse sentido, o conceito de comprador compreende o usuário final e empresários que utilizem esses produtos nas atividades profissionais.

A tese das vendas casadas identifica as formas mais complexas de contratação como uma forma de as empresas explorarem segmentos de mercados próximos aos já explorados e, desse modo, usar o poder de mercado para apropriar-se de excedentes de outros mercados. Na lei 12.529/2012, art. 36, § 3º, a conduta do inciso XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem - subsuma-se a esta hipótese.

Essa visão foi criticada pela Escola de Chicago e caiu em desuso entre os economistas, apesar de WILLIAMSOM (1985: p. 25) ressaltar que ela continua tendo apelo junto a juristas. Isso porque a atuação em mercados complementares está subordinada à atuação no mercado principal, não sendo possível, nesse caso, maximizar a lucratividade simultaneamente em dois mercados a partir de uma mesma decisão. Por essa razão, a atuação em mercados complementares seria um caso particular de discriminação de preços, prática que também é repelida pela legislação antitruste brasileira, no art. 36, § 3º, inciso X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços. Cabe ressaltar que, para a NEI, nem sempre a discriminação de preços reflete práticas anticoncorrenciais, já que ela pode refletir descontos para os agentes que aceitam submeter-se a salvaguardas contratuais.

A teoria das barreiras à entrada tem como principal expoente BAIN (1956)¹⁴. Segundo o autor, as barreiras à entrada existem porque as empresas já estabelecidas possuem vantagens em relação às potenciais entrantes. Essa vantagem pode ser medida pela diferença entre os preços praticados no mercado e os preços que prevaleceriam em situações competitivas sem que novas empresas se estabeleçam no mercado.

A lei 12.529/2012, art. 36, § 3º, III considera infração à ordem econômica o estabelecimento de barreiras à entrada. Há diversas estratégias possíveis para limitar a entrada de novos participantes no mercado: controle dos mercados de fatores de produção relevantes, domínio de canais de distribuição e, caso as barreiras à entrada sejam insuficientes para impedir o estabelecimento de concorrentes, praticar preços abaixo do custo por um período de tempo

¹⁴BAIN, J. Barriers to new competition. Cambridge, Massachussets: Harvard Univerity Press, 1956.

suficientemente longo para expulsar os potenciais entrantes. Ciente dessa possibilidade e da dificuldade de se comprovar a conduta do inciso III, o legislador enumera, também no § 3º, diversas práticas que resultariam em barreiras à entrada e que, por essa razão, são vedadas:

IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;

VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;

XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo;

Além disso, WILLIAMSOM entende que muitos autores reconhecem nos contratos complexos um comportamento estratégico das empresas frente à concorrência que visam ao aumento do poder de mercado. Entretanto, a abordagem do comportamento estratégico não abandonaria a hipótese neoclássica de independência dos custos de produção, determinados pela tecnologia, e dos custos de transação.

Em oposição aos autores que identificam as formas mais complexas de contrato com práticas anticoncorrenciais, WILLIAMSOM identifica abordagens que enfatizam os ganhos de eficiência desses contratos. Nesse sentido, a lei 12.529/2012, art. 36, § 1º enuncia que “a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo (domínio de mercado relevante de bens ou serviços)”. A abordagem da eficiência poderia ser dividida em dois enfoques distintos: contratos como mecanismos de incentivos e meios de economizar custos de transação.

Os autores que ressaltam a importância dos mecanismos de incentivos enfatizam a dimensão ex-ante dos contratos e, segundo WILLIAMSOM, a principal falha desses autores seria a adoção da hipótese da racionalidade plena, cuja principal consequência seria a completude contratual. Essa

abordagem, por sua vez, subdivide-se nas vertentes: a que enfatiza os direitos de propriedade e a que prioriza a relação agente-principal.

Os primeiros apoiam-se no teorema de COASE (1960)¹⁵, segundo o qual, “se as partes puderem negociar sem custos e com possibilidade de obter benefícios para todos os envolvidos, o resultado das transações será eficiente, independentemente de como estejam especificados os direitos de propriedade.” Como a negociação envolve assimetria de informações e tem custos, é necessário que as partes especifiquem direitos de propriedade para que os recursos sejam alocados de maneira eficiente. Nesse sentido, o contrato seria um instrumento de divisão de custos, riscos e receitas esperadas.

Por outro lado, autores como Jensen enfatizam as assimetrias de informação que envolvem a relação agente-principal. Como os contratantes não possuem condições de saber se os contratados atuam a seu favor, eles procuram estabelecer, ex-ante, mecanismos de incentivo para que os contratados, maximizando o seu interesse, também maximizem o interesse do contratante. A forma mais simples é o estabelecimento de comissões sobre vendas realizadas por empregados ou representantes comerciais.

Como regra geral, o Código Civil, no art. 119, trata da relação agente-principal ao estabelecer que “*é anulável o negócio concluído pelo representante em conflito de interesses com o representado, se tal fato era ou devia ser do conhecimento de quem com aquele tratou*”.

A teoria da agência ganha maior relevância em grandes corporações e, por essa razão, a lei 6.404/76 estabelece deveres e vedações específicos aos acionistas em geral (art. 115), aos acionistas controladores (art. 116, parágrafo único) e aos administradores (arts. 153-158). Em setores alguns setores regulados, como o financeiro, a questão dos incentivos aos administradores adquire tal importância que sua nomeação dos administradores é sujeita ao crivo do respectivo regulador, conforme se depreende da Resolução CMN 3041/2002, art. 1º, parágrafo 1º: “(...) *os atos de eleição ou nomeação de membros de órgãos estatutários devem ser submetidos à aprovação do Banco Central do Brasil (...)*”.

WILLIAMSON entende que a abordagem de incentivos, apesar de avançar ao reconhecer as formas complexas de contratação como meio de aumento de eficiência, pecam ao basearem-se em hipóteses comportamentais fortes e, por essa razão, não conseguiriam dar tratamento

¹⁵ COASE, Ronald. The problem of social cost. Journal of law and economics 3, 1960. Pp. 1-44.

adequado à dimensão ex-post dos contratos. Por essa razão, as abordagens de incentivos seriam um caso especial da teoria dos custos de transação ao abrirem mão da hipótese da racionalidade limitada.

Procuraremos demonstrar que as hipóteses da racionalidade limitada (seção 7), oportunismo (seção 8) e especificidade de ativos (seção 9) podem preencher o conteúdo de normas gerais e específicas dos contratos, conferindo maior racionalidade às decisões dos tribunais, as quais, diversas vezes, são apenas aparentemente contraditórias. Nesse sentido, nos contratos que envolvem variação cambial, as hipóteses da racionalidade limitada e das dimensões implícitas do contrato são melhores para delimitar o alcance do art. 478 do Código Civil que a hipossuficiência do consumidor. Nos contratos de seguro, o correto entendimento da diferença entre oportunismo pré-contratual e pós-contratual não geraria a confusão entre as interpretações dos arts. 766 e 768 do Código Civil. Por fim, a aparentemente contradição em decisões sobre a possibilidade de resilição unilateral de contratos relacionais de longo-prazo seria desfeita por uma leitura dos acórdãos à luz da hipótese da especificidade de ativos.

Quadro 2–Hipóteses comportamentais x abordagem econômica

Racionalidade Limitada	Oportunismo	Especificidade de ativos	Arranjo	Abordagem econômica
Ausente (racionalidade instrumental plena)	Presente	Presente	Planejamento	Ausência de problemas de execução (Direitos de propriedade e Agência)
	Presente Ausente Presente		Promessa	Comportamento estratégico em jogos sequenciais; Reputação empresarial
Presente	Presente	Ausente	Competição	Mercados competitivos ou contestáveis
Presente	Presente	Presente	Governança	Teoria dos custos de transação

6. OS CUSTOS DE TRANSAÇÃO E ANTITRUSTE

A visão de que contratos complexos refletiriam condutas anticoncorrenciais encontra respaldo nas legislações antitruste. Nesse sentido, é comum haver restrições tanto à discriminação de preços quanto às restrições verticais.

Apesar de o CADE ter julgado apenas dois casos de acusações de práticas anticoncorrenciais com base na discriminação de preços¹⁶, a jurisprudência do Conselho é no sentido de que não necessariamente a discriminação de preços constituiu infração à ordem econômica. Nos Estados Unidos, o órgão antitruste tem modificado o entendimento a este respeito, passando a aceitar a diferenciação de preços quando se comprovar que ela reflete diferenciais de custos, conforme se depreende dessa passagem na qual se analisa a discriminação de preços da indústria farmacêutica:

*A indústria farmacêutica norte-americana faz discriminação de preços (preços mais baixos para planos de saúde, beneficiários do Medicaid etc). Isso pode refletir tanto **custos não diretamente relacionados com a produção** ou oferta de serviços diferenciados. Tampouco se descarta que seja prática anticoncorrencial, o que é mais provável quando há barreiras à entrada no mercado em questão ou quando há poucos tratamentos alternativos.¹⁷*

Como as formas contratuais mais complexas são uma alternativa à integração vertical, também é comum a visão de que a fixação de preços de revenda, acordos de exclusividade, e restrições territoriais e de base de clientes devem ser combatidas. Neste sentido, a prática de “impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros” é considerada infração da ordem econômica, conforme disciplina da lei 12.529/2012, art. 36, § 3º, IX. Entretanto, o CADE tem reconhecido que nem sempre tais práticas são anticoncorrenciais, conforme se depreende das súmulas 4 e 7 de 2009:

¹⁶ Houve três processos no CADE referentes à discriminação de, mas, em um deles, houve prescrição intercorrente, equivalente à preempção. A jurisprudência do CADE a respeito da discriminação de preços está disponível em <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e15cb044c84cdd37c95ea276bc56d673c6>

¹⁷ Federal Trade Commission. The Pharmaceutical Industry: A Discussion of Competitive and Antitrust - Issues in an Environment of Change. Disponível em <http://www.ftc.gov/reports/pharmaceutical/drugexsum.shtm>

Súmula CADE nº 4/2009 “É lícita a estipulação de cláusula de não-concorrência na vigência de joint venture, desde que guarde relação direta com seu objeto e que fique restrita aos mercados de atuação”.

Súmula CADE nº 7/2009 “Constitui infração contra a ordem econômica a prática, sob qualquer forma manifestada, de impedir ou criar dificuldades a que médicos cooperados prestem serviços fora do âmbito da cooperativa, caso esta detenha posição dominante”.

Finalmente, a NEI entende que suas hipóteses comportamentais aliadas com a consideração da especificidade de ativos podem conferir instrumentais mais sólidos para a regulação de monopólios. A teoria neoclássica, ao interpretar a empresa monopolista como um agente que maximiza a captação de excedente dos consumidores, recomenda que as concessões públicas sejam outorgadas àqueles que se comprometerem a ofertar menor preço. WILLIAMSOM critica essa visão porque ela desconsideraria a especificidade de ativos, ou seja, é frequente que, em concessões públicas, os investimentos não tenham usos alternativos e que, por essa razão, os licitantes desejem obter retorno mais alto, o qual seria uma salvaguarda para a especificidade de ativos. Por essa razão, seria racional que, em concessões que envolvem alto grau de especificidade de ativos, o Estado arcasse com os custos fixos, como o trem de alta velocidade e os aeroportos regionais.

7. RACIONALIDADE LIMITADA E TEORIA DA IMPREVISÃO

A organização da atividade econômica de que trata o Código Civil, art. 966, envolve riscos, sendo que a assunção de riscos é um dos fatores que diferenciam as relações empresariais das relações de trabalho, o que está consolidado na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, conforme se pode extrair do acórdão transcrito abaixo¹⁸:

ESTORNO DAS COMISSÕES. VENDAS CANCELADAS. VALIDADE. De acordo com o disposto no artigo 466 da Consolidação das Leis do Trabalho, consideram-se efetuadas as vendas quando concluída a transação. A jurisprudência desta Corte superior tem adotado o

¹⁸ TST, RR 244000-87.2003.5.12.0018, 1ª Turma, Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, DEJT 25.02.2011. Nesse mesmo sentido, ver também TST, AIRR 131740-96.2006.5.04.0402, 8ª Turma, Rel. Min. Dora Maria Costa, DEJT 19.04.2011 e TST, RR 32-66.2010.5.06.0000, 2ª Turma, Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos, DEJT, 20.05.2011.

*entendimento de que a transação é ultimada quando ocorre o acordo entre o comprador e o vendedor. Assim, uma vez realizada a venda, não há falar em estorno das comissões em virtude do cancelamento da venda pelo comprador, visto que **o risco da atividade empresarial é do empregador**. Precedentes desta Corte superior. Recurso de revista conhecido e provido. (o destaque é nosso)*

Não há como se imaginar atividade econômica sem risco. Além disso, quanto maior o risco tomado, maior a rentabilidade¹⁹. O empresário diligente não é aquele que não toma riscos, mas aquele que procura antecipar-se a todos os riscos e, por essa razão, tira proveito econômico de todos os riscos que, deliberadamente, incorre. Entretanto, por mais diligente e prudente que seja um empresário, sua racionalidade é limitada, de modo que não é possível antecipar-se a todos os riscos e, por essa razão, contratos podem se tornar excessivamente onerosos por razões imprevisíveis.

Conforme argumentamos, o legislador, atento a esta possibilidade, estabeleceu a possibilidade da resolução contratual decorrente da onerosidade excessiva no Código Civil, art. 478. Uma questão de difícil solução é delimitar o que seria evento imprevisível. A caracterização da imprevisibilidade depende não apenas do ambiente macroeconômico e institucional, mas também do tipo de agente econômico, se empresário ou consumidor e, em se tratando de empresário, quais são os eventos que ele deve prever e quais eventos são realmente imprevisíveis. Por essa razão, um mesmo evento pode ser considerado previsível em algumas circunstâncias e imprevisível em outras.

A maxidesvalorização cambial de 1999 ilustra como um evento pode, simultaneamente, ser considerado previsível e imprevisível em diferentes contextos. Em países emergentes como o Brasil, desvalorizações cambiais abruptas são relativamente frequentes e, como se pode visualizar no Gráfico 1, nos últimos quinze anos houve três fortes depreciações cambiais: 1999, 2002 e 2008. Curiosamente, a maxidesvalorização de 1999 foi a de menor magnitude entre as três, mas foi a que mais causou controvérsias sobre sua imprevisibilidade.

¹⁹ A esse respeito, ver ASSAF Neto, Alexandre. Mercado financeiro. 8 Ed. 2 reimpressão. São Paulo: Atlas: 2008. Pp. 207-219.

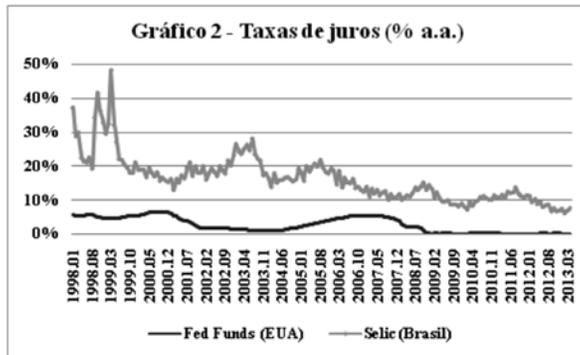


Fonte: Banco Central do Brasil

Em 1999, quatro meses após a flexibilização cambial, o dólar havia se apreciado 37% frente ao real. Na crise de 2008, o real perdeu 43% do seu valor frente ao dólar nos quatro primeiros meses. Na primeira crise, não houve surpresa quanto à direção da variação cambial, pois o Banco Central do Brasil conduzia uma desvalorização lenta e gradual da taxa de câmbio. Por outro lado, antes da crise de 2008, o real vinha se apreciando frente ao dólar desde meados de 2004 e discutia-se até que ponto o real se apreciaria. Portanto, entre as três crises analisadas, a de 1999 foi a de menor magnitude e, ao contrário da crise de 2008, o câmbio já vinha se depreciando nos meses que antecederam a maxidesvalorização.

Entretanto, em 1999 a reversão de expectativas foi mais abrupta, pois até então o Banco Central se comprometia com um regime de bandas cambiais, ou seja, a autoridade monetária manteria a taxa de câmbio dentro de um intervalo de variação previamente divulgado ao mercado. Já em 2008, o regime de câmbio flexível com intervenções pontuais da autoridade monetária (flutuação suja) estava consolidado. Isso explica porque a crise de 1999 teve maior repercussão que as crises de 2002 e 2008.

No biênio anterior à desvalorização cambial, em virtude da política de manutenção de câmbio apreciado em meio às crises da Ásia (1997) e Rússia (1998), a taxa básica de juros brasileira, Selic, esteve constantemente acima de 20% ao ano para poder atrair capitais que sustentassem o regime de bandas cambiais, tendo chegado a quase 50% ao ano. A taxa básica de juros nesse nível praticamente inviabilizou os empréstimos lastreados em captação interna, pois é impensável que empréstimos de maior valor tenham taxas acima de 50% ao ano. Simultaneamente, a taxa básica de juros dos Estados Unidos estava em torno de 5% ao ano (Gráfico 2).



Fonte: Banco Central do Brasil (BCB) e Federal Reserve (Fed)

Os bancos, valendo-se do diferencial de taxa de juros, adotaram a estratégia de captar recursos no exterior para emprestá-los internamente. Entretanto, para manter o equilíbrio econômico-financeiro dessas operações, estabeleciam que o saldo devedor fosse corrigido pela taxa de câmbio, que estava se depreciando lentamente (Gráfico 1).

Os consumidores, ao procurarem financiamento de veículos, se deparavam com duas possibilidades: leasing cambial, com saldo devedor corrigido pela taxa de câmbio e taxas de juros que correspondiam à taxa de juros norte-americana mais um spread e leasing vinculado às taxas de juros praticadas no mercado interno. Devido ao grande diferencial de taxas de juros, praticamente todos os financiamentos de veículos concedidos no período foram indexados à taxa de câmbio. Após janeiro de 1999, as dívidas contraídas excessivamente onerosas devido à grande elevação do saldo devedor.

O poder judiciário entendeu que a teoria da imprevisão poderia ser aplicada aos contratos de leasing cambial firmados entre consumidores e instituições financeiras. Para não desequilibrar a situação dos bancos, que haviam lastreado esses financiamentos em captações externas, decidiu-se que, se a instituição financeira comprovasse a captação externa de recursos, o ônus da desvalorização cambial deveria ser distribuído equitativamente entre consumidores e instituições financeiras. Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é esclarecedora:

CIVIL. ARRENDAMENTO MERCANTIL. CONTRATO COM CLÁUSULA DE REAJUSTE PELA VARIAÇÃO CAMBIAL. VALIDADE. ELEVAÇÃO ACENTUADA

DA COTAÇÃO DA MOEDA NORTE-AMERICANA. FATO NOVO. ONEROSIDADE EXCESSIVA AO CONSUMIDOR. REPARTIÇÃO DOS ÔNUS. LEI N. 8.880/94, ART. 6º. CDC, ART. 6º, V. I. Não é nula cláusula de contrato de arrendamento mercantil que prevê reajuste das prestações com base na variação da cotação de moeda estrangeira, eis que expressamente autorizada em norma legal específica (art. 6º da Lei n. 8.880/94). II. Admissível, contudo, a incidência da Lei n. 8.078/90, nos termos do art. 6º, V, quando verificada, em razão de fato superveniente ao pacto celebrado, consubstanciado, no caso, por aumento repentino e substancialmente elevado do dólar, situação de onerosidade excessiva para o consumidor que tomou o financiamento. III. Índice de reajuste repartido, a partir de 19.01.99 inclusive, eqüitativamente, pela metade, entre as partes contratantes, mantida a higidez legal da cláusula, decotado, tão somente, o excesso que tornava insuportável ao devedor o adimplemento da obrigação, evitando-se, de outro lado, a total transferência dos ônus ao credor, igualmente prejudicado pelo fato econômico ocorrido e também alheio à sua vontade. IV. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.²⁰

Quando se analisa a motivação da revisão contratual, os acórdãos enfatizam que, ao contrário da norma inserida no Código Civil, art. 478, a possibilidade de revisão contratual insculpida no Código de Defesa do Consumidor (CDC), art. 6º, V dependeria apenas da onerosidade excessiva superveniente:

Na disciplina do Código de Defesa do Consumidor o que se cuidou de assegurar foi o direito do consumidor a modificar as cláusulas contratuais “que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes, que as tornem excessivamente onerosas”. Partiu-se do pressuposto que pode haver circunstâncias de tal ordem que justifiquem plenamente o desequilíbrio do contrato diante do consumidor, acarretando onerosidade excessiva. A regra, como é claro, não se dirigiu às empresas, às instituições financeiras, com amplas possibilidades de perquirir as condições operacionais do mercado, capazes de alinhar técnicos, especialistas, que projetem os cenários da economia, mas, sim, a outra parte na relação de consumo, isto é, a regra destina-se a proteger o consumidor. (...) Como destacou a eminente Ministra

²⁰ STJ, RESP 472.594/SP. Publicado em 04.08.2003.

Nancy Andrighi, a incidência do art. 6º, V, do Código de Defesa do Consumidor “dependerá apenas da ocorrência de fato posterior que cause, objetivamente, excessiva onerosidade ao consumidor”. Provada a ocorrência, pode a cláusula ser revista²¹.

Por outro lado, o STJ entendeu que, apesar de sujeitos à disciplina do CDC, o art. 6º, V não se aplicaria aos consumidores que tiveram prejuízos em fundos de investimento atrelados a moedas estrangeiras. Como explicar que, o mesmo evento ensejou revisão contratual em um caso e em outro não? Haveria uma contradição entre as decisões?

No caso dos fundos de investimento, a instituição financeira é obrigada a traçar o perfil de risco dos clientes, instruir os consumidores a respeito dos riscos incorridos nas aplicações e oferecer produtos adequados ao perfil de cada consumidor. Uma vez que o consumidor tenha ciência dos riscos, o prejuízo excessivo deixa de ser algo imprevisível, conforme se depreende dos acórdãos publicados recentemente

RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. ADMINISTRADORE GESTOR DE FUNDO DE INVESTIMENTO DERIVATIVO. DESVALORIZAÇÃO DOREAL. MUDANÇA DA POLÍTICA CAMBIAL. PREJUÍZO DO CONSUMIDOR. RISCO INERENTE AO PRODUTO. RECURSO PROVIDO.1. Em regra, descabe indenização por danos materiais ou morais a aplicador em fundos derivativos, pois o alto risco é condição inerente aos investimentos nessas aplicações. Tanto é assim que são classificados no mercado financeiro como voltados para investidores experientes, de perfil agressivo, podendo o consumidor ganhar ou perder, sem nenhuma garantia de retorno do capital. Como é da lógica do mercado financeiro, quanto maior a possibilidade de lucro e rentabilidade de produto oferecido, maiores também os riscos envolvidos no investimento.2. No caso em exame, o consumidor buscou aplicar recursos em fundo agressivo, objetivando ganhos muito maiores do que os de investimentos conservadores, sendo razoável entender-se que conhecia plenamente os altos riscos envolvidos em tais negócios especulativos, mormente quando se sabe que o perfil médio do consumidor brasileiro é o de aplicação em caderneta de poupança, de menor rentabilidade e maior segurança. 3. Não fica caracterizado defeito na prestação do serviço por parte do gestor de negócios, o qual, não obstante remunerado pelo investidor para providenciar

²¹ STJ, RESP 472.594/SP. Publicado em 04.08.2003. Pp. 5-6.

as aplicações mais rentáveis, não assumiu obrigação de resultado, vinculando-se a lucro certo, mas obrigação de meio, de bem gerir o investimento, visando à tentativa de máxima obtenção de lucro. Não pode ser considerado defeituoso serviço que não garante resultado (ganho) financeiro ao consumidor.4. Recurso especial conhecido e provido²².

RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. ADMINISTRADORE GESTOR DE FUNDO DE INVESTIMENTO DERIVATIVO. DESVALORIZAÇÃO DOREAL. PREJUÍZO DO CONSUMIDOR. RECONHECIMENTO PELA CORTE DE ORIGEM, COM BASE EM PROVA TÉCNICA, DA AUSÊNCIA DE INFORMAÇÕES AOS CONSUMIDORES DOS RISCOS INERENTES À APLICAÇÃO FINANCEIRA. SÚMULA 7/STJ. RECURSO NÃO CONHECIDO.1. Em regra, descabe indenização por danos materiais ou morais a aplicador em fundos derivativos, pois o alto risco é condição inerente aos investimentos nessas aplicações. Tanto é assim que são classificados no mercado financeiro como voltados para investidores experientes, de perfil agressivo, podendo o aplicador ganhar ou perder, sem nenhuma garantia de retorno do capital. Como é da lógica do mercado financeiro, quanto maior a possibilidade de lucro e rentabilidade de produto oferecido, maiores também os riscos envolvidos no investimento. 2. Contudo, no caso em exame, o eg. Tribunal de origem, analisando prova técnica (processo administrativo realizado pelo Banco Central), anexada aos autos, reconheceu falha na prestação do serviço por parte do gestor dos fundos, tendo em vista a ausência de adequada informação ao consumidor acerca dos riscos inerentes às aplicações em fundos derivativos. 3. Nesse contexto, não há como revisar as conclusões da instância ordinária, em razão do óbice da Súmula 7/STJ. 4. Recurso especial não conhecido²³.

Portanto, parece-nos equivocada a ideia de que a resolução contratual do CDC depende apenas de onerosidade excessiva superveniente, como afirmado no trecho do acórdão citado. Na verdade, a norma do CDC presume que o consumidor não teria como prever o fato superveniente, ao passo que a norma do Código Civil é uma exceção, pois se espera que empresários incorporem em suas análises os riscos de alterações bruscas nos mercados.

Seguindo o mesmo raciocínio, os operadores do mercado financeiro, instituições financeiras, importadores e exportadores não poderiam alegar

²² REsp 799241 / RJ. 2005/0119523-6. Publicado em 26/02/2013.

²³ REsp 777452 / RJ. 2003/0177169-4. Publicado em 26/02/2013.

imprevisibilidade de movimentos abruptos da taxa de câmbio. Nesse caso, o manejo do risco cambial é da essência do negócio desses agentes e certamente aqueles que aceitaram incorrer em riscos obtiveram benefícios com isso. No meio financeiro, era notória a sobrevalorização cambial, a necessidade de reduzir os déficits em conta corrente e a frágil posição em reservas cambiais do Brasil e, por essa razão, os agentes sabiam que iria ocorrer uma desvalorização cambial, tendo dúvidas quanto à magnitude do ajuste necessário.

A maior evidência disso é que a maioria das empresas antecipou a mudança de regime cambial e reduziu sua exposição ao dólar e, por essa razão, não houve crise sistêmica. Boa parte do custo do ajuste foi patrocinada pelo Estado. De acordo com o Banco Central do Brasil, em outubro de 1997, a dívida líquida do setor público consolidado representava 30,4% do Produto Interno Bruto (PIB), ao passo que, em janeiro de 1999, ela representava 47% do PIB. Portanto, não caberia aplicar a teoria da imprevisão para as empresas excessivamente endividadas, mas sim erro de estratégia empresarial: alguns empresários apostaram na manutenção do regime cambial e erraram.

É sintomático que há poucas decisões a respeito da aplicação da teoria da imprevisão à desvalorização cambial de 1999 para contratos empresariais. Em grande medida, isso se deve ao fato que grande parte dos empresários entendeu que a mudança do regime cambial fazia parte do risco de negócio. O mesmo STJ afastou a aplicação da teoria da imprevisão para uma importadora, pois, nesse ramo de atividade, as variações cambiais são previsíveis e o empresário pode limitar seu risco fazendo *hedge* no mercado de derivativos:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. IMPORTAÇÃO. OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS EM MOEDA ESTRANGEIRA. PARIDADE CAMBIAL. REGIME DE BANDAS CAMBIAIS INSTITUÍDO PELO BACEN. COMUNICADOS 6.563/99 E 6.565/99. LIBERAÇÃO PARA QUE O MERCADO DEFINISSE A TAXA DE CÂMBIO. INEXISTÊNCIA DE IRREGULARIDADE. 1. Ação em que se pleiteia a disponibilização à recorrente da quantia de U\$ 1.816.742,00 (um milhão, oitocentos e dezesseis mil, setecentos e quarenta e dois dólares), convertidos em moeda nacional pela cotação do dólar fixada na última banda cambial (Comunicado 6.560/99), ou seja, R\$ 1,32 (um real e trinta

e dois centavos), à consideração de que: (a) a Resolução 2.234/96 determinava a intervenção obrigatória do Banco Central do Brasil sempre que os limites das faixas de flutuação, superior ou inferior, fossem atingidos pelas taxas praticadas no mercado; (b) o Banco Central do Brasil, ao definir que não mais interviria no mercado mediante a fixação de bandas cambiais para manter a estabilidade da moeda nacional frente ao dólar americano (Comunicados 6.563/99 e 6.565/99), modificou, sem autorização do Conselho Monetário Nacional, as diretrizes previstas em lei, afetando sobremaneira os negócios assumidos em moeda estrangeira. 2. Salienta-se, inicialmente, que a paridade a que se refere o § 2º do art. 3º da Lei 9.069/95 diz respeito apenas ao lastreamento da moeda nacional, não guardando qualquer relação com a taxa de câmbio que, na prática, segue as oscilações do mercado. 3. A prerrogativa atribuída ao Banco Central do Brasil, de intervir no mercado para garantir a estabilidade da moeda nacional, está expressamente prevista no art. 11, III, da Lei 4.595/64. Entretanto, o Banco Central do Brasil, na sua missão de manter a estabilidade das taxas cambiais, poderá, quando muito, alterar as condições normais de oferta e procura, vendendo ou comprando moeda estrangeira e puxando, para cima ou para baixo, o seu valor equivalente em moeda nacional. Isso porque a razão existente entre a moeda nacional e outras moedas estrangeiras não depende apenas do mercado interno, mas de inúmeros outros fatores, muitas vezes relacionados a fatos imprevisíveis. 4. São extremamente previsíveis, por outro lado, as variações da moeda nacional frente à norte-americana, daí é que deve surgir a prudência do importador, que tem em suas mãos a possibilidade de amenizar os riscos inerentes ao negócio assumido em moeda estrangeira, mediante a contratação de seguros (operações de cobertura – hedge – realizadas por meio de operações de swap) contra os efeitos das variações de câmbio. 5. Conforme assentado pelo eminente Ministro Luiz Fux no julgamento dos REsp 549.873/SC e 614.048/RS, “a ingerência de fatores exteriores aliada à possibilidade de o particular prevenir-se contra esses fatores alheios à vontade estatal, acrescido da mera natureza indicativa da política econômica revela a ausência de responsabilização do Estado”. 6. Recurso especial desprovido²⁴. (o destaque é nosso)

O Tribunal de Justiça de São Paulo teve entendimento semelhante em um caso de uma empresa exportadora que teve prejuízo no mercado de derivativos em 1999. No caso da importadora, o prejuízo resultou da

²⁴ STJ, RECURSO ESPECIAL Nº 639.170 - PR (2004/0004724-2).

desvalorização cambial e, por não ter feito hedge, ela não mitigou as perdas no comércio exterior. Já a empresa exportadora lucrou com o aumento do valor do dólar, mas, por ter feito hedge no mercado financeiro por meio de um adiantamento de contrato de câmbio (ACC), no resultado global a empresa não pôde se beneficiar do câmbio mais alto. Nesse caso, a exportadora tentou alegar a liquidação da instituição financeira para rescindir o contrato:

*Execução por título extrajudicial - Contrato de câmbio para exportação (ACC) - Embargos - Procedência parcial - Compensação com crédito decorrente de aplicação financeira (export note/Swap) efetuada com valores advindos do ACC, não resgatada pelo banco embargado por ter sido decretada a sua intervenção pelo Banco Central - Admissibilidade - Art. 46 da Lei de Falências - **Afastamento da variação cambial para efeito do cálculo da diferença, notadamente em face da crise cambial de janeiro de 1999 - Descabimento - Liquidação do ACC que teve sucessivas alterações, inclusive posteriormente a este período, restando mantidas as condições anteriormente pactuadas - Inaplicabilidade, outrossim, do entendimento da jurisprudência a propósito do arrendamento mercantil (leasing), relativo a bem de consumo, do que não se trata aqui - Liquidação do ACC que deve ser feita com a aplicação da taxa cambial do dia do efetivo pagamento, acrescido dos juros de 7,5% ao ano, conforme previsto no contrato, mais o IOF, que incide por força de lei - Valor do resgate da segunda aplicação financeira a ser considerado para efeito de compensação que deverá corresponder ao da data prevista para o seu resgate, com atualização monetária a partir daí, de conformidade com a tabela de atualização dos débitos judiciais publicada por este Tribunal - Descabimento da incidência de juros de mora além da taxa de 7,5% a.a., por ter sido esta pactuada para os efeitos do art. 75 e respectivos parágrafos da Lei 4.728/65, tendo sido fixada, portanto, a título de juros de mora - Descabimento da incidência de Imposto de Renda sobre estes juros, por terem caráter indenizatório, conforme entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça. Questão de ordem estritamente legal que comporta ser apreciada de ofício, inclusive por estar atrelada a questão dos juros de mora - Procedência parcial dos embargos em maior extensão que configura a sucumbência recíproca das partes - Recursos de ambas as partes parcialmente providos.(o destaque é nosso)²⁵***

²⁵TJSP, Apelação 9099159-21.2004.8.26.0000

Em suma, na crise de 1999, a partir de um mesmo evento, a maxidesvalorização cambial, a jurisprudência reconheceu que, para os consumidores que contrataram *leasing* cambial, foi caracterizado evento imprevisível, mas para empresários atuantes no comércio exterior e no mercado financeiro, não. Por outro lado, no que diz respeito aos consumidores que aplicam em fundos atrelados ao risco cambial, a decisão judicial depende de a instituição financeira ter instruído adequadamente o consumidor a respeito dos riscos típicos das aplicações financeiras.

Portanto, a questão não diz respeito exatamente à aplicação do CDC, art. 6º, V ou do Código Civil, art. 478. Relevante é saber o agente, em um determinado contexto e em uma determinada relação jurídica, teria condições de prever um evento superveniente que acarretasse onerosidade excessiva ainda que, em se tratando de uma relação de consumo, presume-se a incapacidade de previsão de mudanças abruptas que afetem o equilíbrio contratual.

Nesse sentido, a hipótese da racionalidade limitada pode ser útil para entender porque um mesmo evento pode ser considerado imprevisível em algumas situações e previsível em outras. Ao se inquirir se determinado agente teria condições de antever determinados eventos, deve-se pensar no grau de acesso à informação que o agente possui, no custo de obtenção das informações, na experiência acumulada, na capacidade cognitiva, na conduta dos outros agentes em posição similar e nos benefícios conscientemente almejados pelo agente que se submeteu ao risco.

8. OPORTUNISMO NOS CONTRATOS DE SEGURO

O mercado de seguros é um exemplo clássico de aplicação prática da hipótese comportamental do oportunismo pré e pós-contratual. Diversos fatores influenciam a probabilidade de ocorrência de sinistros e, por essa razão, quanto mais precisas forem as informações prestadas pelo segurado para a seguradora, melhores serão as condições de a seguradora estabelecer um prêmio de seguro que reflita o perfil de risco de cada tipo de cliente.

Na impossibilidade de diferenciar os clientes *ex-ante*, a seguradora estabelecerá um prêmio que reflete o risco médio dos consumidores, o que é demasiadamente alto para os segurados de menor risco e, por

essa razão, ocorreria a seleção adversa, ou seja, somente os segurados de maior risco permanecem no mercado. Empiricamente, a seleção adversa resultaria em prêmios mais altos e menos dispersos que os prêmios que prevaleceriam na ausência dessa falha de mercado.

Mesmo supondo que as informações sobre o passado do segurado estejam corretas, é possível que os consumidores mudem de comportamento após contratarem o seguro. Essa hipótese de oportunismo pós-contratual é o risco moral (*moral hazard*), que ocorre, por exemplo, quando um beneficiário de seguro médico tende a realizar mais consultas após a adesão ao plano, ou quando um proprietário de veículo coberto contra furto passa a não se importar com o lugar no qual estaciona seu carro.

Por causa do oportunismo pré-contratual e, conseqüentemente, a seleção adversa, o legislador estabelece, no Código Civil, art. 766, a obrigação de o segurado não omitir informações relevantes e fazer declarações exatas para que o segurador tenha condições de estabelecer um prêmio adequado ao perfil de risco. Havendo inexatidão das informações ou omissão das circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, o segurado perderá o direito à garantia, além de ficar obrigado ao prêmio vencido. A obrigação de prestar informações corretas não ocorre apenas na fase pré-contratual, devendo ser observado durante todo o tempo de cobertura da apólice (art. 769).

Evidentemente, não são quaisquer declarações inexatas ou omissões que devem ensejar a perda do direito à indenização, pois, se isso ocorresse, as seguradoras teriam incentivos para elaborar questões inúteis para a classificação de risco, visando apenas a aumentar as possibilidades de o segurado vir a descumprir uma cláusula contratual. Portanto, a sanção deve guardar alguma proporcionalidade com a inexatidão das informações prestadas, de modo que, visando apenas aos seus próprios interesses, as partes produzam maior eficiência do mercado. Haveria, portanto, três situações:

- As informações incorretas ou omitidas são irrelevantes para mensurar o risco do segurado ou o sinistro ocorreu em função de caso fortuito ou força maior, que não poderiam ser influenciados pelo perfil de risco do segurado. Nesse caso, a jurisprudência entende que a indenização deve ser integral:

Ação de cobrança. Indenização securitária. Subtração de veículo automotor. Segurado que não informou a presença de “kit gás”. Ausência de prova de que aquele equipamento agravou o risco segurado. Indenização securitária devida, sem inclusão do valor correspondente ao equipamento. Verba que, no entanto, há de reverter à empresa de arrendamento mercantil. Danos morais não reconhecidos. Apelação parcialmente provida²⁶.

EMENTA: Agravo Inominado. Art. 557 do CPC Apelação que teve o seu seguimento negado por R. Decisão Monocrática deste Relator. I - Ação de Cobrança c.c. Reparação por Dano Moral. Contrato de Seguro de Veículo. Roubo. Mudança de endereço não informada pela Suplicante à Seguradora. II Negativa de pagamento de indenização securitária. Impossibilidade. Relação Consumerista. Ausência de inversão do ônus da prova. III - Não há dúvidas de que o roubo do veículo por dois meliantes armados constitui caso fortuito, evento imprevisível, passível de ocorrência em relação a todos os veículos em trânsito nas ruas. Assim, a informação inexata sobre a localidade de pernoite do veículo não pode servir de escusa para a negativa da indenização num contrato de seguro que contém, entre os riscos segurados, o roubo, sendo incapaz de influir na ocorrência do sinistro, nem importar na perda do direito à indenização contratada. IV Manifesta improcedência do Recurso que autoriza a aplicação do art. 557 do CPC c.c. art. 31, inciso VIII do Regimento Interno deste Tribunal. Negado Provimento²⁷.

- As informações incorretas ou omitidas acarretariam não aceitação da proposta por parte da seguradora, que entende que os riscos não estão de acordo com seu perfil de negócios. Nesse caso, a jurisprudência entende que o art. 766 deve ser aplicado em sua literalidade e o segurado deve perder o direito à indenização e não pode reaver o prêmio:

Apelação. Seguro de veículo contratado na modalidade perfil. Ação de cobrança de indenização securitária cumulada com danos morais. Autora que deliberadamente deixa de pagar os serviços de rastreamento do veículo segurado. Condições gerais que preveem expressamente a exclusão da cobertura naquela hipótese. Violação dos deveres de veracidade e boa-fé. Inteligência dos arts. 765 e 766 do Código Civil. Sentença mantida. Apelo não provido²⁸.

²⁶ TJSP, Apelação 0111974-53.2011.8.26.0100. Julgamento 11.04.2013.

²⁷ TJRJ, Apelação 0036600-71.2007.8.19.0001 (2009.001.50774). Julgamento 29.09.2009.

²⁸ TJSP, Apelação 260740820118260002. Publicado em 10.04.2013.

Ação de Reparação de Danos por Inadimplemento de Contrato de Seguro - Negativa de pagamento da importância segurada decorrente de perda total de veículo, em decorrência de acidente causado pelo filho do segurado, com 19 anos de idade - Resposta negativa no "Questionário de Avaliação de Risco", sobre condutores entre 18 e 24 anos de idade, a influenciar no valor do prêmio do seguro Aplicação dos artigos 765 e 766 do Código Civil Ofensa ao princípio da boa-fé objetiva Desequilíbrio contratual em desfavor da seguradora - Sentença de improcedência mantida - Desprovemento da Apelação²⁹.

- As informações incorretas ou omitidas não implicariam não aceitação da proposta de seguro, mas resultariam em maior risco estimado, de modo que a seguradora cobraria um prêmio mais alto, condizente com o perfil de risco do segurado. Nesse caso, o segurado deveria ser sancionado, pois seu oportunismo gerou erro de classificação de risco para a seguradora e, devido ao caráter mutualístico da operação³⁰, para a comunidade de segurados. Questão mais complexa é determinar o montante dessa sanção para que, simultaneamente, não haja enriquecimento sem causa da seguradora e o segurado tenha incentivos para fazer declarações exatas.

Se a própria seguradora classificaria o segurado em perfil de risco diverso, uma interpretação possível é que o segurado não deveria perder o direito à indenização, mas não poderia fazer jus ao desconto obtido pelo prêmio de seguro. Em outras palavras, a sanção do art. 766 estabeleceria uma reclassificação de perfil do segurado *ex-post*. Prevalecendo esta interpretação, o resultado, para o segurado, seria o seguinte: se o sinistro não ocorrer, o segurado obterá vantagem (o desconto) se mentir no questionário de avaliação de risco, e pagará o prêmio integral se disser a verdade. Por outro lado, ocorrendo o sinistro, ele será indiferente, pois, se prestar as informações corretas, ele perde direito ao desconto antes de concluir o contrato. Se prestar informações incorretas, ele perde direito ao desconto após concluir o contrato³¹. Portanto, mentir seria a estratégia dominante para esse agente e, por essa razão, ocorrerá a seleção adversa (Quadro 3):

²⁹ TJRJ, Apelação 0152417-57.2005.8.19.0001 (2008.001.49609). Julgado em 09.12.2008.

³⁰ Sobre o caráter mutualístico das operações de seguro, ver FRANCO, Vera Helena de Mello. Contratos: direito civil e empresarial. 3 ed. Ver. atual. e ampl. – São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012. Pp. 307-354.

³¹ Para simplificação, adota-se a hipótese de que os segurados são neutros com relação ao risco e que são indiferentes entre receber o desconto *ex-ante* ou *ex-post*.

Quadro 3– Estratégias e resultados do segurado (TJSP)

Estratégia/Evento	Sinistro não ocorre	Sinistro ocorre
Presta informações corretas	Não ganha desconto	Indenização + Prêmio integral (sem desconto)
Presta informações incorretas	Ganha desconto	Indenização + Prêmio integral (sem desconto)

Infelizmente, tal interpretação predomina no Tribunal de Justiça de São Paulo. Segundo o TJSP, o segurado que presta declarações inverídicas não perde direito à garantia se não contribuir diretamente para a ocorrência do evento, no máximo cabendo à seguradora abater o desconto a que fez jus o segurado por ter prestado as declarações inverídicas da indenização. Como argumentamos, apesar de aparentemente justa, a jurisprudência paulista é um incentivo para que agentes racionais omitam o máximo de informações e façam declarações incorretas nos questionários e não evita a seleção adversa. Nesse sentido:

Ementa: SEGURO. Perfil. Afirmação de violação do pactuado a esse respeito. Irrelevância nas circunstâncias. Ausência de causa e efeito entre o sinistro e a inobservância da cláusula que indicava o marido da autora como principal condutor. Falta de demonstração de que não haveria a contratação se fosse indicado que o filho da segurada seria o que conduzisse o veículo automotor objeto do contrato de seguro predominantemente. Diferença de valor do prêmio que, porém, é devida. Direito da seguradora aos salvados, como consequência da cobertura. Procedência. Apelação parcialmente provida³².

SEGURO DE VEÍCULO – ROUBO – CONTRATAÇÃO NA MODALIDADE PERFIL – DECLARAÇÕES INVERÍDICAS QUE INFLUENCIARAM NO VALOR DO PRÊMIO – INDENIZAÇÃO REDUZIDA. O fato de o segurado ter prestado informações inverídicas no questionário de avaliação de risco não exime a seguradora do pagamento de indenização pelo sinistro, sendo caso de redução da indenização, proporcionalmente, ao desconto do prêmio pago. DANOS MORAIS. A negativa da seguradora em pagar indenização securitária não viola o direito à honra e dignidade do segurado. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO³³.

³² TJSP, Apelação 0001570-72.2012.8.26.0625. Julgamento 24.04.2013.

³³ TJSP, Apelação 0005842-65.2011.8.26.0554. Julgamento 22.08.2012.

Quanto à interpretação do art. 766, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro é ambígua, pois, em algumas situações se entende que o segurado não faz jus à indenização por ter omitido fatos relevantes e, em outros casos, adota-se solução semelhante à do TJSP, ou seja, de subtrair da indenização devida o desconto obtido, conforme exemplo tirado de dois acórdãos:

Indenizatória. Danos materiais e morais. Negativa de cobertura. Cláusula perfil. Recusa da seguradora em efetuar o pagamento do sinistro ao argumento de que inexatas as declarações prestadas pela autora no questionário de avaliação. Sentença de improcedência. Apelação. Agravo retido não reiterado e, por isto, tido por renunciado. Mérito. A álea é elemento essencial no contrato de seguro e a responsabilidade do segurador se limita ao risco contratualmente assumido, de modo que suas cláusulas devem ser estritamente respeitadas pelas partes. Princípios da proibidade e da boa-fé a permearem os negócios jurídicos – artigos 113 e 422 do Código Civil. Afirmção do segundo autor de que seria proprietário do veículo segurado que, por óbvio, não é capaz de infirmar a sua real titularidade, documentalmente testemunhada. Utilização do veículo pelo segundo autor, filho da primeira, por três vezes por semana, oito horas por dia, a confirmar ser escoreita a declaração firmada pela apelante de ser ela a principal condutora do bem segurado, à conta de que à sua disposição o veículo por mais de 85% das horas semanais – cláusula 10, das Condições Gerais de Contrato Securitário. Dano moral que, no caso, não resultando in re ipsa, dependia de prova contundente da pretendida lesão a direito da personalidade. Defeito do serviço, só por si, não se exhibe suficiente a gerar obrigação secundária de reparação de dano de ordem extrapatrimonial na medida em que “O simples descumprimento de dever legal ou contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstância que atenta contra a dignidade da parte.” - TJRJ, Súmula 75. Honorários. Exitosos os autores quanto à metade dos pedidos e desditosos quanto à outra, a sucumbência se revela recíproca, exigindo o rateio das custas e a compensação dos honorários, na forma do art. 21 do CPC. Provimento parcial do recurso³⁴.

AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO DE SEGURO. OCORRÊNCIA DE SINISTRO. VEÍCULO DIRIGIDO POR TERCEIRO. NEGATIVA DE PAGAMENTO PELA SEGURADORA SOB ALEGAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE

³⁴ TJRJ, Apelação 0020342-88.2009.8.19.0203. Julgamento em 08.10.2012.

CLÁUSULA CONTRATUAL. PEDIDO INDENIZATÓRIO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. Negativa da Seguradora em arcar com o pagamento da indenização do veículo sinistrado sob argumentação de que o questionário de risco foi preenchido com informações inverídicas, uma vez que nele consta a autora como principal condutor. Comprovação, quando da ocorrência do sinistro, que era seu filho, universitário, com 22 de idade, quem utilizava o veículo com assiduidade. Situação que agrava o risco, interferindo diretamente na fixação do prêmio mas não afasta o dever de indenizar. Ratificação da sentença na parte que determina o pagamento da indenização correspondente ao valor gasto com o conserto do veículo do que deve ser deduzida a diferença do prêmio e o valor da franquia, sob pena de se configurar enriquecimento sem causa. Dano moral configurado na abusividade em solucionar a pendência, cujo valor se reduz porquanto a situação fática que envolveu a recusa foi criada pelos próprios autores. Inadmissibilidade do recebimento do valor de peças que dizem terem sido furtadas na oficina credenciada pela Seguradora, sob pena de bis in idem. PROVIMENTO DO 1º RECURSO E DESPROVIMENTO DO 2º³⁵.

APELAÇÃO - OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO - CONTRATO DE SEGURO. Veículo envolvido em acidente de trânsito na vigência do contrato. Negativa da seguradora em autorizar os reparos no veículo, sob o argumento de que a autora fez declarações inverídicas à seguradora, no ato da contratação, no questionário de avaliação de risco, em total afronta ao disposto no artigo 766 do CC. Sentença que julgou procedente o pedido, condenando a ré a custear os reparos no veículo da autora, a contar do pagamento da franquia pela parte autora, sob pena de multa diária, bem como condenar a indenizar à autora a título de danos morais, no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais). - Apelo de ambas as partes. - Apelo do réu, alegando preliminarmente cerceamento de defesa. - Apelo da demandante para majorar o valor da indenização fixada pelos danos morais, assim como determinar que a apelada autorize imediatamente o reparo do veículo, independentemente do pagamento de franquia. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA: REJEIÇÃO - Inocorrência de cerceamento de defesa pela não produção de prova oral pretendida. O magistrado tem o poder-dever de julgar antecipadamente a lide, desprezando a realização de audiência para a produção de prova

³⁵ TJRJ, Apelação 0011644-58.2007.8.19.0205. Julgamento em 21.01.2010.

testemunhal, ao constatar que o acervo documental acostado aos autos possui suficiente força probante para nortear e instruir seu entendimento. - QUANTO AO MÉRITO: Ausência de comprovação das alegações do recorrente. - Não sendo comprovada a má-fé do segurado, tem a seguradora à obrigação de custear os reparos no veículo, sem qualquer dedução de penalidade, eis que a mesma inexistiu. - Recusa injustificada da seguradora é causa de angústia, tristeza e sofrimento, ofendendo a incolumidade psíquica e gerando, por conseguinte, danos morais a serem compensados. DANO MORAL - Configuração. Verba indenizatória fixada em R\$ 3.000,00 (três mil reais). Quantum reparatório fixado com base nos princípios darazoabilidade e proporcionalidade. No que tange ao pleito autoral para determinar que a apelada autorize imediatamente o reparo do veículo, independentemente do pagamento de franquia, não tem respaldo, vez que o custeio do conserto, está condicionado ao pagamento do valor da franquia, na forma contratualmente celebrada pelas partes. - Manutenção da sentença. Aplicabilidade do art. 557, caput, do CPC. NEGADO SEGUIMENTO A AMBOS OS RECURSOS³⁶.

Ironicamente, a divergência jurisprudencial do TJRJ contribui para aumentar a eficiência do mercado de seguros, pois, ao contrário do segurado paulista, não se pode afirmar que mentir ou omitir fatos relevantes no questionário de seguro seja estratégia dominante, pois há risco de o TJRJ dar razão à seguradora. Por essa razão, é de se esperar que a seleção adversa seja menos grave no Rio de Janeiro.

Desse modo, a hipótese de seleção adversa pode explicar porque, apesar de a taxa de roubos e furtos de veículos ser 87,5% maior no Rio de Janeiro³⁷, o prêmio médio de seguro de um automóvel popular é 22% mais alto em São Paulo comparativamente ao Rio de Janeiro³⁸. Em oposição, o desvio-padrão dos prêmios dos seguros, na comparação entre bairros, é no Rio de Janeiro é 3,4 vezes o paulista (Gráfico 3). Em outras palavras, seguradoras e segurados são cientes de que, em São Paulo, a estratégia

³⁶ TJRJ, APELACAO 0259982-41.2009.8.19.0001 - DES. SIDNEY HARTUNG - Julgamento: 10/11/2010.

³⁷ Segundo reportagem veiculada pelo Universo on Line (UOL), o número diário de roubos e furtos de veículos é de 7,5 no Rio de Janeiro e 4 em São Paulo. Disponível em <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2011/05/08/furtos-e-roubos-de-carros-avanca-em-grandes-capitais-do-brasil-e-assustam-moradores.htm>

³⁸ O prêmio dos seguros é calculado em função da probabilidade de sinistro, o que depende não apenas da conduta dos segurados, mas de aspectos exógenos, como número de acidentes, furtos e roubos.

dominante é mentir nos questionários de seguro e, por essa razão, há maior dificuldade em se diferenciar clientes. Como isso não ocorre no Rio de Janeiro, os segurados tendem a prestar informações mais precisas, permitindo maior diferenciação de clientes e preços médios praticados mais baixos em média.



Fonte: Revista Exame³⁹

O legislador também se preocupou em coibir o oportunismo pós-contratual no artigo 768 do Código Civil: “o *segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato*”. Ademais, uma vez que o sinistro tenha ocorrido, o segurado tem a obrigação de tomar consequências para minorar as consequências do sinistro, sob pena de perder o direito à indenização (art. 771). Por fim, há a obrigação genérica de boa-fé e veracidade para ambas as partes na conclusão e na execução do contrato (art. 765).

Observa-se que há certa confusão na jurisprudência entre oportunismo pré-contratual, do artigo 766, com o pós-contratual, do art. 768. Em diversos julgados entende-se que o segurado que presta declarações inverídicas não perde direito à indenização se não restar comprovado o nexo causal entre a conduta do agente e a ocorrência do sinistro:

SEGURO DE VEÍCULO. AÇÃO DE COBRANÇA. ACIDENTE DE VEÍCULO. CULPA DO CONDUTOR DO VEÍCULO SEGURADO. EMBRIAGUEZ. PEDIDO VOLTADO A OBTER O PAGAMENTO DA RESPECTIVA INDENIZAÇÃO. AGRAVAMENTO DE RISCO NÃO CONFIGURADO.

³⁹ Disponível em <http://exame.abril.com.br/seu-dinheiro/carros/noticias/o-ranking-dos-precos-dos-seguros-de-carros-nos-bairros-de-sp#24>
<http://exame.abril.com.br/seu-dinheiro/carros/noticias/o-ranking-dos-precos-dos-seguros-de-carros-nos-bairros-do-rj#3>

PARCIAL PROCEDÊNCIA RECONHECIDA. RECURSO PROVIDO. Há suficiente convicção para afirmar que o condutor do veículo segurado causador do acidente, encontrava-se alcoolizado no momento do fato. Entretanto, não há comprovação de atuação direta com dolo ou culpa grave por parte do segurado, não podendo a seguradora valer-se das hipóteses de exclusão da obrigação de indenizar. SEGURO DE VEÍCULO. AÇÃO DE COBRANÇA. CLÁUSULA DE PERFIL. RECUSA DA SEGURADORA AO PAGAMENTO COM BASE NA ASSERTIVA DA OCORRÊNCIA DE MÁ-FÉ DO AUTOR AO CONTRATAR. INFORMAÇÃO DE QUE O VEÍCULO SERIA CONDUZIDO PREFERENCIALMENTE POR OUTRA PESSOA E SE DESTINARIA A USO COMERCIAL. PREVALECIMENTO DA BOA-FÉ DO SEGURADO, ALÉM DE NÃO CARACTERIZAR VERDADEIRA SITUAÇÃO DE AMPLIAÇÃO DO RISCO. PRESTAÇÃO DEVIDA. PARCIAL PROCEDÊNCIA RECONHECIDA. RECURSO PROVIDO. A recusa da seguradora ao cumprimento de obrigação contratual, sob a assertiva de que o perfil informado no ato da contratação não correspondeu à realidade do risco, não encontra justificativa diante da ausência de configuração de má-fé por parte do segurado e da inocorrência de ampliação do risco⁴⁰.

O que se procurou demonstrar com a análise da jurisprudência relativa aos contratos de seguro é que a hipótese comportamental do oportunismo prévio e posterior ao ajuste contratual e suas consequências imediatas, a seleção adversa e o risco moral, pode levar a interpretações das normas que regem o mercado de seguro que fomentem a eficiência do mercado e beneficiem os consumidores que prestam declarações verídicas, ao permitir sua segmentação dos *lemons*.

9. ESPECIFICIDADE DE ATIVOS E POSSIBILIDADE DE RESILIÇÃO CONTRATUAL UNILATERAL

Há diversos contratos empresariais que se prestam à cooperação de longo-prazo, propiciando troca de conhecimentos, *know how*, divisão de riscos e possibilidades de acesso a diferentes mercados. Em geral, as partes realizam vultosos investimentos em ativos específicos na expectativa de manter a parceria por um período de tempo suficientemente longo.

⁴⁰ TJSP, Apelação 68683020108260297. Julgamento em 10.04.2013.

Entretanto, os contratos não são e nem devem ser eternos e, por essa razão, nesses contratos a rescisão unilateral é o meio apto a dissolver tais relações.

Para conciliar o princípio de que os contratos não vinculam as partes pela eternidade e, ao mesmo tempo, proteger quem realiza investimentos na expectativa de amortizá-lo durante a parceria, existe a regra do Código Civil, art. 473, Parágrafo único: "*Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos*". A hipótese da especificidade de ativos oferece um instrumento para colmatar o significado do dispositivo: a regra geral é que é possível a rescisão unilateral, desde que as partes não tenham investido em ativos específicos, ou seja, desde que exista um investimento que somente pode ser amortizado no âmbito da parceria.

Essa hipótese explicaria julgados aparentemente divergentes:

CONTRATO - Distribuição de bebidas - Rescisão unilateral e imotivada por parte do fabricante - Indenização por perdas e danos. AGRAVO RETIDO - Recurso de apelação da autora - Ausência de preparo - Recurso deserto - Interposição de recurso adesivo - Inadmissibilidade - A interposição deste recurso pressupõe a ausência de apelação - Recurso improvido. RESPONSABILIDADE CIVIL - Indenização - Perdas e danos - Resolução unilateral e imotivada do contrato de distribuição de bebidas de marca nacionalmente conhecida - Necessidade de indenizar a parte contrária, inclusive quanto à adequação como distribuidora, a fim de evitar o locupletamento indevido pela fabricante de bebidas - Princípio da boa-fé objetiva - Julgamento «extra-petita» - Inocorrência - Agravo retido e recurso de apelação improvidos⁴¹.

INDENIZAÇÃO. Sentença que condenou a Cervejaria Brahma no pagamento do valor referente às compras realizadas durante um ano, a título de indenização por rescisão contratual, com a Distribuidora de Bebidas Olímpia. Rescisão que obedeceu as regras contratuais. Desobrigação de manutenção do contrato ad eternum, nada a indenizar. Recurso da Cervejaria provido e da Distribuidora improvido⁴².

⁴¹ TJSP Apelação 9226465-02.2006.8.26.0000. Publicado em 30.09.2010.

⁴² TJSP Apelação Cível 9063471-03.2001.8.26.0000. Publicado em 29.02.2008.

No primeiro caso, um trecho do acórdão reflete investimentos em ativos específicos, o que não é mencionado no segundo julgado:

(...) no presente caso, a resolução do contrato de distribuição de marca nacionalmente conhecida, após anos de investimentos da distribuidora, tomando a fabricante, ora recorrente, beneficiária de todo o trabalho desenvolvido pela recorrida, sem possibilidade desta reaver o valor despendido durante todos esses anos para a construção de seu mercado, gera a obrigação da recorrente de indenizar os prejuízos daí decorrentes. (TJSP Apelação 9226465-02.2006.8.26.0000, p. 4)

De maneira análoga, a presença de investimentos em ativos específicos também pode ser utilizada para caracterizar abuso de poder econômico quando uma parte abusa da dependência econômica de quem investiu nos ativos específicos.

10. CONCLUSÕES

A complexidade e o dinamismo do mundo empresarial muitas vezes são negligenciados pela análise econômica tradicional, cujos modelos simplificam em demasia a realidade das empresas. De maneira análoga à economia, a definição de empresário do Código Civil é similar à teoria da firma neoclássica e, por essa razão, também relega as estratégias contratuais a um papel secundário. Mais do que isso, muitas vezes os contratos mais exóticos são identificados erroneamente com práticas anticoncorrenciais.

O que procuramos demonstra neste artigo é que a NEI oferece elementos sólidos para a interpretação das normas de Direito Comercial, tanto no que concerne ao direito antitruste quanto no que diz respeito à interpretação dos contratos. Nesse sentido, as três hipóteses fundamentais da NEI, racionalidade limitada, oportunismo e especificidade de ativos, são um instrumental útil para a interpretação de diversos dispositivos legais, explicando a racionalidade econômica de decisões judiciais aparentemente conflitantes sobre um mesmo assunto.

Finalmente, a aplicação do instrumental econômico permite analisar o efeito da jurisprudência nas decisões dos agentes e as respectivas consequências, como, por exemplo, o agravamento da seleção adversa no mercado de seguros acarretado por uma tutela indevida dos segurados que, visando a minorar o prêmio de seguro, omitem informações importantes às seguradoras.

BIBLIOGRAFIA

- AKERLOF, George A. (1970) "The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism" *The Quarterly Journal of Economics* v.84, n.3, pp. 488-500.
- ASSAF Neto, Alexandre. Mercado financeiro. 8 Ed. 2 reimpressão. São Paulo: Atlas: 2008. Pp. 207-219.
- BAIN, J. Barriers to new competition. Cambridge, Massachussets: Harvard Univerity Press, 1956.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL. Relatório de Inflação. Junho de 2009. Disponível em <http://www.bcb.gov.br/htms/relinf/port/2009/06/ri200906b8p.pdf>
- CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh (2003) "Discovering the Implicit Dimensions of Contracts" Campbell, David, Wightman, John. (org.) *Implicit dimensions of contract: discrete, relational, and network contracts* Oxford Hart Publishing, pp. 25-49.
- CHAMBERLIN, E. H. (1933). Teoría de la competencia monopólica. México: Fondo de Cultura, 1956.
- COASE, Ronald Harry (1937). The Nature of the Firm. *Economica* v.4, n.16, pp. 386-405.
- EATON, B. Curtis & EATON, Diane F. Microeconomia. Tradução de Cecília C. Barnalotti; Revisão técnica Sérgio Goldbaum, André Marques Rebelo. São Paulo: Saraiva, 1999.
- Federal Trade Commision. The Pharmaceutical Industry: A Discussion of Competitive and Antitrust - Issues in an Environment of Change. Disponível em <http://www.ftc.gov/reports/pharmaceutical/drugexsum.shtm>
- FORGIONI, Paula Andrea. Apontamentos sobre algumas regras de interpretação dos contratos comerciais: Pothier, Cairu e Código Comercial de 1850. São Paulo: Revista de Direito Mercantil, 141, 2006.
- FORGIONI, Paula Andrea. Teoria Geral dos Contratos Empresariais. 2. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- FRANCO, Vera Helena de Mello. Contratos: direito civil e empresarial. 3 ed. Ver. atual. e ampl. – São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- FURUBOTN, Eirik Grundtvig & RICHTER, Rudolf. Institutions and Economic Theory – The Contribution of the New Institutional Economics. The University of Michigan Press, 2000.
- PINDYCK, Robert S & RUBINFELD, Daniel L. Microeconomia. 6. Ed. – São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2005.

-
- ROBINSON, Joan (1933). *The economics of imperfect competition*. London: Macmillan, 1969.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Breves acenos para uma análise estruturalista do contrato*. São Paulo: *Revista de Direito Mercantil*, 141, 2006.
- SRAFFA, P. *The laws of returns under competitive conditions*. *Economic Journal*, v. 36, 1926. Reimpresso em *Literatura Econômica*, v. 4, n. 1, pp. 13-34, 1982.
- VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de & OLIVEIRA, Roberto Guena de. *Manual de Microeconomia*. 2. Ed. – São Paulo, Atlas, 2000.

ORIENTAÇÕES E CRITÉRIOS PARA O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA DE SAÚDE: CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Rafael Meireles Saldanha - Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 trouxe importantes avanços no campo dos direitos sociais, destacaremos neste trabalho o direito à saúde. Apesar de as constituições anteriores já tratarem do assunto, pela primeira vez, esse direito foi tratado verdadeiramente como direito fundamental. Vale lembrar que as declarações internacionais tiveram grande importância na consagração dos direitos sociais, iniciando-se em 1948 com a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Com o surgimento do neocostitucionalismo¹, após a Segunda Guerra Mundial, as constituições passaram a consagrar o princípio da dignidade da pessoa humana como valor supremo. A concepção jurídica da Constituição adotada atualmente recebeu grande influência na teoria formulada por Konrad Hesse² na obra “A Força Normativa da Constituição”.

¹ Nesse sentido, ver: BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 9, março/abril/maio, 2007.

² A obra de Konrad Hesse: “A Força Normativa da Constituição”, escrita em 1959, é um marco no direito constitucional. Seu objetivo era combater as ideias de Ferdinand Lassalle de que a Constituição escrita não

A Constituição Brasileira possui o caráter de vinculação dos direitos fundamentais por meio da força normativa dos princípios constitucionais. Nesse contexto, ao garantir que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado em seu artigo 196, reconhece o direito à saúde como um direito social e impõe aos poderes públicos a implementação de políticas públicas capazes de satisfazer esse direito.

Cumprе salientar que o conceito de políticas públicas, segundo Maria Paula Dallari Bucci:

“é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.”³

A Constituição Federal de 88, nos artigos 198 a 200, inovou ao estruturar a realização da prestação ao direito de saúde, criando o Sistema Único de Saúde – SUS, objetivando a máxima efetividade deste direito social.

A problemática dos direitos sociais está permeada pela questão da efetividade. Quanto mais direitos sociais são consagrados, mais difícil é efetivar sua prestação. Isso se deve ao fato de os direitos a prestação implicarem uma ação positiva do Estado que gera um custo, uma parcela do seu orçamento. Somado a isso, pode-se destacar as dificuldades orçamentárias inerentes aos países em desenvolvimento - no qual o Brasil está inserido - e o resultado é a ineficiência sistemática das políticas públicas. Na área da saúde não poderia ser diferente. Os direitos sociais são dirigidos aos hipossuficientes que - não tendo meios para obter a prestação por conta própria, e na carência de políticas públicas capazes de satisfazer a prestação - acabam por recorrer ao Poder Judiciário.

A questão do controle judicial das políticas públicas tem sido tema de vários estudiosos do direito, buscando analisar a possibilidade e os limites

passa de uma folha de papel. A teoria de Konrad Hesse é aquela que contribui precipuamente para a concepção jurídica da Constituição adotada na atualidade.

³BUCCL, Maria Paula Dallari. “O conceito de política pública em direito” In: Idem (org.) **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.

desse controle. Dentre os argumentos contrários à intervenção judicial, pode-se ressaltar que alguns direitos sociais estão previstos em normas de eficácia limitada e essas normas teriam apenas uma eficácia negativa, ou seja, podem apenas invalidar a legislação infraconstitucional contrária, mas não poderiam ser aplicadas diretamente ao caso concreto, não sendo, portanto, capazes de direitos subjetivos⁴.

Além disso, outro argumento nesse sentido seria que a intervenção do Judiciário nas políticas públicas é contrária à democracia, já que os poderes Legislativo e Executivo são eleitos pelo povo periodicamente para definir as prioridades na implementação dos direitos sociais, pois estes requerem um custo, e o orçamento público é limitado. A intervenção judicial seria, então, uma afronta ao princípio da separação dos poderes⁵.

Dentre os argumentos favoráveis, cabe ressaltar que apesar do Judiciário não possuir a função de definir as prioridades na implementação das políticas públicas, também não pode escusar-se de apreciar qualquer lesão a um direito. Quando os poderes públicos são omissos ou ineficientes na prestação do direito garantido constitucionalmente torna-se necessária à intervenção judicial. Assiste-se então a uma situação de déficit democrático, no qual as instituições que são eleitas pelo povo vêm perdendo legitimidade. O princípio da separação dos poderes não é estático, conforme um poder perde força outro acaba por suprir sua falta, e é essa questão que está intimamente ligada ao ativismo judicial atual.

O ativismo judicial está relacionado com uma postura mais participativa do Judiciário na implementação de direitos. Isso tem acontecido hoje no Brasil devido à grande omissão ou ineficiência dos poderes públicos na concretização dos direitos fundamentais. Os poderes Legislativos e Executivos vêm perdendo legitimidade, apesar de serem eleitos pelo povo, já que se afastam do socialmente aceitável. A vontade da maioria nem

⁴ Nesse sentido, ver: LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito Subjetivo e Direitos Sociais: O Dilema do Judiciário No Estado Social de Direito*. (In *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. Org. José Eduardo Faria). São Paulo: Malheiros, 1998.

⁵ Nessa esteira: BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. *Revista de Direito do Estado* n.3, 2006.

sempre significa democracia⁶, o voto só é verdadeiramente livre quando os direitos sociais mínimos são garantidos.

Por outro lado, a judicialização da saúde, acabou ocasionando concessões desordenadas de medicamentos. Os direitos sociais implicam, inevitavelmente, escolhas trágicas. O Judiciário, ao alocar um recurso para a concessão da prestação devida, necessariamente, retira de outros a possibilidade de receberem um direito que já estava previsto anteriormente no orçamento.

A questão central é reconhecer que a concessão sem critérios da prestação podem inviabilizar a máquina estatal. Portanto, necessário se faz estabelecer critérios para a concessão de medicamentos quando requeridos judicialmente, racionalizando os recursos Estatais de modo a propiciarem uma isonômica distribuição para todos os indivíduos em situação similar.

2. A SUBJETIVAÇÃO DO DIREITO A PRESTAÇÃO

Em termos de conteúdo, materialmente falando, os direitos fundamentais buscam a proteção e a promoção da dignidade da pessoa humana. Os direitos fundamentais são ligados, sobretudo, aos valores da liberdade e da igualdade. Para Robert Alexy⁷, os direitos fundamentais, no primeiro momento, buscam proteger o indivíduo do Estado, sendo direitos de defesa do cidadão. Exigem, portanto, uma ação negativa do Estado (abstenções), ou seja, limitam o poder do Estado.

Conforme argumenta Alexy:

“De acordo com a interpretação liberal clássica, direitos fundamentais são destinados, em primeira instância, a proteger a esfera de liberdade do indivíduo contra intervenções dos Poderes Públicos; eles são direitos de defesa do cidadão contra o Estado. Direitos de defesa do cidadão contra o Estado são direitos a ações negativas (abstenções) do Estado.”⁸

Já no segundo momento, os direitos fundamentais passam a exigir

⁶ Para uma discussão mais aprofundada acerca da democracia, ver: ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**: Uma teoria do controle judicial, 1ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2010.

⁷ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁸ Op. cit. p. 455, p. 433.

do Estado uma ação positiva para que haja a promoção da dignidade da pessoa humana. O referido autor então classifica essa faceta dos direitos fundamentais como direito a prestação Estatal.

O autor prossegue:

“Seu contraponto são os direitos a uma ação positiva do Estado, que pertencem aos status positivo, mais precisamente ao status positivo em sentido estrito. Se se adota um conceito amplo de prestação, todos os direitos a uma ação estatal positiva podem ser classificados como direitos a prestações estatais em um sentido mais amplo; de forma abreviada: como direitos a prestações em sentido amplo. Saber se e em que medida se deve atribuir aos dispositivos de direitos fundamentais normas que garantam direitos a prestações em sentido amplo é uma das questões mais polêmicas da atual dogmática dos direitos fundamentais. Especialmente intensa é a discussão sobre os assim chamados direitos fundamentais sociais, como por exemplo, direitos à assistência social, ao trabalho, à moradia e à educação.”

O lema da Revolução Francesa – liberdade, igualdade e fraternidade – apesar de ser anterior ao surgimento das gerações⁹ acertou o conteúdo e sequência dos próprios direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais, ditos de primeira geração (ou primeira dimensão), são aqueles que os indivíduos conquistaram por meio da luta social, tendo como fator histórico a origem das chamadas revoluções liberais, ocorridas no final do século XVIII, que buscavam o fim do Absolutismo. O principal objetivo da burguesia na Revolução Francesa era limitar o poder estatal, exigindo um limite na atuação do Estado garantindo precipuamente a liberdade dos indivíduos. É portanto, na classificação de Robert Alexy um direito de defesa, que objetiva a abstenção do Estado.

A segunda geração dos direitos fundamentais está ligada à igualdade material, pois a igualdade formal - que garante a igualdade de tratamento - já havia sido conquistada na primeira geração. Esta igualdade material busca uma atuação estatal que promova a igualdade, de forma a reduzir

⁹ O termo geração é mais conhecido e usual, contudo a doutrina tem caminhado para o entendimento que a nomenclatura mais correta seria dimensão. A teoria das gerações está ligada ao surgimento dos direitos fundamentais, de forma que cada geração não substitui a anterior e sim a complementa, por isso a ideia de dimensão seria mais adequada. Alguns doutrinadores já falam em direitos fundamentais de quarta e até quinta geração. Para um estudo mais detalhado, ver: LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquemático. 14. ed. Saraiva, 2010.

as desigualdades sociais existentes. São chamados, portanto, de direitos sociais. Seu fator histórico preponderante foi a Revolução Industrial, com a luta do proletariado por direitos sociais, já que a liberdade sem igualdade não tem serventia. Para Alexy, esta geração consagra os direitos a prestações, que exigem uma ação positiva do Estado.

Os direitos fundamentais de terceira geração estão ligados à fraternidade, ou à solidariedade. São direitos transindividuais, alguns coletivos outros difusos, sendo uma categoria heterogênea. São marcados pelas mudanças na conjuntura mundial nas relações econômicas e sociais, como a noção do direito das gerações futuras a um meio ambiente preservado.

Os direitos sociais, direitos a prestações estatais, que efetivem a liberdade dos indivíduos. O homem, ao aceitar o contrato social, espera, ao menos, que o mínimo existencial lhe seja garantido. Se a dignidade da pessoa humana, que é o núcleo central dos direitos fundamentais, lhe é negada – como o direito à vida - nada impede deste indivíduo buscarracionalmente, utilizando-se de todos os meios, essa prestação que deveria ter sido promovida pelo Estado. Nessa esteira, Alexy:

“(...) Sua fundamentação no âmbito do modelo de Estado clássico contratualista, que nos últimos tempos tem experimentado um vigoroso renascimento, é praticamente inevitável. A ampla renúncia a direitos à autoproteção efetiva, determinada pela transição (hipotética) de uma situação pré-estatal para uma situação estatal, só pode ser racionalmente fundamentada se o indivíduo receber, por essa renúncia, um direito à proteção estatal efetiva. Que essa ideia tem “assento na realidade” não é, portanto, uma simples construção hipotética, é algo que é possível perceber por meio do fato de que, onde o Estado deixa de ter iniciativa ou força para a satisfação do direito a proteção, não raramente formam-se organizações privadas de proteção, com o intuito de fazer valer direitos individuais.” (...)¹⁰

A problemática gira em torno de a Constituição ter estabelecido aos poderes Legislativo e Executivo a competência para estabelecer as prioridades nas prestações, já que são eleitos para esse fim. O Poder Judiciário não poderia entrar no mérito do ato sobpena de violar o princípio da separação dos poderes.

¹⁰ Op. cit. p. 455.

Contudo, o referido autor argumenta que a ausência da prestação prevista na constituição gera um direito subjetivo ao indivíduo de exigí-la. Mesmo quando um direito a prestação é assegurado em nível de princípio e não em uma norma de eficácia plena, existe a possibilidade de, no caso concreto, gerar a obrigatoriedade da prestação:

“Se às normas que conferem um direito prima facie é acrescida uma cláusula de restrição, essas normas adquirem o caráter de normas que, embora carentes de concretização – que ocorre por meio de sopesamentos, garantem direitos definitivos. Se o suporte fático for preenchido e a cláusula de restrição não for, o titular tem um direito definitivo. Natureza de princípio e exigibilidade perfeita são, portanto, compatíveis. Isso vale tanto para os direitos de defesa quanto para os direitos a prestações.”¹¹

Ainda que nem todo direito social seja um direito subjetivo, o artigo 5º, § 1º da CRFB consagrou princípio da máxima efetividade: “§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata”. Este artigo torna todos os direitos sociais candidatos a se tornarem um direito subjetivo analisado o caso concreto:

“(...) Não é totalmente excluída a possibilidade de se atribuir aos dispositivos de direitos fundamentais, por meio de interpretação, direitos morais até então não reconhecidamente de nível constitucional, e também no fato de que toda norma objetiva que seja vantajosa para um sujeito de direito é, em princípio, uma candidata a uma subjetivação.

Enquanto direitos subjetivos, todos os direitos a prestação são relações triádicas entre um titular do direito fundamental, o Estado e uma ação estatal positiva. Se o titular do direito fundamental a tem um direito em face do Estado (s) a que o Estado realize a ação positiva h, então, o Estado tem, em relação a, o dever de realizar h. Sempre que houver uma relação constitucional desse tipo, entre um titular de direito fundamental e o Estado, o titular do direito fundamental tem a competência de exigir judicialmente esse direito. Isso é assim em razão do direito constitucional positivo, por força do art. 19, §4º, 1, da Constituição alemã. Essa exigibilidade, caracterizada por Wolff como “perfeita”, é inteiramente compatível com a possibilidade de que os direitos a prestações, tanto quanto os direitos de defesa, tenham um caráter prima facie, ou seja, natureza de princípios(...)

¹¹ Op. cit. p. 446.

*(...) Se se deixa de lado, em um primeiro momento, a cláusula “em princípio”, que sugere uma vinculação mais ampla, então, no que diz respeito à vinculação do legislador, dessas duas citações decorrem duas proposições: (1) o Estado tem que adotar ao menos uma medida efetiva; e (2) caso há apenas uma medida efetiva, o Estado tem que adota - lá.”(...)*¹²

Dessa maneira, se seguirmos a teoria de Alexy, fica claro que o indivíduo pode recorrer, em determinadas situações, ao Judiciário para exigir do Estado um direito a prestação consagrado na Constituição. Em que pese a discricionariedade do Poder Executivo e do Poder Legislativo em implementar a prestação mais adequada para o caso concreto, o Estado deverá ao menos adotar uma das medidas efetivas possíveis.

3. A RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL

A concretização dos direitos sociais depende necessariamente de uma ação governamental. Nesse entendimento está o posicionamento de Comparato¹³ de que as políticas públicas são programas de ação governamental. O autor segue a orientação doutrinária de Dworkin¹⁴ de que a política (*policy*), diferente da ideia de princípio, delimita uma espécie de conduta (*standard*) que orienta um objetivo a ser alcançado.

Por outro lado, os direitos a prestações devem ser analisados observando as limitações orçamentárias que o Estado possui. A reserva do possível tem sido utilizada com muita frequência pelo Estado para se escusar da responsabilidade das prestações. De fato, nos países em desenvolvimento como o Brasil, as limitações orçamentárias são muito grandes, portanto a análise da disponibilidade fática deve ser considerada para que todos possam usufruir igualmente daqueles direitos que o Estado deve promover.

A reserva do possível, expressão que surgiu em 1972 na Alemanha em

¹² Op. cit., p. 445-446.

¹³ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. Revista dos Tribunais, ano 86, n. 737, março, São Paulo, 1997, p. 17.

¹⁴ No original: “Los argumentos de principio se proponen establecer un derecho individual; los argumentos políticos se proponen establecer un objetivo colectivo. Los principios son proposiciones que describen derechos; las políticas son proposiciones que describen objetivos”. DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Traducción de Marta Guastavino. 2. ed. Barcelona: Ariel Derecho, 1989, p. 158 e ss.

uma decisão do Tribunal Constitucional Federal, possui três dimensões segundo Ingo Wolfgang Sarlet¹⁵. A possibilidade fática consiste na disponibilidade de recursos para que seja possível a implementação do direito prestacional. Portanto, esta não pode ser analisada somente em relação a um único indivíduo, deve-se observar a universalidade da prestação, já que todos os indivíduos em igual situação terão também o direito subjetivo a exigir a mesma prestação do Estado. Uma boa solução para a questão da universalização é a adoção de ações coletivas para que o Judiciário faça a análise de macro justiça.

A segunda dimensão da reserva do possível é a possibilidade jurídica do pedido. Essa análise consiste em verificar a existência de autorização orçamentária e definir a competência de qual ente da Federação deve realizar a prestação.

A última dimensão consiste em observar se é razoável e proporcional exigir do Estado a prestação, e em que medida deve ser exigida. Na prática, o Estado sempre alega não ter meios para promover a prestação, mas cabe a ele demonstrar a impossibilidade. O Ministro Celso de Mello, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45, fixa como parâmetro: *"O Estado deve demonstrar a existência de justo motivo objetivamente aferível"*. Além disso, o poder público pode escolher dentre as opções possíveis a prestação que menos onere os cofres públicos, desde que eficaz.

Assim como a reserva do possível está intimamente ligada às restrições orçamentárias estatais, o princípio do mínimo existencial está ligado aos direitos sociais. A expressão mínimo existencial surgiu pela primeira vez no direito alemão, em 1953 em uma decisão do Tribunal Constitucional Federal. Este princípio é a conjugação da dignidade da pessoa humana, liberdade material e o princípio do Estado Social. O ponto central é a questão da efetividade, assim, quanto mais se garantem direitos sociais, maior é a dificuldade de assegurar sua implementação. Dessa forma, a fixação de um parâmetro mínimo impõe ao Estado a obrigação de assegurar tais direitos, sob pena de afrontar a dignidade da pessoa humana - valor núcleo em torno do qual gravitam todos os direitos fundamentais.

¹⁵SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

Para Ingo Sarlet, o Estado não poderia alegar a reserva do possível quando a prestação estatal seja derivada de direitos sociais pautados no princípio do mínimo existencial, ou seja, com relação ao mínimo existencial não se pode alegar reserva do possível. Dessa forma, o Estado tem obrigação de atender esses direitos independentemente de qualquer argumento. Já para Daniel Sarmento¹⁶, quando se trata de mínimo existencial, exige do Estado um ônus argumentativo maior para justificar a não implementação, cabendo demonstrar de forma muito mais ampla e profunda que, de forma alguma, terá como arcar com a prestação devida.

Nessa esteira, Bucci salienta a peculiaridade do estudo das políticas públicas sobre a ótica do Direito:

(...) “evidencia-se que para o estudioso do direito é extremamente difícil sintetizar em um conceito a realidade multiforme das políticas públicas. Uma política pública carrega, necessariamente, elementos estranhos às ferramentas conceituais jurídicas, tais como os dados econômicos, históricos e sociais de determinada realidade que o Poder Público visa atingir por meio do programa de ação.

O jurista deve saber percebê-los, reconhecê-los e traduzi-los para o universo conceitual do direito, o que caberia no espaço epistemológico da teoria geral do direito. Essa, contudo, tradicionalmente trabalha o fenômeno jurídico a partir da norma posta, não antes. Daí que a direção de seu desenvolvimento são métodos de interpretação, aplicação e, quando muito, construção do direito, a partir do direito positivo. (...)”¹⁷

Fica evidenciada a dificuldade de se estabelecer critérios definidores do limite desejável para intervenção judicial nas políticas públicas. Isso se deve ao fato de que o Direito não se apresenta como a única ciência adequada para elucidar a questão da judicialização das políticas públicas. Devem-se buscar outras soluções, ainda que não próprias das ciências jurídicas tradicionais. Contudo, antes de abordarmos o ponto central deste estudo, se faz necessário salientar algumas considerações acerca do constitucionalismo contemporâneo sob a ótica do direito à saúde.

¹⁶ SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Direitos fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo; Coimbra: Revista dos Tribunais; Coimbra Editora, 2009.

¹⁷DALLARI, Bucci, op. cit., p. 46-47.

4. O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E O DIREITO À SAÚDE

O constitucionalismo contemporâneo é chamado por parte da doutrina de neoconstitucionalismo¹⁸. Este surgiu no fim da Segunda Guerra Mundial após o positivismo jurídico ser criticado por desvincular o Direito, a moral e a política. Com isso, assiste-se ao avanço do argumento de que o Direito não é apenas norma jurídica, a lei, para ser válida, precisa possuir um conteúdo moral, como defendem Ronald Dworkin e Robert Alexy.

As constituições que surgiram após o fim da II Guerra Mundial passaram a consagrar o princípio da dignidade da pessoa humana como um valor constitucional supremo, de forma que o Estado existe para o cidadão e não o oposto. Com o surgimento da dignidade da pessoa humana como núcleo da Constituição ocorre uma rematerialização da Constituição, sendo os direitos fundamentais os protetores da dignidade da pessoa humana.

Necessário se faz destacar que a obediência às normas que garantem os direitos fundamentais prescritos na Constituição depende de seu potencial motriz e de sua eficácia, portanto, é importante que a Constituição tenha a força capaz de impor obediência. A declaração de direitos estabelecida com a Revolução Francesa de nada serve se não possuir eficácia. O neoconstitucionalismo traz a ideia da força normativa da Constituição consagrada na obra "A Força Normativa da Constituição" de Konrad Hesse.

A concepção jurídica da Constituição que prevalece hoje teve grande influência da obra de Hesse: a dignidade da pessoa humana como valor supremo, a rematerialização com os direitos fundamentais protetivos e a força normativa da Constituição. Para o referido autor, ainda que em certos casos aquilo que esteja escrito não seja capaz de modificar a realidade, para que a Constituição possua essa força normativa, basta que aqueles que sejam encarregados de aplicá-la tenham vontade de Constituição e não vontade de poder.

A realidade é que os direitos a prestações possuem uma carga de eficácia menor que os direitos de defesa. A maioria dos direitos de defesa estão consagrados em normas constitucionais de eficácia plena ou contida, o que

¹⁸BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 9, março/abril/maio, 2007.

acarreta aplicabilidade imediata, direta e integral. Já os direitos prestacionais estão consagrados em normas de eficácia limitada, que dependem de regulamentação. Além disso, o custo de implementar os direitos a prestação é muito maior do que para garantir os direitos de defesa, justamente porque este exige uma ação negativa do Estado, enquanto que para aquela ser concretizada é necessária uma ação positiva do Estado.

A Constituição da República de 1988 legitima o Poder Executivo - com objetivos definidos pelo poder Legislativo por meio legal - a definir as prioridades na concretização dos direitos sociais. Para tanto, utiliza-se as políticas públicas, que segundo Bucci: "*devem visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados*"¹⁹

No que tange ao direito à saúde, a Constituição dá garantia máxima a implementação desse direito social, já estruturando essa prestação por meio do Sistema Único de Saúde - SUS. Como explica a referida autora, o direito à saúde se insere no conceito de políticas públicas de forma inequívoca:

*"Mais importante que essa definição é a própria estruturação das prestações estatais em matéria de saúde, que a Constituição Federal ordenou, de forma inédita, no Sistema Único de Saúde. Resultante de um aprimoramento de modelos anteriores à Constituição de 1988, a partir da evolução das primeiras propostas técnicas, mais importante, agregando a mobilização política e social do movimento pela democratização da saúde, o SUS é inscrito nos arts. 198 a 200 da Constituição, com vistas a alcançar o nível máximo de garantia proporcionado pelo sistema jurídico."*²⁰

Os direitos sociais são direcionados aos indivíduos pertencentes às classes sociais menos abastadas. A principal finalidade é a proteção dos hipossuficientes. No entanto, apesar do fator custo não ser algo exclusivo dos direitos a prestações, é um aspecto especialmente considerado, sobretudo dada a possibilidade de estes direitos a prestações serem individualizados, ou seja, a possibilidade de se recorrer diretamente ao Judiciário para exigir uma prestação fundada em um direito social.

¹⁹ Op. cit. p. 39.

²⁰ Op. cit., p. 17-18.

No Brasil, após a Constituição da República de 1988, no primeiro momento que perdurou até meados dos anos 90, os direitos sociais não poderiam ser exigidos judicialmente. Não se podia exigir do Estado prestações fundadas em normas programáticas, de forma que não gerava para o indivíduo um direito subjetivo à prestação, este deveria aguardar a vontade intermediária do legislador.

Atualmente, existem diversas decisões judiciais que determinam a entrega de prestações materiais com base nos direitos sociais. Na área da saúde, assiste-se ao grande aumento de demandas judiciais objetivando a concessão de medicamentos. Ocorre que a natureza processual é comutativa - relação autor e réu -, ao contrário dos direitos sociais, que possuem uma natureza de justiça distributiva, pois o direito individual a um medicamento gera o direito de todos que tenham a mesma doença a receber o medicamento do Estado. O foco, portanto, não pode ser unilateral, sobretudo pelas questões orçamentárias.

Nada obstante, a problemática não se resume somente a questão da escassez de recursos. A lógica processual comum não oferece meios adequados para lides desse tipo, pois o Poder Judiciário ao se deparar com uma demanda individual e analisando o caso isoladamente, em que se pese a proteção à vida, pode vir a acarretar o choque do direito do titular da ação com o de outros indivíduos que não estão na lide. Daniela Costa²¹ bem exemplifica estes casos:

“A pretexto de realizarem verdadeira justiça, os juízes do caso concreto passaram a ditar as regras relativamente à aplicação dos recursos o públicos em questão de direitos sociais (particularmente no caso do direito à saúde), cada qual conforme sua própria ideologia e convicção e, no mais das vezes, de modo absolutamente conflitante. Via de regra, o enfoque é desviado para a proteção do direito à vida, como modo de justificar a utilização do regime próprio dos direitos de liberdade aos direitos sociais.

Excelente retrato desta situação foi apresentado na reportagem “Saúde na mão de Juízes”²², publicada no jornal Zero Hora de 17 de agosto de 2008, na qual é relatada a dificuldade enfrentada por uma médica do sistema estadual de saúde que, tendo um

²¹ COSTA, Daniela Fernanda. Os Direitos Fundamentais Sociais como Expressão do Bem Comum. Em busca de parâmetros para a prestação racional do direito à saúde. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2008, p. 58.

²² Disponível em: <http://zerohora.clicrbs.com.br/zerohora> em 20/06/2012.

fígado disponível para transplante, se via diante de duas liminares garantindo a dois pacientes a preferência pelo mesmo órgão. Mais adiante é relatada a situação do Coordenador do Centro de Dependência Química do Hospital Parque Belém, em Porto Alegre/RS, que convive com a constante ameaça de prisão em razão das cerca de cinco liminares diárias de internação que chegam à instituição, ocasionando ao médico, também, um dilema ético decorrente da superlotação e colocando em risco a integridade física do próprio autor da ação, assim como a dos demais internados.”

Agrava-se a isso o fato deste tipo de demanda judicial ter aumentado muito desde a universalização do direito à saúde na Constituição 1988. O Conselho Nacional de Justiça²³ está fazendo um levantamento da quantidade de ações judiciais desta natureza. Até o momento, nos 20 tribunais já pesquisados, existem 112 mil ações tramitando, e estima-se que a quantidade de ações judiciais tramitando em todos os 91 tribunais do Brasil seja por volta de 500 mil.

Marina Ferreira, citando Ferraz²⁴, alerta para a característica do modelo brasileiro de judicialização das políticas públicas na área da saúde estar voltado predominantemente para demandas individuais (98%) e ainda estas possuem grande índice de amparo, o que pode vir a ocasionar uma desestruturação de todo o sistema:

“O Modelo Brasileiro de litigância seria caracterizado, em síntese, pela prevalência das demandas individuais acerca de tratamentos curativos – Hoffmann e Bentes, (2008) apontaram 98% de demandas individuais - e de alto grau de acolhimento de seus pleitos (FERRAZ, 2010; PEPE et al, 2010). Ferraz sustenta que a extrema litigância em matéria de saúde nos moldes brasileiros agrava o estado já precário do Sistema de Saúde nacional, elencando duas razões: (i) uma interpretação do direito a saúde que ignore limites orçamentários só pode ser sustentada em detrimento da universalidade do sistema, isto é, apenas parcela da população tem acesso a recursos ilimitados e (ii) a minoria que tem acesso às cortes não é a que carece dos bens de saúde mais básicos (FERRAZ, 2010, p. 34).”

²³ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/component/content/article/96-noticias/10118-demandas-de-saude-passam-de-112-mil-em-todo-o-pais>. Acesso em 26/06/2012

²⁴ FERRAZ, Octavio. The right to health in the courts of Brazil: Worsening health inequities?. Health and Human Rights: An International Journal, North America, Vol. 11, n. 02, 2010 apud FERREIRA, Marina Costa. Direito à Proteção da Saúde pela via judicial: em busca de efetividade e equidade. Revista de Estudos Jurídicos, a.15, n.22, 2011, p. 251-252.

Dessa maneira, resta claro que as peculiaridades da judicialização das políticas públicas, sobretudo nas especificidades do direito à saúde, exigem abordagens inovadoras que permitam alcançar o limite adequado para a atuação do poder judiciário.

5. A NECESSIDADE DE DEFERÊNCIA AOS CRITÉRIOS TÉCNICOS

O Supremo Tribunal Federal do Brasil convocou, em março de 2009, Audiência Pública com o objetivo de promover o dialogo entre diversos representantes envolvidos no processo de definição de políticas públicas na área da saúde. O resultado foram recomendações aos magistrados que observassem a dimensão do problema pelo aspecto coletivo. Sugeri-se também a criação de núcleos de assistência técnica compostos de médicos e farmacêuticos que possam auxiliar os juizes nas análises de ordem técnica.

Inclusive, especificamente neste ponto ressalta-se a necessidade dos magistrados prestarem deferência aos critérios técnicos estabelecidos pelos órgãos competentes. Os protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas são regulamentos determinados pelo Ministério da Saúde para o fornecimento de medicamentos de forma segura e visando a melhor utilização dos recursos disponíveis. Esses protocolos e diretrizes são elaboradas após criteriosos estudos científicos, sendo reconhecida a sua importância, inclusive, pela Organização Mundial de Saúde.

Assim, frisa-se que estes regulamentos têm como fim justamente a universalização dos medicamentos a população, conforme explicado na portaria expedida pelo Ministério da Saúde:

Ao mesmo tempo em que o medicamento é um importante insumo no processo de atenção o a saúde, pode também se constituir em fatos de risco quanto utilizado de maneira inadequada. Não se trata, portanto, de promover o acesso a qualquer medicamento ou de qualquer forma mas, sim, de promover o uso racional e seguro desses produtos. O escopo da ação estatal abrange medidas que assegurem oferta adequada de medicamentos em termos de quantidade, qualidade e eficácia.

Assim, em plena conformidade com a Política Nacional de Medicamentos, a necessidade de gerenciar adequadamente o

Programa de Medicamentos Excepcionais e de promover o uso de racional de medicamentos, é que o Ministério da Saúde lançou-se ao desafio de formular, para os medicamentos de alto custo, Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas.

Esses Protocolos têm o objetivo de, ao estabelecer claramente os critérios de diagnóstico de cada doença, o tratamento preconizado com os medicamentos disponíveis nas respectivas doses corretas, os mecanismos de controle, o acompanhamento e a verificação de resultados, e a racionalização da prescrição e do fornecimento dos medicamentos. Observando ética e tecnicamente a prescrição médica, os Protocolos têm, também, o objetivo de criar mecanismo a garantia da prescrição segura e eficaz.

Ao desenvolver o trabalho de construção dos Protocolos, o Ministério da Saúde incorpora-se ao movimento internacional da Medicina Baseada em Evidências e passa a disseminar o conhecimento, assume responsabilidades antes não expressas, dispõe-se ao debate, chama os agentes deste processo à discussão, conta com o auxílio da comunidade científica e constrói uma nova dimensão de gestão em medicamentos, fazendo jus, com certeza, ao reconhecimento e respeito de toda a sociedade brasileira.²⁵

Entretanto, pelas questões levantadas neste trabalho, as violações aos critérios técnicos já pré-estabelecidos pelas instituições competentes em ações individuais podem ocasionar injustiças a outros indivíduos que não figuram na lide. Percebe-se então que o questionamento dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas deve ser feito em ações coletivas, por serem seus efeitos de natureza “*erga omnes*”, envolvendo assim todos os titulares de direitos envolvidos na questão discutida.

A CRFB de 1988 legitimou o Ministério Público para atuar na tutela da saúde. Portanto, é seu dever fiscalizar políticas públicas nesta área realizando as medidas necessárias para assegurar sua garantia. E ainda cabe ao *parquet* propor a Ação Civil Pública para a proteção dos interesses coletivos²⁶.

²⁵ COSTA, Daniela Fernanda. Op. cit., p. 85.

²⁶ Art. 129- São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; I - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Art. 197 - São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Priscila Costa chama atenção para a importância de articulação entre os Conselhos de Saúde e os membros do Ministério Público, sendo essa uma das determinações da 10ª Conferência Nacional de Saúde:

10.2 defender que o Ministério Público seja o tutor da legislação em saúde, da Assistência Social e do Estatuto da Criança e do Adolescente, fiscalizando sua implantação e sua execução nos setores públicos e privados, e tomando as providências cabíveis no caso de descumprimento do texto legal;

10.4 responsabilizar os Conselhos de Saúde por encaminhar a todos os membros do Ministério Público Federal e Estadual, as Resoluções das Conferências Nacionais de Saúde (3ª, 8ª, 9ª, 10ª CNS), Normas Operacionais Básicas, Portarias, Instruções e Leis Complementares relativas ao SUS, bem como as resoluções dos Conselhos de Saúde, para que o Ministério Público fiscalize seu cumprimento;

145 Os Conselhos de Saúde, os Legislativos e o Ministério Público devem cobrar dos Gestores de Saúde e dos seus respectivos Governos o cumprimento da Legislação do SUS sobre financiamento, como por exemplo, a apresentação por todos os Secretários Estaduais ou Municipais de Saúde de Planos de Aplicação e Prestação de Contas, com as fontes de recursos aplicados, no mínimo trimestralmente aos Conselhos de Saúde em audiências pública no respectivo Poder Legislativo conforme o Artigo 12, Lei Federal 8689/93.

201 O Ministério Público deve fiscalizar a União, Estados e os Municípios no que se refere a Saúde, fortalecendo os Conselhos de Saúde, a instituição e viabilização do funcionamento dos Fundos de Saúde, para que exista a devida transparência tanto no repasse como na utilização dos recursos financeiros.

Além disso, o Ministério Público possui instrumentos adequados para questionar, inclusive, critérios de ordem técnica emitidos pelos órgãos competentes. Como visto anteriormente, entende-se que ações individuais não são o melhor meio para este fim. O *parquet*, por meio da Ação Civil Pública, pode discutir amplamente os peculiares problemas da judicialização de políticas públicas de forma a propiciar uma distribuição mais eficiente e isonômica para a população.

6. CONCLUSÕES

Neste estudo buscou-se, no primeiro momento, demonstrar a possibilidade desubjetivação dos direitos a prestação. Segundo a doutrina de Robert Alexy, a ausência de uma prestação gera um direito subjetivo ao titular do direito. O Estado possui discricionariedade para escolher as melhores formas de implementá-la, no entanto, dentre os possíveis meios, ao menos um deve ser adotado.

Dessa forma, ainda que seja alegado o princípio da reserva do possível, é admissível a judicialização das políticas públicas. Atualmente, a doutrina entende que cumpre ao Estado a demonstração objetivamente aferível da impossibilidade da prestação, e com um ônus argumentativo ainda maior quando esta prestação seja decorrida de direitos sociais assentados no princípio do mínimo existencial.

No entanto, ressalta-se que o modelo de intervenções judiciais para estes casos têm sido predominantemente em ações individuais. Argumenta-se aqui que estas não são o meio mais adequado para a análise do problema, pois os direitos sociais devem alcançar toda a sociedade e as demandas individuais apenas atingem os indivíduos que nela figuram.

Observa-se ser fundamental a deferência aos Protocolos e Diretrizes Terapêuticas estabelecidas pelos órgãos técnicos competentes. O questionamento destes só deveria ser realizado em ações coletivas, sob pena de ocasionar um tratamento desigual a outros titulares de direitos que não estariam presentes em ações individuais.

Por fim, identifica-se o Ministério Público como tutor da legislação da saúde, fiscal da implementação e execução das políticas públicas nesta área, sendo seu dever até mesmo a fiscalização dos entes políticos. O questionamento dos critérios técnicos (Protocolos e Diretrizes Terapêuticas) das políticas públicas deve ser realizado em ações que possuam natureza "*erga omnes*", para tanto o *parquet* federal é legitimado a propor Ação Civil Pública. Por isso, sugere-se a ampliação das Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva.

7. REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático**. Revista de Direito do Estado n.3, 2006.
- BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 9, março/abril/maio, 2007.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. “O conceito de política pública em direito” In: Idem (org.) **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. Revista dos Tribunais, ano 86, n. 737, março, São Paulo, 1997.
- COSTA, Daniela Fernanda. **Os Direitos Fundamentais Sociais como Expressão do Bem Comum**. Em busca de parâmetros para a prestação racional do direito à saúde. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2008.
- CRISTÓVAM, José Sérgio. **Direitos sociais e controle jurisdicional de políticas públicas: Algumas considerações a partir dos contornos do Estado constitucional de direito**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/19437/direitos-sociais-e-controle-jurisdicional-de-politicas-publicas>>. Acesso em: 21 de junho de 2011.
- DWORKIN, Ronald. **Los derechos serio**. Traducción de Marta Guastavino. 2. ed. Barcelona: Ariel Derecho, 1989.
- ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança: Uma teoria do controle judicial**, 1ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- FERREIRA, Marina Costa. Direito à Proteção da Saúde pela via judicial: em busca de efetividade e equidade. **Revista de Estudos Jurídicos**, a.15, n.22, 2011
- GANDIN, João Agnaldo; Barione, Samantha; Souza, André. **A judicialização do direito à saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial – critérios e experiências**. Disponível em:< <http://jusvi.com/artigos/32344>>. Acesso em: 10 de junho de 2011.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14. ed. Saraiva, 2010.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direito Subjetivo e Direitos Sociais: O Dilema do Judiciário No Estado Social de Direito**. (In Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça. Org. José Eduardo Faria). São Paulo: Malheiros, 1998.
- SANTANA, Priscila de. **Implementação do Direito à Saúde no Município do Rio de Janeiro: Conselho Municipal de Saúde e Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva da**

Saúde. Dissertação (Mestrado em Direito) Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo; Coimbra: Revista dos Tribunais; Coimbra Editora, 2009.

DEMOCRACIA E DIREITOS HUMANOS

Reis Friede - Mestre e Doutor em Direito, é Desembargador Federal e Professor Titular da disciplina Ciência Política da Faculdade de Direito e integrante do Corpo Docente do Mestrado em Desenvolvimento Local do Centro Universitário Augusto Motta - UNISUAM

RESUMO: O Conceito de democracia encontra-se umbilicalmente associado aos Direitos Humanos. A Declaração Universal dos Direitos Humanos se constitui em um marco no contexto político e ideológico do tema em epígrafe. Os Direitos Humanos também se encontram inseridos, na atualidade, no contexto do princípio da extraterritorialidade, fazendo com que a democracia também se exteriorize como uma cultura humanística.

Palavras-chave: Democracia. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Princípio da Extraterritorialidade.

INTRODUÇÃO

Com o advento da era contemporânea, a expressão *democracia* passou a admitir, em uma tradução ampla, um significado peculiar e universal, associado aos direitos inerentes ao homem como ser humano, independentemente dos inerentes aspectos (culturais, lingüísticos, raciais, de credo etc.) específicos de cada comunidade nacional.

A geratriz de tal fenômeno parece ter explicação no fato de que, embora cada ser vivo seja ímpar, o gênero humano possui também uma infinidade de elementos comuns que permitem deduzir a existência efetiva de uma grande e única comunidade global, transcendente ao simples resultado da soma das diversas sociedades nacionais que a compõem.

O primeiro resultado objetivo desta constatação (que, ao que tudo

indica, ensejou a caracterização de uma específica e peculiar linha histórico-evolutiva), decorre da própria *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, em 1948, no contexto histórico da criação da *Organização das Nações Unidas - ONU* (na qualidade de efetiva Confederação Institucional), no imediato período do pós-guerra, em 1945.

DIAGRAMA I: DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM (ORIGINAL)

Preâmbulo

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum,

Considerando essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra tirania e a opressão,

Considerando essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações,

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla,

Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a desenvolver, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades,

Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento

desse compromisso, A Assembléia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

Artigo I. Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

Artigo II. Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Artigo III. Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Artigo IV. Ninguém será mantido em escravidão ou servidão, a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas.

Artigo V. Ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

Artigo VI. Toda pessoa tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecida como pessoa perante a lei.

Artigo VII. Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Artigo VIII. Toda pessoa tem direito a receber dos tributos nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

Artigo IX. Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado.

Artigo X. Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e

imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Artigo XI. 1. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. 2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Tampouco será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.

Artigo XII. Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

Artigo XIII. 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado. 2. Toda pessoa tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar.

Artigo XIV. 1. Toda pessoa, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países. 2. Este direito não pode ser invocado em caso de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos propósitos e princípios das Nações Unidas.

Artigo XV. 1. Toda pessoa tem direito a uma nacionalidade. 2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade.

Artigo XVI. 1. Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução. 2. O casamento não será válido senão com o livre e pleno consentimento dos nubentes.

Artigo XVII. 1. Toda pessoa tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros. 2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade.

Artigo XVIII. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença,

pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular.

Artigo XIX. Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

Artigo XX. 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de reunião e associação pacíficas. 2. Ninguém pode ser obrigado a fazer parte de uma associação.

Artigo XXI. 1. Toda pessoa tem o direito de tomar parte no governo de seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos. 2. Toda pessoa tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país. 3. A vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto.

Artigo XXII. Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

Artigo XXIII. 1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego. 2. Toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho. 3. Toda pessoa que trabalhe tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social. 4. Toda pessoa tem direito a organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses.

Artigo XXIV. Toda pessoa tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas.

Artigo XXV. 1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle. 2. A maternidade e a

infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio gozarão da mesma proteção social.

Artigo XXVI. 1. Toda pessoa tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito. 2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. 3. Os pais têm prioridade de direito à escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos.

Artigo XXVII. 1. Toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do processo científico e de seus benefícios. 2. Toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor.

Artigo XXVIII. Toda pessoa tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados.

Artigo XXIX. 1. Toda pessoa tem deveres para com a comunidade, em que o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível. 2. No exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. 3. Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos propósitos e princípios das Nações Unidas.

Artigo XXX. Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades aqui estabelecidos.

1. DIREITOS HUMANOS E IDEOLOGIA

Nesse sentido, - não obstante o indiscutível avanço rumo a caracterização efetiva de uma genuína *Constituição Global* -, o advento da *Declaração Universal dos Direitos do Homem* também acabou contribuindo, mesmo que indiretamente, para o acirramento de uma ampla problemática relativa aos chamados *direitos humanos*, consistente a exemplo de todos os elementos de natureza normativa, na questão específica da interpretação (e do alcance) de seus dispositivos, posto que - por razões, acima de tudo, ideológicas - subsiste uma natural controvérsia hermenêutica na aplicação prática de seus variados regramentos.

Destarte, muitas das ações em princípio violadoras dos direitos humanos para considerável parcela da comunidade internacional, particularmente no período *bipolar* de confrontação ideológica, não eram entendidas sob a mesma ótica por outras coletividades, criando objetivamente uma espécie de *impasse político* cuja solução última passa a oscilar entre a simples imposição da ideologia dominante (solução aplicada particularmente no período compreendido entre os 50 anos do pós-guerra) até a criação de verdadeiros tribunais internacionais, com jurisdição transnacional¹ e com plena competência, a exemplo dos tribunais nacionais, de interpretar (e aplicar) o que se convencionou denominar por legislação comum internacional.

Neste diapasão analítico, - ainda que não plenamente factível no presente -, espera-se, no futuro próximo, que os *direitos humanos* passem a ser verdadeiramente assegurados para todos os homens no planeta, independentemente de suas respectivas nacionalidades, o que corresponderia, em grande medida, ao sonho de se construir uma genuína *aldeia global*, onde a *democracia*, em sua vertente ampla, passaria a se constituir em uma realidade efetiva para todos, encerrando, em definitivo, a possibilidade da existência de regimes políticos ilegítimos, de índole, sobretudo, totalitária^{2, 3}.

2. DIREITOS HUMANOS E PRINCÍPIO DA EXTRATERRITORIALIDADE

Todavia, no presente estágio evolutivo do Direito Internacional, é sensato concluir, reforçando, em parte, a tese da *imposição da ideologia dominante*, muitos Estados - independentemente da própria existência

de tribunais internacionais específicos (que, em princípio, teriam sua jurisdição limitada aos nacionais signatários de sua criação, muito embora alguns defendam a simples imposição do poder jurisdicional internacional mesmo aos países não signatários) e, em certo aspecto, antecipando-se à efetividade dos mesmos -, têm defendido, de forma simplória, a aplicação do controvertido *princípio da extraterritorialidade*, - com a conseqüente supressão do reconhecimento da soberania nacional -, para o julgamento, em solo nacional, de cidadãos estrangeiros e residentes em países soberanos, acusados de praticar, em termos genéricos, crimes de violação contra os direitos humanos.

Muito embora, no terreno abstratamente intencional, possa parecer louvável a iniciativa, a verdade é que a mesma camufla uma efetiva (e perigosa) imposição ideológica dos Estados dominantes em relação aos chamados Estados periféricos ou, em outras palavras, entre Estados detentores de poder militar, econômico e político relativamente aos demais *players* globais.

Nessa linha de raciocínio, revela-se claramente a aplicação prática de dois pesos e duas medidas, posto que, enquanto Estados centrais puderem manter, independentemente de passaportes diplomáticos (e de suas conseqüentes imunidades), em situação de verdadeiro cárcere privado, o então general PINOCHET, acusado de ser responsável pelo desaparecimento de três mil pessoas (entre chilenos e estrangeiros) durante a imposição de seu regime no Chile⁴, por outro, nada se fez em relação aos diversos dirigentes chineses, responsáveis comprovadamente pelo extermínio de um número infinitas vezes superior de “inimigos do regime” ou mesmo de tantos outros ditadores vivos, e ainda na “ativa”, mas que, por auferirem tal condição, ainda possuem uma vasta parcela de poder para defenderem suas posições desrespeitadoras dos direitos humanos.

A questão *sub examen*, portanto, oculta uma inegável dose de *covardia* e *hipocrisia*, travestida através do nobre objetivo de se defender os direitos humanos. *Covardia* porque apenas admite a imposição do pretense *princípio da extraterritorialidade* contra cidadãos desprotegidos ou contra nacionais de Estados com limitado (ou inexistente) poder de reação, desconsideradas, em todos os casos, a maior ou menor gravidade de suas supostas ações criminosas. *Hipocrisia* porque não leva em conta a existência ou não de

uma sinérgica *autoridade moral* para julgar crimes contra a humanidade, eventualmente também praticados pelos Estados-juízes^{6, 7}.

Por fim, o malsinado *princípio da extraterritorialidade*, ao atentar diretamente contra as inerentes *imunidades diplomáticas*, construídas sob o baluarte do respeito à soberania estrangeira, contribui, sobremaneira, para o crescente problema de credibilidade dos próprios organismos internacionais, mormente quando consideramos que a sede de tais entidades situa-se em solo nacional (como no caso da ONU, em Nova Iorque, EUA), criando, desta feita, um problema global de confiabilidade entre os diferentes povos representados⁸.

3. DEMOCRACIA E CULTURA HUMANÍSTICA

Para trazer ainda maior complexidade à discussão, resta ainda afirmar a existência de outra faceta da *democracia* que revela-se subjetivamente na inerente *questão cultural* que a permeia.

Nesse sentido, não há como deixar de concluir que o *regime democrático*, em sua acepção ampla, decorre de uma incontestada *cultura humanística* que, em última análise, apregoa universalmente a primazia do próprio ser humano.

Ocorre que, por inerentes questões ideológicas (e mesmo de simples luta pelo poder), o *regime democrático* também apresenta-se, neste contexto, como razoável *instrumento de dominação*, ainda que invariavelmente acobertado por determinados *elementos humanísticos*⁹.

Sob este aspecto, vale lembrar que para os antigos países do chamado *Bloco Comunista*, autodenominados *democracias populares*, o postulado da *igualdade* era considerado o ícone do regime democrático e todo tipo de crítica ao poder central (governamental) que sufocava qualquer pretensão por maior *liberdade* era contra-atacado pelo argumento de que no Ocidente imperava uma *falsa liberdade*, considerando que a *ditadura econômica* não só fazia prevalecer a vontade dos ricos sobre os pobres, como também sufocava o próprio direito de manifestação das camadas menos favorecidas (a maioria da população)¹⁰.

Sob outro ângulo, os países do denominado *Ocidente Pluralista* (numa clara alusão ao *multipartidarismo* dominante nessas Nações em virtual oposição à “ditadura” do partido único) sempre apregoaram o postulado da *liberdade* como o suporte maior do regime democrático moderno, fundado, especialmente, no pensamento de ALEXIS DE TOCQUEVILLE, em referência à *Pátria da Liberdade* (EUA), segundo o qual “a *democracia* é como maré alta; recua apenas para retomar com mais vigor e logo se toma evidente que, apesar de todas as flutuações, a maré sempre ganha terreno”^{11, 12}.

DEMOCRACY AND HUMAN RIGHTS

ABSTRACT: The concept of democracy is inextricably linked to human rights. The Universal Declaration of Human Rights constitutes a milestone in the political and ideological theme title. Human rights are also included, in actuality, in the context of the principle of extraterritoriality, so that democracy is also outwardly as a humanistic culture.

Keywords: Democracy. Universal Declaration of Human Rights. Extraterritoriality.

NOTAS COMPLEMENTARES

1. Tribunais Internacionais

A questão relativa à criação de tribunais internacionais se encontra umbilicalmente adstrita à ampla discussão a propósito da própria existência de um direito internacional e, por vias transversas, sobre uma efetiva ordem internacional.

O problema central, neste aspecto, repousa no fato incontestado de que o direito normativo desprovido de sinérgica sanção resume-se a uma simples carta de intenções, sem qualquer efeito normativo prático.

No âmbito nacional, nunca é demais lembrar, a garantia maior do direito (particularmente do direito constitucional e das garantias individuais derivadas) encontra assento no poder soberano do Estado de fazer valer a universalidade de suas decisões, impondo, nesse sentido através de instrumentos próprios de força coativa -, a ordem normativa consensual, independentemente de eventuais vontades particulares em sentido contrário.

Muito embora tal questão tenha sido, de imediato, ventilada entre os aliados (EUA, Reino Unido e URSS) antes mesmo do fim da Segunda Grande Guerra, a verdade é que ocorreu, naquela oportunidade, um hiato insuperável entre as concepções de paz defendidas, por um lado, pelos EUA e Reino Unido, que defendiam a existência de uma ONU armada para fazer valer um direito coletivo, e, por outro, pela URSS, que desejava um desarme geral, sem maiores preocupações com a efetividade de um suposto direito internacional.

(Na prática, a história acabou mostrando, poucos anos depois, que o ideário soviético correspondia muito mais às suas ambições expansionistas do que propriamente a uma preocupação com a paz mundial e com a convivência harmônica dos diferentes povos (derivado do próprio fato de que a URSS se constituía, a exemplo da derrotada Alemanha, em um Estado totalitário, onde a expressão democracia limitava-se a um mero sofisma), obrigando o chamado “Mundo Livre” (sob a liderança dos EUA) a delinear uma política de contenção que conduziu, como previra seu principal mentor (George Kenan), a uma desaglutinação do Império Soviético e, por conseqüência, da ameaça do totalitarismo comunista.)

O resultado foi, sem dúvida, um lamentável atraso de pelo menos 50 anos no necessário debate quanto à criação de instrumentos efetivos para a consolidação de um autêntico direito internacional.

De qualquer sorte, é fato que, vencidos os maiores obstáculos do passado recente, o direito internacional público parece, a cada dia, mais próximo de se tomar uma realidade, com a criação de autênticos tribunais internacionais que passariam a ter jurisdição, independentemente das diversas soberanias nacionais, se não sobre toda a comunidade internacional, pelo menos no âmbito de seus signatários. Neste especial, oportuno mencionar, a Conferência de Roma, realizada entre 15 de junho e 17 de julho de 1998, que revelou um avanço ao aprovar a implantação de um Tribunal Penal Internacional com poderes para julgar os chamados crimes contra a humanidade (e, particularmente, os de guerra).

O maior obstáculo a esta iniciativa, contudo, continua sendo o veto norte-americano à idéia de abrir mão de julgar, segundo suas leis (e em seu território), seus próprios cidadãos (e outros que tenham cometido

crimes que envolviam diretamente interesses estadunidenses, como o caso o general Noriega, que foi seqüestrado em seu país para ser julgado nos EUA). De qualquer sorte, a criação última de um organismo internacional desta envergadura eliminaria as críticas contundentes que se repetem, cada vez com maior constância, em relação ao natural repúdio à aplicação unilateral e extraterritorial de leis nacionais (ainda que fundadas na Declaração Universal dos Direitos Humanos), tal qual ocorreu no caso Pinochet (Inglaterra/Espanha 1998/99), que se “constituem em ações que indiscutivelmente violam a igualdade jurídica dos Estados e os princípios de respeito e dignidade da soberania dos Estados e a não-intervenção em assuntos internos que ameaçam a convivência dos mesmos” (fragmentos da Declaração conjunta mercosul + Chile + Bolívia, em reunião no Rio de Janeiro, em 09 de dezembro de 1998).

“O Tribunal Penal Internacional (TPI) é um velho sonho de juristas e militantes de direitos humanos que finalmente começou a se concretizar em meados de 1998, quando representantes de 162 países se reuniram em Roma para discutir a elaboração dos seus estatutos. A idéia de uma corte internacional para julgar crimes contra a Humanidade fora primeiro mencionada em 1924 e vinha sendo discutida nas Nações Unidas desde 1948.

O problema é que durante décadas a rivalidade entre os blocos comunista e capitalista bloqueou a concretização do tribunal, pois não se chegava a um acordo sobre a definição de suas atribuições. Foram necessárias duas décadas apenas para obter-se um entendimento comum da palavra ‘agressão’.

Os debates em torno dos estatutos do TPI estiveram longe de uma unanimidade de posições e a antiga divergência ideológica deu lugar a uma preocupação com a soberania nacional. Vários países, Estados Unidos à frente, queriam limitar as atribuições da corte, submetendo-a ao Conselho de Segurança da ONU. Rússia, França e China apoiavam essa posição, que, como membros permanentes do Conselho, lhes daria o poder de veto sobre o TPI. Tal proposta, no entanto, foi derrotada pela maioria, que preferiu uma corte mais independente. Os EUA, entretanto, não devem ratificar a criação do tribunal por não abrir mão de julgar seus próprios cidadãos.

O TPI tem a seu encargo julgar crimes contra a Humanidade, genocídio, agressão e crimes de guerra, mas só terá jurisdição se

houver envolvimento de cidadãos de países signatários ou se os crimes forem cometidos nesses países. Para funcionar, o TPI precisa ser ratificado por 60 parlamentos nacionais” (A Humanidade em Busca de Proteção).

2. Regimes Políticos Ilegítimos

Não obstante o almejado sonho de se constituir uma autêntica comunidade internacional verdadeiramente democrática (em sua aceção ampla e humanística), a realidade efetiva ainda encontra-se muito distante desse ideal, posto que em diversas sociedades nacionais, plenamente reconhecidas pela ONU, ainda coexistem situações de extrema violação dos direitos humanos mais elementares, como a liberdade.

É o caso, dentre outros, do Sudão, onde a prática da escravidão (e do conseqüente tráfico de seres humanos) constitui-se em uma atividade legal (ou, no mínimo, tolerada pelo Estado), forjando uma situação de fato (e de direito) que, em nenhuma circunstância, poderia ser razoavelmente aceita pela comunidade internacional.

Em termos objetivos, o Sudão, a exemplo de outros Estados Artificiais, encontra-se atolado numa guerra civil em que já morreram dois milhões de pessoas. O norte, muçulmano, tenta subjugar as populações cristã e animista, majoritárias no sul do País.

3. O que, em grande parte, historicamente correspondeu aos frustrados anseios de muitas comunidades envolvidas direta e indiretamente na Segunda Guerra Mundial (que, sob certo prisma, encaravam aquele conflito como uma autêntica luta contra o totalitarismo e a opressão), ainda que circunstâncias históricas tenham obrigado à consolidação de alianças extravagantes entre os regimes democráticos e o totalitarismo comunista, e toda a sorte de conseqüências que o mundo presenciou, particularmente até o início dos anos 90.

4. O Caso Pinochet e Seus Consectários

Sobre a questão particular da prisão do general Augusto Pinochet em Londres (1998), merece ser transcrito, pelo seu brilhantismo, interessante artigo de autoria de Roberto Campos (“A Trapalhada dos Lordes”, O Globo, 6.12.98, p. 7) que bem retrata o episódio em análise, verbis:

“A decisão da Câmara dos Lordes, na Inglaterra, de negar imunidade ao general Pinochet por atos cometidos na chefia do governo (submetendo-o potencialmente a um processo de extradição), abre uma Caixa de Pandora. Dela sairão serpentes de vingança e não pombas de esperança.

O mais bizarro é que os países envolvidos -Espanha e Inglaterra -têm uma suja história de imperialismo e violência. Ao se auto proclamarem paladinos de direitos humanos, estão sendo vítimas de amnésia. Além da falta de autocrítica, pois não conseguiram debelar terrorismos políticos e religiosos na Irlanda do Norte e no País Basco, respectivamente.

O juiz espanhol Baltasar Garzón ou é um exibicionista ou um fundamentalista descontextualizado. A figura de Pinochet no Chile, como a do generalíssimo Franco na Espanha, tem que ser avaliada em seu contexto histórico. Ambos foram protagonistas de guerras civis ideológicas, as quais se caracterizam, como os fanatismos religiosos, por alto nível de violência. A Guerra Civil Espanhola nos anos 30, entre comunistas (fantasiados de ‘legalistas’) e revolucionários (fantasiados de ‘nacionalistas’), fez cerca de um milhão de vítimas. A vitória de Franco impediu a submersão da Espanha no bloco marxista, que resultaria em tirania política e estagnação econômica, como na Bulgária e na Romênia. Manobrando habilmente, Franco evitou também o totalitarismo oposto - o nazi-fascismo. Acabou abrindo caminho para a modernização da economia e para o advento de uma monarquia constitucional. Hoje, a Espanha é um próspero país, solidamente ancorado na União Européia, cujos membros estão compromissados com a democracia e a economia de mercado.

No caso chileno, o perigo do governo Allende seria uma radicalização esquerdista (quase certa à luz da experiência de outros países em que comunistas assumiram o poder). Em vez da ameaça espanhola de ‘bulgarização’, teríamos uma ameaça de urbanização’.

Em qualquer comparação objetiva entre Pinochet e Fidel, este último ganha longe em malignidade de comportamento.

Fidel liquidou por fuzilamento 5, 6 vezes mais que o total de mortos e desaparecidos sob Pinochet. Se considerarmos mortos em prisões, campos de concentração ou vítimas dos tubarões do Caribe, a eficácia homicida de Fidel faz de Pinochet um escoteiro destreinado, inferior inclusive na tecnologia da tortura, área em que os regimes comunistas sempre revelaram proficiência.

O número de 'excluídos' da sociedade cubana por exílio ou fuga é 67 vezes maior do que no caso chileno.

Pinochet não exportou revoluções, ao contrário de Fidel, que provocou subversão e terrorismo na Venezuela e Colômbia (no Brasil limitou-se, felizmente, a treinar terroristas e financiar os Grupos dos 11 de Brizola). Além disso, infiltrou-se nos conflitos ideológico-tribais da África, matando milhares de africanos em Angola e Somália.

Pinochet deixou uma economia sadia, em ritmo de crescimento sustentado, enquanto Fidel foi um especialista na economia do caos, tornando seu país um pensionista soviético no Caribe.

Pinochet deixou o poder após 17 anos, derrotado em plebiscito democrático, com uma anistia sancionada em texto constitucional. Fidel está no poder há 40 anos e considera obscenidade a simples idéia de uma democracia pluralista.

Se o juiz Baltasar Garzón ou a Amnesty International organizassem uma lista de extraditáveis, segundo critérios objetivos de violação de direitos humanos e malefícios à comunidade, haveria candidatos de maior mérito que Pinochet. Fidel Castro, ao invés de ser recebido e festejado como chefe de Estado, seria objeto de numerosos pedidos de extradição, que limitariam suas excursões turísticas. Saddam Hussein seria um candidato imbatível em virtude de seu massacre de curdos e xiitas. E que dizer dos líderes chineses, que mataram 2 mil pessoas numa manifestação democrática pacífica na praça de Tianamen? Os sírios poderiam solicitar a extradição do líder judeu Netanyahu, pelo genocídio dos palestinos!

Ao desconsiderar que Pinochet é senador em virtude de um estatuto de anistia mútua, que os chilenos julgaram ser um preço tolerável a pagar pela reconciliação democrática, os lordes ingleses desrespeitaram insultuosamente a soberania chilena. Certamente as Cortes chilenas estão mais equipadas que qualquer tribunal espanhol ou internacional para julgar se os atos de Pinochet foram principalmente de tipo 'preventivo', e se contribuíram para salvar o país da violência sistêmica, inerente aos radicalismos de esquerda.

Essa diferença é fundamental. Os anos 60 e começo dos 70 foram o apogeu da guerra fria. Houve um surto mundial de autoritarismo, que reduziu em 1/3 o número de democracias existentes no imediato pós-guerra. Essa guinada autoritária foi particularmente intensa na América Latina, afetando em curta sucessão a Bolívia o Brasil, o

Uruguai, a Argentina, o Peru e o Chile. É ilusão pensar que a opção do Brasil sob Goulart, ou do Chile sob Allende, era entre dois estilos de democracia - a liberal democracia e a social democracia. Era antes entre dois tipos de autoritarismo: o de direita e o de esquerda. Aquele, encabulado, biodegradável e declarando-se transicional, tendo em vista eventual redemocratização. Este, ideológico, messiânico, considerando-se fadado à vitória pelo determinismo histórico e praticante da violência sistêmica, a fim de implantar a ditadura do proletariado, representado pelo partido vanguardeiro.

Mais gravemente ainda, a decisão dos lordes pode ser interpretada imaginosa e como um questionamento internacional do direito soberano dos países latino-americanos de recorrerem a pactos de 'anistia mútua' para viabilizar a remoção dos entulhos ideológicos da guerra fria. Difícilmente teria havido uma transição incruenta para a democracia no Brasil sem a 'anistia ampla e irrestrita' de 1979, e no Chile, sem a Constituição de 1980. É uma petição de princípio argumentar-se que foram anistias impostas e não democraticamente negociadas, porque se destinavam precisamente a viabilizar a restauração democrática.

Ao abrir sua Caixa de Pandora, em breves sentenças, desacompanhadas de meditação sociológica e histórica, os juizes londrinos produziram reverberações insuspeitadas. Em que fica, por exemplo, o recente acordo de paz entre católicos e protestantes na Irlanda do Norte? Curiosamente, o número de mortos nesse conflito religioso - cerca de 3 mil - é equivalente ao das vítimas da era Pinochet. Estarão os terroristas de ambos os lados absolvidos, ou poderão os líderes das duas facções religiosas ser no futuro responsabilizados por violação dos direitos humanos?

Numa interpretação elástica da sentença dos lordes, desconsiderando a imunidade de chefes de Estado por atos praticados no poder, o que impediria ativistas políticos de propor a aplicação do estatuto de extradição ao presidente Bush pelos mortos na invasão do Panamá, a Kissinger pelos bombardeios no Camboja, a Ieltsin por barbaridades na Chechênia, a Gorbatchov pelas vítimas da invasão russa do Afeganistão?

Nem sempre é fácil a distinção entre violência 'preventiva' e violência 'sistêmica'. Os partidários de Pinochet argüem, não absurdamente, que seu líder apenas praticou violência preventiva contra uma violência maior e sistêmica, a do marxismo.

O mundo tem feito progressos na proteção dos direitos humanos em bases internacionais através de vários tratados. A solução para o futuro, a fim de intimidar criminosos, está na criação de um tribunal penal internacional como previsto no Tratado de Roma, recentemente negociado, ao qual já aderiram numerosos países. A 'jurisdição universal' por crimes contra a Humanidade deveria ser entretanto sujeita ao princípio de 'complementaridade', somente cabendo recurso ao tribunal internacional se as cortes nacionais forem omissas ou incapacitadas para punir graves violações dos direitos humanos. E certamente deve-se respeitar a soberania nacional, nos casos em que os países vejam na anistia mútua a solução menos sanguinolenta e mais rápida para a restauração democrática. Seria absurdo que o desejo de vingança individual resultasse na retomada de conflitos coletivos.

O que há de absurdo na cena atual é o duplo padrão. Coloca-se o holofote da mídia internacional sobre os crimes de Pinochet, que fazem parte de um trágico passado, e há sepulcral silêncio sobre os crimes de Fidel, que fazem parte de um trágico presente" (ROBERTO CAMPOS, art. cit.).

Ainda sobre o tema, vale consignar que, para acusar Pinochet e os militares sul-americanos de modo geral, Garzón apoiou-se em jurisprudência internacional estabelecida pelo Tribunal de Nuremberg, de 1945, que julgou criminosos de guerra nazistas, pela convenção das Nações Unidas contra genocídio, de 1948, por resoluções da ONU de 1973, sobre crimes contra a Humanidade, pela declaração da ONU de 1992 sobre os "desaparecidos" e pela convenção europeia contra tortura. Grã-Bretanha e Espanha são signatárias de todos esses documentos.

A posição dos EUA, nesse contexto, em particular, é de extrema cautela, posto que há in casu o temor de que, por exemplo, o ex-presidente George Bush venha a ser, eventualmente, denunciado - e julgado no exterior - por ter determinado a invasão do Panamá, em dezembro de 1989, para capturar o general Manuel Noriega, então chefe de Estado, e, nesta condição, pessoa, em princípio, diplomaticamente protegida. Bush, afinal, era o líder da Nação e os EUA, de acordo com as leis internacionais, não tinha qualquer jurisdição sobre o Panamá, caracterizando a incontestável violação das leis internacionais, sem contar que dezenas de inocentes foram mortos durante aquela operação, que também deixou centenas de desabrigados.

Por outro lado, a postura estadunidense nem sempre (e talvez na maioria dos casos) possui a coerência que procura demonstrar. Sobre o envolvimento do deputado federal Fernando Gabeira no seqüestro do embaixador Charles Elbrick, em 1969, o governo norte-americano mantém a sua histórica posição de negar-lhe visto de entrada em território americano, sob o argumento de que a ação em pauta, “contra uma pessoa internacional protegida, violou um dos princípios mais importantes das leis internacionais da diplomacia”.

5. O Mito Kennedy

A falsa moralidade ocidental e, em especial, norte-americana, também tem contribuído para criar verdadeiros mitos, como o do governo de John Fitzgerald Kennedy, considerado, agora, após extensas investigações (associadas, em sua maior parte, ao seu fim trágico), como o mais corrupto, imoral e, em certo aspecto, violento da história contemporânea estadunidense (Seymour Hersh, in *O Lado Negro de Camelot - Sexo e Corrupção na Era Kennedy*, 7ª ed., L & PM Editores, 1998).

Por trás de uma fachada aparentemente acima de qualquer suspeita, houve comprovadas irregularidades no governo Kennedy, a começar pela verdadeira fraude eleitoral que permitiu - com uma diferença desprezível de apenas 118 mil votos em 68 milhões de sufrágios - sua vitória sobre o candidato republicano Richard Nixon (então vice-presidente e, mais tarde (1969/74), presidente eleito dos EUA). Também, Kennedy era bigamo (crime inadmissível para um chefe de Estado), posto que jamais se divorciou de um anterior casamento contraído antes das núpcias com Jacqueline Bouvier, além de ter ordenado diretamente os assassinatos dos líderes Patrice Lumumba, Rafael Trujillo e Ngô Dinh Diem.

6. Parâmetros Paradoxais da Chamada Moral Intervencionista de Índole Extraterritorial

Os parâmetros político-ideológicos utilizados pelos países ditos civilizados para a imposição de sua moral extraterritorial também apresentam situações verdadeiramente paradoxais.

O tratamento dispensado a fundamentalistas islâmicos que matam milhares (talvez milhões) de pessoas e exportam o terrorismo em sua

vertente mais cruel e sanguinária (veja o caso da condenação à pena de morte de um escritor indiano, naturalizado inglês, por um tribunal iraniano, que simplesmente obrigou o governo britânico a prover proteção permanente por mais de 20 anos) muitas vezes é mais singelo e brando do que a própria forma como são julgados antigos aliados do Ocidente, muitas vezes cumpridores, em seu atuar político, de instruções ditadas pelos próprios países centrais.

Também, beiram quase o ridículo determinadas situações em que os “paladinos da lei e da ordem internacionais” libertam reconhecidos terroristas, como no caso do líder curdo separatista Abdullah Ocalan, responsável pela morte de cerca de 30 mil pessoas na Turquia e que, preso em Roma, foi liberado em seguida, sob o argumento de que o governo italiano (o mesmo que deseja ser sede de um tribunal internacional para punir crimes contra os direitos humanos, semelhantes aos praticados direta ou indiretamente por Ocalan) não podia puni-lo e nem autorizar a extradição para países onde há pena de morte, como o caso da Turquia (curiosamente, o mesmo terrorista acabou preso, algumas semanas depois, no Quênia, quando pediu “proteção” à embaixada da Grécia em Nairóbi).

Muitos poderiam argumentar, entretanto, que o caso de Ocalan resume-se a uma luta pela libertação do povo curdo na Turquia e em países próximos e, por esta razão, possuiria certa dose de legitimidade. Mais uma vez, portanto, a questão resume-se a um parâmetro ideológico, posto que todos os terroristas, invariavelmente, possuem algum tipo de argumento justificador de suas respectivas condutas. Afinal, Pinochet, que foi acusado de assassinar 3 mil pessoas (10% do montante conferido a Ocalan), também defende-se culpando a tentativa de implantação do comunismo no Chile.

Ainda, numa lista de intermináveis (e curiosas) contradições, poderíamos registrar a condenação dos EUA, pelo Tribunal Internacional de Haia, na Holanda, que julga crimes de guerra, durante o conflito armado do Vietnã, vis-à-vis com a ausência de equivalente condenação do Vietnã do Norte (e de seus dirigentes) pelas atrocidades (como tortura, assassinatos em massa e genocídio) praticadas durante a guerra e, particularmente, após a ocupação (e anexação) do Vietnã do Sul em 1975.

Aliás, se lembrarmos os lamentáveis acontecimentos na Indochina, não poderemos deixar de registrar a indiferença com que o Ocidente – e

particularmente, os EUA - durante quatro anos, assistiu a uma das maiores atrocidades jamais vistas pela humanidade. Nessa oportunidade, o presidente Jimmy Carter preocupava-se, sobremaneira, com a situação dos direitos humanos no Brasil (1976), enquanto o regime de Polpot (Khmer vermelho) no Camboja procedia à execução quase que sumária, entre 1975 e 79, nos chamados “Campos da Morte”, de dois milhões de seres humanos.

7. O mais bizarro exemplo desta situação revela-se no envolvimento de países, como a Espanha e a Inglaterra – com uma comprovada história de imperialismo e violência passada e atual (vide a situação do terrorismo político da região basca e da Irlanda do Norte, por exemplo) -, no julgamento de crimes contra a humanidade supostamente praticados pelo antigo soberano chileno (Augusto Pinochet). Também, no que concerne aos crimes de guerra (igualmente reputados contra a humanidade), resta largamente demonstrada a participação de Estados que se autodenominam paladinos dos direitos humanos em episódios de indiscutível tipicidade criminal. Neste sentido, o aplaudido filme “O Resgate do Soldado Ryan” (1998) demonstrou claramente, em uma comovente retrospectiva histórica, a hipocrisia dos chamados crimes de guerra, ao levar para o cinema a realidade da Segunda Guerra Mundial, em que os soldados americanos, em várias oportunidades (como na ocasião do desembarque da Normandia), fuzilavam os militares do Eixo (alemães, italianos e japoneses), mesmo após conferirem sua incondicional rendição.

8. Imagine, por exemplo, num caso extremo, que um governante de um Estado-membro da ONU, ao participar oficialmente de uma sessão, pudesse ser preso ao desembarcar no aeroporto de Nova Iorque, sob a acusação de praticar, em seu país, crimes contra a humanidade. Seria simplesmente o fim dos princípios básicos da neutralidade e da imunidade que permitem, em última análise, o funcionamento dos principais organismos internacionais.

9. Vale registrar, nesse diapasão analítico, que algumas ações que podem ser, sob uma determinada ótica ideológica, vistas como não democráticas, podem, sob outra, espelhar a própria primazia do regime democrático. Em Cuba, por exemplo, afirmou Fidel Castro, em fevereiro de 1999, durante discurso para os deputados da Assembléia, que “antes que morram milhares de cubanos vítimas das drogas, é preferível fuzilar

alguns traficantes”, em idêntica argumentação (relativa à defesa da pena de morte) que se escuta em países tão diferentes como a China e os EUA.

10. De fato, essa linha de argumentação corresponde, em alguma medida, ao que realmente ocorre, numa análise imparcial, em maior ou menor grau, em todos os países centrais (e, sobretudo, nos periféricos) do chamado Ocidente Pluralista, posto que, não obstante a imprensa ser livre em todos esses países, a mesma somente publica a versão dos fatos que interessa ao “dono do jornal”, em uma situação aproximadamente equivalente à da imprensa estatal que somente publica o que interessa ao governo. Nesse sentido, não há propriamente uma imprensa verdadeiramente livre, se considerarmos que há uma autêntica ditadura econômica que, por si só, afasta as classes menos favorecidas de publicar suas opiniões, considerando, em conclusão, que abrir espaço em um jornal – ou mesmo ser proprietário de algum – importa em acesso a valores econômicos e, no segundo caso, até mesmo autorização governamental. Por outro lado, é cediço concordar que os jornais (e a imprensa, de modo geral) se sustentam, nos países democráticos do Ocidente, pelos diversos anunciantes que, desta feita, não podem, segundo esta lógica, ser contrariados em seus interesses, numa situação mais ou menos semelhante à dos políticos, cujas campanhas, pretensamente democráticas, são financiadas por grandes empresários que não desejam ver contrariados os seus interesses na nova legislatura e/ou no novo governo a ser estabelecido.

11. De qualquer sorte, a democracia, mesmo vista sob o prisma da ampla liberdade, não corresponde a uma espécie de regime anárquico; muito pelo contrário, seu postulado básico – mesmo não possuindo a ordem imperativa típica do totalitarismo – assenta-se no insuperável princípio do respeito à lei e à ordem legitimamente estabelecidas.

12. Democracia e Princípio do Respeito à Lei e à Ordem Legitimamente Estabelecidas

Situação, no mínimo, curiosa revela-se em determinados episódios grotescos em que aqueles que muitas vezes se apresentam como os maiores defensores da democracia simplesmente não aceitam as decisões democráticas emanadas dos órgãos legitimamente constituídos e competentes, em última instância, para a solução dos vários conflitos que lhes são apresentados.

Se, por um lado, a democracia oferece a ampla possibilidade de se julgar ações ilegais eventualmente praticadas pelos agentes públicos, também impõe o princípio amplo da legalidade, segundo o qual ninguém poderá ser punido sem comprovação efetiva de seus atos (princípio basilar do direito penal: *in dubio pro reo*).

Todavia, não é o que ocorre na maioria dos casos, particularmente nos países periféricos dotados de um regime democrático meramente formal, como o Brasil, onde a força política dos diversos grupos de pressão acaba por “calar” a voz legítima dos próprios poderes estatais, como o Judiciário.

Prova disso pode ser constatada na manifesta resistência, por exemplo, do presidente do Conselho Regional de Medicina do Rio de Janeiro (CREMERJ), Mauro Brandão, de cumprir decisão soberana do Poder Judiciário que, diante da absoluta ausência de provas de participação do médico e general Ricardo Fayad em práticas de tortura durante a década de 70, absolveu o mesmo, determinando a sua imediata reintegração ao CREMERJ, com o conseqüente reconhecimento quanto à validade do registro profissional do médico em apreço.

Curiosamente neste caso, não obstante todo o elenco de normas coativas à disposição do Estado – para fazer valer suas decisões –, o cidadão em questão, publicamente descumpridor da ordem judicial, durante a vigência da mesma, não foi preso ou sofreu qualquer sanção efetiva, limitando-se o Judiciário – numa clara demonstração de fragilidade de nossas instituições democráticas –, a ameaçá-lo, diante da verdadeira afronta que simplesmente se perpetuou naquela oportunidade.

ASPECTOS REFERENTES ÀS FONTES DO DIREITO NA GRÉCIA E EM ROMA

Renata Marques Osborne da Costa - Técnica Judiciária da Justiça Federal da 2ª Região. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO)

RESUMO: A proposta apresentada neste presente artigo é de tentar passar alguns aspectos históricos das Civilizações da Grécia e de Roma na Antiguidade clássica que permitam inferir se, em tais Civilizações, havia traços ou pelo menos manifestações que tangenciassem características do princípio da legalidade na limitação do poder político dos soberanos, bem como na regulamentação das relações privadas. Desse modo, fez-se uma introdução ao tema, depois foram discutidas as principais características políticas e jurídicas tanto da Grécia e de Roma, em tópicos separados, concentrando os estudos em Atenas no período arcaico e em Roma no período republicano e finalmente uma conclusão em que se apontam os cardeais resultados da análise dessas características em cotejo com o princípio da legalidade conhecido atualmente.

PALAVRAS-CHAVE: Grécia. Roma. Princípio. Legalidade.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva investigar o papel da lei, como fonte do direito, nas civilizações da Antiguidade Clássica (Grécia e Roma), tanto em seu aspecto público, como função regulamentadora do Estado e principalmente limitadora do poder político, quanto em seu aspecto privado, regendo as relações tipicamente privadas. A fim de buscar indícios que possam corroborar ou não a existência de traços do princípio da legalidade, um dos fundamentos do Constitucionalismo em fins do século XVIII e início do XIX e do Estado de Direito, já em tais civilizações.

Para tanto, é necessário que se faça uma apresentação dos aspectos políticos e jurídicos dos Estados Greco-romanos, mostrar as fontes de direito predominantes nessas civilizações, bem como traçar características das principais leis existentes, suas influências entre as classes das sociedades e o papel que a religião exercia ou não na formulação dessas leis.

De antemão, pode-se inferir que na Grécia as leis mais conhecidas daquela época são as de Drácon e de Sólon. Enquanto em Roma, seu maior expoente foi a Lei das XII Tábuas. Vale afirmar que as leis supracitadas são pertencentes aos períodos mais áureos das civilizações de Grécia e de Roma.

Ademais, é a partir dessas sociedades em que se vislumbra pela primeira vez, na história do direito, a separação entre religião e direito, com o advento na Grécia das leis de Sólon e em Roma, com a Lei das XII Tábuas. O que quer dizer que o fruto legiferante deixa de ser eminentemente de fundo divino e passa a se fundamentar na sociedade e no interesse das classes. Isso pode demonstrar a maior importância que a lei teve na regulação das relações privadas, bem como na solução de problemas práticos decorrentes de tais relações.

Outro fato interessante consiste em observar que na Grécia antiga, melhor dizendo na cidade de Atenas, é onde se manifesta pela primeira vez, de forma mais próxima ao que conhecemos atualmente, o pensamento filosófico-político, onde se desenvolvem os conceitos de cidadania e democracia. E isso irá interferir diretamente na formulação das leis.

Já em Roma, começa-se a desenvolver a ciência do direito. Não é à toa que muitos dos conceitos e institutos jurídicos atuais basilares do sistema romano-germânico (civil Law), como mesmo o nome diz, advêm da construção jurisprudencial do direito romano¹. Muito embora, deva-se fazer a ressalva de que isto somente se tornou possível a partir do trabalho interpretativo e doutrinário de juristas dos fins da Antiguidade e da Idade Média. Entretanto, vale ressaltar que o estudo que se fará neste artigo se concentrará na época de Roma Antiga, mais precisamente, no período da República, destarte não abarcará este período histórico. De qualquer modo, fica o registro.

¹ É importante destacar que jurisprudência, neste contexto, está sendo empregada no sentido de ciência e não como conjunto de precedentes judiciais decididos em um mesmo sentido.

2. CARACTERÍSTICAS GERAIS DO DIREITO NA GRÉCIA E EM ROMA

No começo das civilizações de Grécia e de Roma, quando predominava o culto à família e ainda não se pudesse ter a noção de Estado como sendo uma sociedade politicamente organizada, o poder do pai de família era fundamentado basicamente na religião. Isto porque a religião prelecionava que sempre houvesse no lar um sacerdote supremo.

Sendo assim, a partir da transição da organização familiar para a organização estatal, os primeiros reis eram mais propriamente sacerdotes. Isto demonstra que o fundamento do poder residia inicialmente na religião. Isso se deve porque na nascente dessas sociedades as pessoas só aceitavam obedecer a uma autoridade em que elas detinham uma crença, uma fé. O que quer dizer que a subordinação era natural e não imposta. Portanto, foi a partir do culto e dos costumes, que detinham a função de transmitir de geração em geração a tradição do povo, suas crenças e seus usos, que tais sociedades da Grécia e de Roma foram se desenvolvendo até formarem as cidades.

"(...) A Europa viu, durante séculos, muitos princípios ideológicos opostos na sua disputa pelo governo dos povos e viu, por algumas vezes, estes recusarem-se a toda organização social. Tal espetáculo não se encontra, nem na Grécia, nem na Itália Antiga; a sua história não começou por conflitos e as revoluções só surgiram mais tarde. Entre estas populações, a sociedade formou-se pouco a pouco, lenta e gradualmente, passando-se da família à tribo, e da tribo à cidade, mas sempre sem lutas nem convulsões(..). Os reis não tinham necessidade da força material; não tinham exército nem finanças, mas a sua autoridade, sustentada por crenças possantes e cultivadas no comando da alma, mantinha-se santa e inviolável."²

Assim como a religião contribuiu em muito para a formação das primeiras cidades na Antiguidade clássica, o mesmo aconteceu para a formação das leis nas sociedades arcaicas de Grécia e Roma. É por isso que, por muito tempo, os únicos juriconsultos existentes foram os pontífices. (termo mais largamente utilizado em Roma)

As primeiras leis não refletiam o sentimento de justiça e de equidade, hodiernamente valores considerados como fins últimos daquela fonte

² COULANGES, Fustel de. A cidade antiga. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p.187.

de direito. Na verdade, essas leis refletiam os costumes, o culto dos antepassados e do lar, compatíveis com diversas prescrições da religião primitiva. Outro fato que corrobora esta tese refere-se à irrevogabilidade das leis. Destarte, mesmo que uma lei nova fosse promulgada e incompatível com lei anterior, prevaleciam-se as duas, pois tanto uma quanto a outra eram consideradas sagradas, invioláveis, portanto, insuscetíveis de revogação. E isso ia diretamente de encontro à própria segurança jurídica.

Nesse caminho, é importante salientar que o direito arcaico romano era predominantemente formalista, consistente no emprego de certas palavras sacramentais. A fórmula é que estabelecia o vínculo jurídico, que fazia um contrato ser lei entre as partes, ou seja, não bastava que fosse escrito e existisse perante a sociedade. Para ter eficácia fazia-se necessário todo um ritual formal. Isto também advém da ideia do direito como estritamente ligado à religião.

Ademais, ainda em Roma, o caráter religioso do direito talvez justificasse o domínio do conhecimento jurídico em torno tão somente da classe dos patrícios. Visto que, os estrangeiros e os plebeus não eram legitimados a isso, por não estarem inseridos no culto à religião e à nacionalidade.

“Como a lei fazia parte da religião, participava do caráter misterioso de toda religião das cidades. As fórmulas da lei, como as do culto, mantiveram-se secretas. Não se revelava a lei ao estrangeiro, e até mesmo do plebeu se escondiam as suas regras. E isto não porque os patrícios julgassem ser grande força para eles a posse exclusiva das leis, mas porque a lei, por suas fontes e natureza, apareceu durante muito tempo como mistério no qual só podia estar iniciado quem o fosse previamente no culto nacional e no culto doméstico”³

A religião também explicaria o porquê da aplicabilidade do *jus civile* tão somente aos nacionais, ou melhor, aos que pertenciam desde sempre à cidade. Porquanto, a religião era civil, ou seja, cada cidade tinha uma religião. E como esta consistia em um fundamento das leis, essas mesmas não poderiam ser aplicadas para dirimir conflitos existentes entre aqueles que não cultuavam a religião daquela mesma cidade, tais como os estrangeiros e os escravos. Esses não tinham, portanto, os mesmos direitos que os nativos. O direito nascia da religião e cingia-se tão somente a ela.

³ COULANGES, Fustel de. Op. Cit., p.203.

“(...) Para haver qualquer vínculo de direito entre dois homens, tornava-se necessário existir já entre eles o vínculo religioso, isto é, terem o culto do mesmo lar e os mesmos sacrifícios. Quando não existisse entre dois homens esta comunidade religiosa, não se facultava qualquer relação de direito.(...) o direito não era mais do que um dos aspectos da religião. Onde não havia religião comum não existia lei comum.”⁴

Ao que foi já exposto, pode-se perceber que em épocas remotas dessas civilizações qualquer forma de direito se restringia aos ditames da religião, e o costume era visto como a fonte do direito ideal, pois ajudava justamente a manter a tradição religiosa dos povos ao longo dos tempos. Mesmo que houvesse documentos escritos que pudessem caracterizar-se como leis, ainda assim aqueles se remetiam aos próprios costumes.

O direito era, em tempos mais antigos, sagrado, imutável, persistia ao longo do tempo. Os costumes também tinham essas características e não era fonte concebida como suscetível a alterações e mutações dependendo do tempo e do lugar em que se sedimentassem. Sendo assim, dificilmente uma simples lei ou um texto escrito teria a capacidade de inovar e revogar um direito sagrado existente há séculos. Era por isso que não se podia falar no instituto da revogação temporal.

Nessa esteira, é importante observar que em Roma, onde o estudo do direito foi mais bem desenvolvido do que na Grécia, no período da República, com a lei constituindo-se como fonte principal, haveria um problema no que concerne à questão do embate entre o *Ius* e a *Lex*.

Com a capacidade de inovação da lei (esta não declararia mais um costume do passado), bem como a possibilidade de revogação de uma lei por outra posterior (isso acontece, por exemplo, com a Lei Canuleia, promulgada cinco anos após a Lei das XII Tábuas, abolindo a proibição de matrimônio entre patrícios e plebeus antes existente nesta última lei). Perguntar-se-ia se a lei também seria capaz de revogar um costume ou norma sedimentada há séculos, ou se esses seriam soberanos a um documento formal e escrito. Esta polêmica também estaria ligada ao fato de determinadas leis serem consideradas perfeitas e outras imperfeitas quanto à sanção. Isto será exposto mais adiante.

⁴ COULANGES, Fustel de. Op. Cit, p.203.

De qualquer jeito, a Lei das XII Tábuas contribuiu muito para tirar o caráter imutável, petrificado e eterno do costume, e dotá-lo de caráter relativo e possível de ser contradito, coadunando-se à dinâmica das relações sociais e, conseqüentemente, aproximando-se da ideia de que o direito serve às sociedades e não o contrário, em outras palavras, o direito passou a ser concebido como meio e não como fim em si mesmo.

Outro ponto a destacar concerne à possível ligação entre as leis de Sólon da Grécia e a Lei das XII Tábuas, datada do período republicano de Roma. O tema é polêmico e suscita muitas dúvidas perante os estudiosos de história do direito e do direito romano. Não há indícios que veementemente comprovem esta ligação. Ainda assim, pode-se inferir que havia possíveis semelhanças entre essas legislações, por exemplo, no que concerne ao estilo.

Tanto em uma quanto em outra, o vocabulário técnico e a ideia de organização em coletâneas eram presentes. E o que é mais importante, diferenciando-os substancialmente das legislações do Oriente Próximo e de disposições do direito mais remoto, consistia no caráter laico daquelas legislações, não mais de base religiosa, mas frutos de efetivas demandas das classes e lutas sociais. Entretanto, diferenças de caráter social e econômico impedem que se possam coletar traços mais contundentes caracterizadores de uma possível simbiose entre tais leis.

"(...) uma relação profunda une dois dos fenômenos legislativos mais relevantes do mundo antigo, a legislação de Sólon e a dos decêviro, e distingue-os a ambos das grandes legislações do Próximo Oriente. Um e outro têm caráter distintamente "laico". O legislador não se coloca como o intermediário entre divindade e os súbditos (...). Tudo isto, como é óbvio, não deve fazer esquecer as diferenças. Sólon pôs fim à crise econômica e social imperante, abolindo os débitos e a servidão que daí derivava, e estabelecendo um "equilíbrio da riqueza". Nas XII Tábuas não há nada de semelhante, e só no século IV se encontram medidas compatíveis com as de Sólon"⁵

"Greek Law (...) as has been already indicated in another connection, exerted a certain influence on the composition of the Twelve Tables, an influence of which antiquity itself conscious(...) Yet the material influence of Greek law is restricted, so far as we can see, to such

⁵BRETONE, Mário. História do direito romano. Trad. Isabel Teresa Santos, Hossein Seddighzadeh Shooja. Lisboa: Estampa, 1998, p. 65, 66.

*details as in no way detract from the peculiarly Roman character of the whole. This, again, does not exclude the possibility that the impulse to create such a legal code came from contact with Greek culture; a possibility which indeed seems supported by certain details of the (generally not very credible) tradition about the way in which the Twelve Tables came into being.*⁶

“Cremos que a única influência recolhida da Grécia foi a sua estrutura lacônica, exata, concisa. Estavam nela, estratificados, o sangue, os nervos e o espírito de Roma. E por isso teve uma espaçosa influência sobre o mundo latino (...).”⁷

3. GRÉCIA

A história grega divide-se em três partes, a saber: período arcaico, que vai do século VIII a. C até 480 a. C; período clássico, de 480 a. C até 338 a. C (até a submissão à Macedônia) e período helenístico, de Alexandre até cerca de 150 a. C (data da submissão a Roma).⁸

Na Grécia, diferentemente de Roma, não havia uma profissionalização do direito, tampouco havia escolas que formassem juristas. Aquele não era tratado como uma ciência. Apesar disso, foi na Grécia, mais precisamente em Atenas, onde se discutiram os conceitos de democracia e cidadania. O que quer dizer que foi lá que se deu veemente importância à participação popular na política, na vida pública.

Dessa forma, contribuiu em muito para a separação do direito da religião, porquanto a partir do momento que o povo passa a influenciar diretamente nas decisões do governo e, conseqüentemente, na própria elaboração das leis. Não se figura mais como necessário fundamentar a política e as diretrizes do Estado unicamente na vontade de um deus ou de alguns deuses, como ocorrera outrora em civilizações do Oriente próximo (diga-se Egito e Mesopotâmia).

A política se mostra como um mecanismo próprio do povo, ou melhor,

⁶KUNKEL, Wolfgang. Introduction to Roman Legal and Constitutional history. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1973, p. 24.

⁷ALTAVILLA, Jayme de. A origem dos direitos dos povos. 11.ed. Ícone editora, 2006, p.83

⁸ Esta classificação está de acordo com a doutrina de LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito na história, lições introdutórias. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.19.

daqueles considerados cidadãos (pois nem todos podiam ser classificados como tais), no intuito de dirimir problemas e buscar soluções a partir de debates com seus iguais. Além disso, a partir do momento que se passa a admitir a ideia do homem, e não mais um deus, como legislador, as leis que não se coadunassem mais com a política existente e com as necessidades populares poderiam ser objeto de modificação pelos próprios cidadãos, através de novas discussões até se chegar a um consenso.

Assim, a laicização do direito e a ideia de que a lei poderia ser revogada irá influir na ligação da lei das XII Tábuas da República Romana com as leis de Sólon. É por isso que tanto se denota a interferência da técnica legislativa grega na feitura da principal lei da Roma antiga.

“Alguma coisa de mais grave se manifesta ainda nos códigos. A natureza da lei e seu fundamento já não são os mesmo que no período precedente. Antigamente, a lei era decreto da religião; passava por revelação feita pelos deuses aos antepassados, ao divino fundador, aos reis sagrados e aos magistrados sacerdotes. Nos novos códigos, ao contrário, não é já em nome dos deuses que o legislador fala; os decênviros de Roma receberam o seu poder do povo, e, do mesmo modo, foi o povo quem investiu Sólon no direito de promulgar leis. O legislador, assim, não representa mais a tradição religiosa, porém a vontade popular. A lei, doravante, tem por princípio o interesse dos homens, e por fundamento o assentimento do maior número (...) Ao tornar-se obra humana, reconhece-se sujeita à alteração(...) A lei já não é tradição santa, mas simples texto, Lex, e como representa a vontade dos homens que a fizeram, essa mesma vontade pode revogá-la(...)”⁹

É necessário ressaltar que este trabalho está se referindo tão somente às características políticas e jurídicas de Atenas e não das cidades da Grécia como um todo, visto que a influência grega filosófica e política tanto para Roma quanto para o países do ocidente em séculos posteriores se deve justamente àquela cidade-estado. Em Esparta, por exemplo, predominou a realeza e a economia tipicamente agrária, que nada tem a ver com a *polis* ateniense.

Ao longo do período arcaico de Atenas, muito embora ao direito não fosse dada a mesma importância científica que em Roma, como já dito anteriormente, leis foram sendo promulgadas, também denominadas de

⁹ COULANGES, Fustel de. Op. Cit., p. 318, 319.

“Constituições”¹⁰. No intento de atenuar as crescentes tensões sociais causadas pelas insatisfações quanto ao regime oligárquico liderado pela classe dos eupátridas. E essas insatisfações tornaram-se críticas com o advento de uma classe formada por homens enriquecidos pelo comércio, mas que até então não tinha voz política. Somado a isso se tem o exponencial aumento do número de escravos e, conseqüentemente, a economia fundada basicamente no sistema escravista. Isso também contribuiu sensivelmente para tais insatisfações.

Destarte, a primeira lei foi a Constituição de Drácon, promulgada em 621 a. C. Sua importância se deve ao fato de que, pela primeira vez em Atenas, ocorreu a existência de um documento escrito constando as principais regras de direito público e privado, antes conhecidas somente pelos eupátridas e transmitidas por via oral. Outra inovação consiste no estabelecimento de um duro regime punitivo para o crime de homicídio, antes inexistente no âmbito do Estado. Apesar de tudo isso, esta Constituição não foi capaz de fazer efetivas mudanças de ordem social nem de apaziguar os ânimos decorrentes do conflito entre as classes.

A segunda Constituição, e a mais conhecida na história, foi a de Sólon, datada em torno de 594 e 593 a. C. Sólon foi confiado a esta missão por um consenso existente entre as classes opostas, justamente porque ele pertencia ao mesmo tempo à classe dos eupátridas, pelo seu nascimento, e a dos comerciantes, profissão que seguiu quando jovem. Além disso, ele era aclamado como um homem prudente e justo, ideais perseguidos para a Atenas que tanto se queria ter naquele momento tão efusivo.

“(..)As suas poesias apresentam-no como homem inteiramente desligado de preconceitos de casta; pelo seu espírito conciliador, pelo seu gosto pela riqueza e pelo luxo, pelo seu amor ao prazer, achava-se muito afastado dos velhos eupátridas, e pertencia à nova Atenas”¹¹

“(..)Sólon integrava, por nascimento e por reputação, o grupo dos notáveis; contudo, pela riqueza e ocupações, pertencia à classe média, como é confirmado por outras fontes e ele mesmo

¹⁰ É importante destacar que não se pode considerar a expressão “constituição” nesse momento no sentido moderno do termo, qual seja, no de representar o documento maior e que constitui fundamento de validade para as normas de um típico sistema jurídico (noção esta que os gregos antigos desconheciam, visto que nessa época não se podia afirmar que houvesse uma carta superior a todas as outras, porquanto não havia um mecanismo de hierarquia entre as normas)

¹¹ COULANGES, Fustel de. Op. Cit., pág. 292.

confessa, nos seus poemas, quando aconselha os ricos a não serem ambiciosos(...) E, no geral, ele relaciona sempre a motivação das lutas com os ricos; por isso, no início da elegia, afirma rezear a avareza e a arrogância, já que, por sua causa, sobrevém o ódio”¹²

Esta Constituição caracteriza-se pela abertura da participação política à classe do povo, por meio das assembleias. Do mesmo modo que extirpou aquele pensamento típico do modo de vida familiar, qual seja, os direitos advindos do nascimento. Portanto, a distinção de classes passou a ser feita pela riqueza e não mais pela origem. E o que é mais importante nessa legislação consiste na eliminação da escravidão por dívidas, bem como no cancelamento das dívidas existentes, fato aquele que em Roma só irá ocorrer pouco mais de duzentos e cinquenta anos depois, com a *Lex Poetelia Papiria* em 326 a.C. Isso demonstra o caráter vanguardista da Grécia frente à Roma no que concerne à responsabilidade do devedor pelo inadimplemento através do patrimônio e não do corpo. Indubitavelmente, com essas disposições, Sólon consolidou os conceitos de democracia e cidadania, agora presentes em um documento escrito, melhor dizendo, na lei.

“Depois de se haver tornado senhor da situação, Sólon libertou o povo tanto no presente como para o futuro, ao proibir os empréstimos sob garantia pessoal. Além disso, promulgou leis e procedeu a um cancelamento das dívidas, fossem privadas ou públicas, medida que os Atenienses designam por seisachheia, porque vieram a desfazer-se de um fardo(...)”¹³

“(...) Na constituição de Sólon, há três elementos que parecem ser os mais democráticos: em primeiro lugar e o mais importante, a proibição de fazer empréstimos sob garantia da liberdade pessoal; em seguida, a concessão do direito, a quem o deseje, de exigir justiça em favor das partes lesadas; em terceiro, medida com a qual se diz que a massa do povo saiu, em especial, fortalecida, o direito de apelar ao tribunal popular: na verdade, quando o povo é senhor do voto, torna-se senhor do governo (...)”¹⁴

Por todas essas realizações, as reformas de Sólon desagradaram tanto a elite eupátrida quanto as classes dos pobres que não avistavam meios

¹² ARISTÓTELES, LEÃO. A Constituição dos atenienses. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2003, p.28.

¹³ ARISTÓTELES, LEÃO. Op. Cit., p.28.

¹⁴ Ibidem, pag. 94.

de ascender socialmente. O enfraquecimento de Sólon permitiu o advento do regime tirânico, liderado pelos chamados ditadores.

Clístenes, originário de classe aristocrática prejudicada pelo governo da tirania, apoiado pelas outras classes, por meio de uma conjuração, derrubou o último ditador. Bem como promoveu reformas que trouxeram de volta a democracia em Atenas.

Dentre suas reformas, destacaram-se a lei do ostracismo, que consistia em exilar um cidadão por dez anos por ato atentatório à Democracia, a contribuição direta para a organização da cidade que não meio da religião, substituindo antigas tribos religiosas pela organização em forma de demos, ou seja, em forma de distritos, baseada no domicílio das pessoas e não mais no nascimento. Bem como a ampliação dos poderes da Assembleia popular.

É por essas reformas que a Constituição de Clístenes é vista como até mais democrática que a de Sólon. Sendo assim, é com esta concepção democrática que Atenas passa do período arcaico para o período clássico.

No que se refere a este período, nada de novo se produziu no campo do direito. Na verdade, o campo da filosofia foi o mais explorado, junto com a retórica e a dialética. E nesse caminho, questionamentos acerca do que se considerava justo e injusto eram constantemente feitos. Desse modo, isso diretamente influía na concepção da lei em sua finalidade, mesmo que esta não fosse explorada e estudada plenamente como fonte de direito, mas sim como fonte prática, de resolução de conflitos e lutas sociais.

Não é possível aferir que na história de Atenas, havia aquela ideia contemporânea da limitação do poder político pela própria lei, justamente porque, como antes dito, o direito servia para resolver problemas até então existentes, principalmente no campo privado. No campo público, as leis serviram para delimitar e dar publicidade à organização da polis, sem ter o objetivo primordial de traçar limites ao poder dos governantes.

Isto quer dizer que o poder político não era amparado por um documento formal que traçasse as competências daquele investido em um determinado cargo. Na verdade o exercício do poder decorria, na maior das vezes, de deliberações cuja decisão final seria tomada como soberana. Ou seja, este poder era exercido ilimitadamente pelas assembleias, organismos

e conselhos, dentre outros órgão colegiados. Esses, portanto, estavam acima de qualquer registro formal, de qualquer lei.

4. ROMA

A história de Roma é dividida em três grandes fases, quais sejam, a realeza ou monarquia que data da sua fundação em 753 a. C até a expulsão dos Tarquínios em 509 a. C. A República, que vai de 509 a. C até 27 a. C, início do Império, pelo principado de Augusto. E finalmente o Império, este dividido em duas partes: o Principado, de Augusto (27 a. C) até Diocleciano (284 d. C), e o Dominato, de Diocleciano até o desaparecimento do Império.¹⁵

O período da república romana é o mais relevante para esse estudo. Visto que é nesse momento da história de Roma antiga que a lei, como fonte do direito, irá se tornar o principal instrumento de aplicação do direito para apaziguar os conflitos existentes entre as classes dos patrícios e plebeus, bem como denotará um caráter publicista das regras jurídicas às classes menos favorecidas, principalmente os plebeus, no intuito de que esses conhecessem o direito a ser aplicado a favor ou contra eles.

Isso se deve justamente porque, antes, o domínio do saber jurídico sempre se restringia aos sumos sacerdotes que pertenciam à classe patrícia. Desse modo, com a laicização do direito, o domínio jurídico em torno tão somente daqueles que cultuavam desde o nascimento a religião perdeu o sentido. Ou seja, o direito não estava mais atrelado à religião, agora ele devia se mostrar como um instrumento capaz de resolver as tensões sociais. Isso fica bem clarificado com o advento da Lei das XII Tábuas.

Durante a longa história de Roma foi evidente o conflito existente entre a classe dos patrícios e a classe dos plebeus. Estes, à medida que Roma cresceu como cidade até se tornar um grandioso Império, aumentaram muito em número. Até se chegar a um momento em que a plebe necessitou se afirmar na sociedade romana como uma classe que possuía tantos direitos quanto à classe dos patrícios, principalmente direitos de

¹⁵ Esta classificação está de acordo com a doutrina de LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito na história, lições introdutórias. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 29.

ordem política. O que quer dizer que o poder político não poderia ficar concentrado nas mãos de poucos, tampouco o domínio do direito.

Nesse caminho, somente no período da República a plebe começa a angariar posição na política (com a criação dos tribunos da plebe) e a elaborar suas próprias leis (plebiscitos). Isso se deve no momento que esta classe, revoltada com o alvedrio dos patrícios, intentou criar uma nova cidade. Sendo assim, esses concordaram em conceder à plebe espaços na política, porquanto temiam que esta formasse uma cidade independente de Roma.

Contudo, de início, os tribunos da plebe não possuíam relevância política para Roma. Ademais, as leis que votavam (plebiscitos) tão somente vinculavam os próprios plebeus.

“O tribuno, nos primeiros tempos, não possuía autoridade política. Não sendo magistrado, não podia convocar nem as cúrias, nem as centúrias. Não apresentava proposta no Senado, de início nem mesmo se pensou que pudesse ali aparecer. O tribuno nada tinha de comum com a verdadeira cidade, isto é, com a cidade patrícia, onde não lhe reconheciam qualquer autoridade. Este homem não era tribuno do povo, mas tribuno da plebe”¹⁶

“Verdade seja que, de início, estas assembleias não se ocuparam dos interesses gerais da cidade: não nomeavam magistrados, nem promulgavam leis. Apenas deliberavam acerca dos interesses da plebe, nomeavam chefes plebeus e formulavam plebiscitos. (...)”¹⁷

Por isso que, mesmo com todas essas novas conquistas, a plebe ainda via como necessária a criação de leis escritas a fim de acabar com a incerteza do direito, em prol da segurança jurídica, e também diminuir o poder dos patrícios frente a eles, já que antes somente aqueles conheciam o direito e podiam aplicá-lo. Assim como, continuou na luta por maiores espaços na política e também na formação do direito.

A promulgação da Lei das XII Tábuas em torno de 451-450 antes de Cristo representou, indubitavelmente, conforme dito anteriormente, um avanço no concernente à expansão do conhecimento do direito romano a todo o público. Ademais, passou a valorizar em muito a lei como instrumento

¹⁶ COULANGES, Fustel de. Op. Cit., pág. 308.

¹⁷ Ibidem, p. 309.

efetivo garantidor de direitos. E representou, pela primeira vez na história de Roma, a elaboração de uma lei surgida em torno de uma luta de classes.

Em 462 a. C, a plebe, através de seu tribuno, primeiramente, propôs que fosse formada uma comissão de cinco membros da magistratura dessa classe, no intuito de elaborar um código para a plebe. Contudo, os patrícios, temendo que houvesse uma separação definitiva entre a plebe e o resto da sociedade romana, formando um novo Estado, propuseram aos plebeus que ao invés de se criar essa comissão, melhor seria criar outra comissão composta por dez membros da magistratura patrícia (decênviros). Estes ficariam encarregados de elaborar um código (melhor dizer compilação já que não havia a noção de sistematidade dos documentos jurídicos ainda nessa época).

Entretanto, para não esvaziar a participação plebeia na feitura deste código, antes de ser promulgada e posta em vigor, devia ser apresentado a toda a sociedade e submetido à aprovação prévia desta (se equipararia ao que atualmente se denomina de plebiscito). Esta foi a forma encontrada tanto pelos patrícios quanto pelos plebeus, para conciliar seus interesses.

Sendo assim, em 454 a. C, três membros patrícios foram até a Grécia estudar a legislação de Sólon. Após o retorno destes, em 454 a.C, os decênviros foram finalmente eleitos. Em 451 a. C foram elaboradas dez tábuas. No entanto, ainda se via necessário completar o trabalho, desse modo novamente foram eleitos mais dez decênviros, alguns pertencentes ao primeiro decenvirato, bem como alguns ligados à classe dos plebeus. Estes elaboraram mais duas tábuas em 450 a. C.

A maior parte dos comandos descritos nas doze tábuas concernia às disposições de procedimento legal e às normas vinculadas ao âmbito criminal e civil das relações privadas. Portanto, pode-se notar que não havia nada relacionado ao direito público, isto é, com a organização dos órgãos políticos, assim como suas competências. Existem especulações de que a décima terceira tábua, que porventura acabou não sendo feita, iria concernir a este ponto, ou seja, ao direito público. Mesmo assim, não há indícios suficientes que comprovem tal especulação, além disso não se pode afirmar se estas disposições iriam efetivamente limitar o poder político das autoridades e dos órgãos colegiados.

“(...) Não fosse a paixão criminosa de um dos legisladores, bem que poderia ainda hoje subsistir a Tábua XIII, em que definisse a organização política do estado romano, que ficara omissa nos dispositivos anteriores. Chegamos a essa conclusão porque, tratando a tábua última do direito público dava-se a entender que, em seguida, seria molde de uma outra, dedicada ao regime estatal. Muito perdeu com tal omissão o estudo do Direito Constitucional, ficando assim obscuro o pensamento romano sobre os fundamentos jurídicos e políticos de sua modelação nacional (...)”¹⁸

“The twelve tables (...) did not deal with political system of the community or with the constitution of its courts. Thus, the legislators intended only to codify the ius civile, i.e. those rules which were applicable to the rights and duties of the individual citizen, but to do so as completely as possible.(...)”¹⁹

Interessante aspecto na lei das XII Tábuas relaciona-se ao fato de que essa lei intentou ao máximo dispor somente sobre as relações tipicamente privadas, objetivando resguardar e proteger os direitos da classe hipossuficiente contra o arbitrarismo da classe abastarda (diga-se os patrícios), e até mesmo dos poderes do Estado. Esse aspecto, em comparação ao direito brasileiro atual, corresponderia mais ou menos à finalidade teleológica das leis de direito do trabalho e do direito do consumidor, qual seja, salvaguardar o vulnerável. Mesmo assim, isso é fruto de muitas controvérsias e se constituem mais como hipóteses.

“This limitation of subject-matter corresponds entirely with the purpose attributed if the small man in particular against the arbitrary behavior of the patrician nobility in legal relations and the administration of justice. It is not possible to say with certainty how far the legislators, in pursuit of this aim, carried out reforms in the law as they found it, since to a large extent only conjecture is possible about the law of the preceding period.(...)”²⁰

No consentâneo às fontes do direito, pode-se afirmar que foram essas as predominantes no período da República Romana: os costumes, as leis, os *senatusconsultos*, os editos dos magistrados e a jurisprudência.

Os costumes, no início da República, ainda se constituíam como a

¹⁸ ALTAVILLA, Jayme de. Op. Cit, p. 85.

¹⁹ KUNKEL. Op. Cit. p.24, 25.

²⁰ Ibidem, p.25.

base do direito privado, porquanto as leis advindas da Realeza eram muitas das vezes obscuras e não continham disposições suficientes que abarcassem os novos anseios da vida na República. Portanto, os costumes ainda eram efetivamente utilizados como instrumento de resolução de questões privadas, bem como considerados fonte interpretativa das leis da realeza (visto que essas foram elaboradas quase que na sua totalidade em observância ao direito consuetudinário) e também fonte integrativa. Somente a partir do advento da lei das XII Tábuas, o costume iria perder espaço para as leis.

A força vinculante dos costumes nos primórdios da formação de Roma deve-se ao seu caráter religioso (como dito no item dois deste estudo), pois as pessoas naturalmente observavam seus preceitos em respeito ao chefe de família responsável pela sua aplicação. A partir do momento que Roma passa a se organizar como uma cidade (*civitas*) essa força coercitiva se devia às reiteradas aplicações dos costumes pelos próprios detentores do poder a grande resolução dos casos concretos. Nesse momento, o respeito se dava perante a própria autoridade, que tinha o poder coercitivo.

“Essa influência dos chefes da civitas se fez sentir sobretudo nas atividades comerciais e no direito penal, pois as relações domésticas entre os membros da gens ou da mesma família ficaram durante muito tempo subordinadas às regras seculares aplicadas pelo pater gentis ou pelo pater famílias”²¹

A segunda fonte do direito consistia na lei propriamente dita. Pode-se dizer que essa se tornou a fonte mais poderosa da época republicana com o advento da lei das XII Tábuas.

Havia dois tipos de lei, a saber: a *lex rogata* e a *lex data*. A primeira consistia na lei advinda de uma proposta que o magistrado fazia aos comícios que a aprovavam ou não. Ela denominava-se de plebiscito, quando a proposta advinha especificamente de um magistrado plebeu ou de um tribuno e era votada pelo conselho da plebe. Vale destacar que o plebiscito só se equiparou as leis e passou a vincular toda a sociedade romana indistintamente com a promulgação da *Lex Hortensis*, do ano 286 a.C.

²¹ MEIRA, Sílvio A.B. História e fontes do direito Romano. São Paulo: Saraiva, 1966, p.59.

Já a *lex data* consistia na lei editada e promulgada pelo próprio magistrado por meio de poderes que os comícios lhe delegavam (ela se compararia, ao que se designa, no direito brasileiro atual, de lei delegada). A lei das XII Tábuas é uma *lex data*, muito embora fosse mais comum, na república, a edição de *lex rogata*.

As leis também eram classificadas de acordo com a completude de suas disposições. Ou seja, eram consideradas leis perfeitas, aquelas que continham todas as partes integrantes de uma lei, quais sejam, o *index* (dispunha o nome do proponente e exposição sumária de seu objeto), a *praescriptio* (mostrava as qualificações do magistrado proponente, bem com os detalhes da votação da lei e dos comícios que as aprovavam), a *rogatio* (dispunha o conteúdo propriamente dito) e a *sanctio* (concernia à sanção, isto é, à pena em caso de violação a ela). Além disso, as leis perfeitas estabeleciam a nulidade dos atos praticados que as violassem. Eram leis imperfeitas aquelas que não previam nem a nulidade nem sanção para a sua transgressão. E leis menos que perfeitas, as que estabeleciam sanção ao seu transgressor, todavia não previa a nulidade do mesmo ato. Esse última modalidade de lei era mais comum no direito romano antigo.

A existência das leis imperfeitas e menos que perfeitas estaria estritamente vinculada à questão do conflito existente entre o *Ius* (direito consagrado por séculos, considerado imutável, intocável e irrevogável) e a *Lex* (as leis editadas, suscetíveis de revogação).

Visto que, havia uma grande polêmica existente no tocante a *Lex* poder ou não revogar disposições do *Ius*. Caso sim, não só se questionaria o sepultamento de um direito sedimentado pela tradição e pelo tempo por uma simples lei, como também poderia ensejar a violação de direitos adquiridos decorrentes do *Ius* pela *lex*. Isto quer dizer que o problema não se restringia apenas à revogação, mas também ao consentâneo à própria proibição da retroatividade da lei.

Desse modo, à medida que a lei ia tomando espaço em Roma como plena fonte do direito, o instituto da revogação angariava força. Portanto, necessitava-se encontrar um meio de se conciliar este instituto com o caráter intocável do *Ius*, e também com a inviolabilidade dos direitos adquiridos. E a forma encontrada foi justamente criar leis que não anulassem os atos

praticados que as violassem, tampouco prescrevessem sanções contra tais atos (leis imperfeitas). Ou quando muito, somente prescrever sanções, mas tentar ao máximo evitar a nulidade dos atos que insurgissem às leis (leis menos-que-perfeitas). Desse modo, conservar-se-iam aqueles atos que consistiam no exercício de direitos já adquiridos, bem como seria uma forma de não afrontar o *Ius* diretamente, caso tais atos praticados se coadunassem com ele, mesmo que não com a lei.

Os *Senatusconsultos* constituíam fonte de direito na República, contudo nem todos os estudiosos pensam assim. Porquanto, essa fonte era emanada pelo Senado, e nesse período, este se constituía apenas como órgão consultivo e não legiferante. Isso só ocorre no Império com o Principado. Sendo assim, suas decisões não poderiam criar nem extinguir direito como a lei fazia. Entretanto, os autores que admitem os *senatusconsultos* como fonte defendem a tese de que o senado foi crescendo em importância no decorrer da República, logo suas decisões também passaram a ser relevantes para a sociedade.

“Entendemos porém que, mesmo como órgão consultivo, o senado intervinha poderosamente na vida pública romana, devendo as suas manifestações ser conceituadas também como fontes do direito.

Com o advento da República o Senado sofreu grandes transformações. Os patrícios tiveram de admitir senadores plebeus. Ao lado dos patres (senadores patrícios) passaram a figurar os conscripti (senadores plebeus), também conhecidos pela expressão adlecti”²²

“Os senatusconsultos, que no início continham simples respostas às consultas dos magistrados, passaram a regulamentar muitas matérias de interesse coletivo, crescendo de importância”²³

É importante denotar que os *senatusconsultos*, como fonte do direito ou não, na maior das vezes, continham disposições de direito público, concernentes à organização e competência do governo e da alta administração. Por outro lado, era bastante raro haver disposições de direito privado, quando muito, somente se houvesse interesse público em jogo.

²² MEIRA, Silvio A.B, op. cit, p.64

²³ Ibidem, p.64

Constituem-se também como fonte do direito os editos dos magistrados. Estes nada mais eram do que o programa que o magistrado anunciava acerca de seu modo de atuar durante o ano em que ia servir. Esse magistrado era especificamente aquele que detinha o *jus edicendi*: os pretores (urbano e peregrino), cônsules, censores, *edis curis* e governadores de províncias e os questores. Contudo, os de maior relevância foram naqueles editados pelos magistrados que exerciam a função jurisdicional (principalmente os pretores)

Desse modo, os editos consistiam em fonte do direito, porquanto eles não se limitavam apenas em trazer disposições gerais acerca da fórmula da ação e relacioná-lo ao *Ius civile*. Na verdade, os editos começaram a inovar o próprio direito, por meio dessas fórmulas, no intuito de interpretar, integrar e até mesmo ab-rogar disposições do *Ius civile*. Este conjunto de editos pretorianos constituiu o *jus praetorium*. Já o conjunto de editos dos outros magistrados denominaram-se de *jus honorarium*.

“No edito dos magistrados judiciários, estes não se limitavam a relacionar os meios de proteção (ações) aos direitos decorrentes do ius civile (na república, integrados pelos costumes e leis) (...) Com o advento da Lei Aebutia (que introduziu, na metade do século II a. C., o processo formulário(...)), essa interferência aumenta, porquanto os magistrados judiciários, que passaram a redigir um documento – a fórmula- onde se fixava a demanda a ser julgada, em geral, pelo juiz popular, se arrogaram, a pouco e pouco, o direito de denegar, quando lhes parecesse justo, ações que tutelavam direitos decorrentes do ius civile (...); bem como de criá-las para proteger situações – não previstas no ius civile- que lhes parecessem dignas de tutela. (...) tais situações assim tuteladas passavam, na prática, a ter eficácia jurídica, dando nascimento a verdadeiros direitos, (...)”²⁴

A jurisprudência concerne à última fonte do direito predominante na república romana. É necessário salientar que esta fonte não consistia em um conjunto de decisões judiciais em um mesmo sentido (neste caso se aproximaria mais do *jus praetorium*, visto anteriormente).

A jurisprudência, como fonte do direito romano, se tratava do desenvolvimento da ciência do direito por meio de trabalhos dos jurisconsultos romanos, tanto para subsidiar o ensino do direito, quanto para auxiliar na correta aplicação deste pelas autoridades (no âmbito

²⁴ ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano v.1. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 23.

público) e pelas partes ao celebrarem, por exemplo, um contrato (no âmbito privado), através de atividades de consultoria. Ainda assim, mesmo que a jurisprudência já tivesse bastante força na república, por conta de grandes juristas que até então existiam e que se dedicavam ao estudo do direito. Ela irá angariar ainda mais força quando servir de subsídio direto para elaboração do *Corpus Iuris Civilis* em 527 d. C já no final do Império Romano no Ocidente.

5. CONCLUSÃO

Consoante exposto neste trabalho acerca dos principais aspectos políticos e jurídicos das civilizações da Antiguidade clássica, quais sejam, Grécia e Roma. Pode-se afirmar que a maior diferença entre essas sociedades e aquelas do Oriente Próximo (Egito e Mesopotâmia), no que diz respeito ao direito, refere-se ao seu caráter laico, separado da religião. A partir da vigência das Constituições da Grécia no período arcaico, destacando-se as Leis de Sólon, e da Lei das XII Tábuas na República Romana, o direito não se fundamentaria mais na autoridade religiosa dos deuses, menos ainda na dos Reis considerados verdadeiros deuses. Ele passa a se basear nos anseios do povo, em suas reivindicações, construindo-se normas jurídicas fundadas na realidade.

Os pensadores atenienses, no período clássico, se ocuparam em pensar sobre o conceito de justiça e até que ponto o exercício do poder político poderia abrir espaço para esse valor. Mesmo assim, as leis (ou Constituições) que até então existiam não serviram como instrumento limitador do exercício deste poder frente ao povo. Na verdade, o poder dos colegiados deliberantes estava acima de qualquer formalidade, ele era soberano, ele que decidia os rumos da sociedade grega. Portanto, não se submetia a nenhuma lei.

O que se pode constatar é que a lei na Grécia, mais precisamente em Atenas, refletia a organização política do momento, consistia mais em um instrumento de publicidade. Por isso que é possível inferir que havia constituição em sentido material, que expressava o sistema político-jurídico de um determinado período. Em contraposição, não havia uma constituição em sentido formal, que não só expressasse determinado sistema político,

mas também subordinasse os órgãos detentores do poder aos ditames da lei, ou seja, os vinculasse.

No consentâneo a Roma, concentrando-se no período da república, pode-se notar a importância do direito para esta sociedade. Ademais, assim como em Atenas, as leis que foram surgindo decorreram das tensões sociais existentes. E como visto neste estudo, a Lei das XII Tábuas possivelmente pode ter se constituído como instrumento protetor e garantidor dos direitos da plebe contra os patrícios e o próprio Estado (que praticamente era composto só por patrícios).

Portanto, vê-se um caminho, mesmo que ínfimo, para o princípio da legalidade. Apesar disso, a Lei das XII Tábuas e outras leis que foram surgindo após esta não disciplinavam a organização e a competência dos órgãos pertencentes ao Estado. Ou seja, carecia-se de disposições e normas de direito propriamente público, além do mais não se avista expressamente nessas legislações normas regulamentadoras do poder político. Embora se deva fazer uma ressalva de que mesmo que o Estado não admitisse limites ao seu poder, ele tentava o menos possível interferir nas relações tipicamente privadas, buscando, quando da feitura das leis, a vontade da sociedade na resolução de conflitos e não sua vontade.

Isso é de extrema importância para compreender o direito como distinto da religião. É por isso também que as leis, como fonte de direito, foram de importância substancial para dirimir conflitos e buscar soluções. Característica presente tanto na Grécia quanto em Roma. O que quer dizer que ela não se constituiria como instrumento simbólico, representativo do direito, como ocorrera, por exemplo, com o Código de Hamurábi da Mesopotâmia.

BIBLIOGRAFIA

- ALTAVILLA, Jayme de. A origem dos direitos dos povos. 11. ed. Ícone editora, 2006, p. 85.
- ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano v.1. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- ARISTÓTELES, LEÃO. A Constituição dos atenienses. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2003.
- BALSDON, J. P. V. D (Organizador). O mundo romano. Trad. Victor M. de Moraes. Rio de Janeiro: Zahar, 1968.
- BRETONE, Mario. História do direito romano. Lisboa: Editorial Estampa, 1990.

COULANGES, Fustel de. A cidade antiga. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

KUNKEL, Wolfgang. Introduction to Roman Legal and Constitutional history. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1973.

FINLEY, M. I. Política no mundo antigo. Lisboa: Edições 70, 1997.

LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito na história, lições introdutórias. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MEIRA, Sílvio A.B. História e fontes do direito Romano. São Paulo: Saraiva, 1966.

O REPÚDIO AO “SOLVE ET REPETE” NO DIREITO BRASILEIRO

Ruy Pereira Camilo Júnior - Mestre e Doutorando em Direito Comercial pela USP, Pós-Graduado em Análise Econômica pela FIPE, Diretor da Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais, Conselheiro do IASP – Instituto dos Advogados de São Paulo

CONCEITOS FUNDAMENTAIS

Dimensões do Princípio do “Solve et Repete”.

O princípio sintetizado no singelo enunciado latino “Solve et Repete” condiciona o acesso do contribuinte ao processo administrativo ou ao processo judicial, para fins de discussão da existência, legitimidade ou legalidade do crédito tributário, ao prévio desembolso do valor da exação questionada.

Esse princípio, portanto, gera reflexos tanto no âmbito administrativo – impondo exigências prévias ao pleito do administrado de revisão do ato da Administração – quanto no plano do direito processual, onde o pagamento se coloca como pressuposto processual (conforme as posições de Rotondi, Micheli e Allorio) ou como condição da ação (entendimento de Chioenda e Uckmar).

Curiosamente, há posições rigorosamente opostas quanto à extensão da adoção desse Princípio no Direito Comparado. Fonrouge afirma que *“la regla no tiene aplicación universal, ya que es desconocida em muchos países”*.¹ Reis Friede aponta sua *“aceitação pacífica em praticamente todas as legislações das mais variadas nações, ainda que, em algumas, de forma mitigada”*.²

¹ Fonrouge, Carlos M. Giuliani. Derecho Financiero. Volumen II, pág. 729.

² Friede, R. Reis. “O Princípio Solve et Repete.....” in Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, n. 7, pág. 76.

A questão deve ser analisada *cum grano salis*. A identificação da existência de uma regra jurídica em dado ordenamento exige apenas que se verifique a ocorrência de sua regular produção, e a presença dos requisitos postos pela Constituição para sua vigência. Muito mais fluida e difícil é a identificação das manifestações de um determinado princípio em um sistema jurídico. Pode um princípio, com maior ou menor intensidade, expressar-se por normas específicas.

Assim, parece-nos que o Princípio do Solve et Repete – cujas origens remontam ao Direito Romano, mas que, modernamente, seria desenvolvido a partir de Lei do Reino da Itália de 1865 – foi se enfraquecendo à medida em que se desenvolvia, como campo autônomo, o Direito Tributário.

Assim, tornou-se uma verdadeira profissão de fé dos tributaristas o repúdio ao Solve et Repete, comparado por Antonio Berliri a verdadeira “tortura”, e qualificado por Roque Carazza como uma “regra medieval”.³ Registra José Luis Shaw que *“la exigencia legal del pago previo del tributo como requisito para poder interponer tanto los recursos administrativos contra el acto de determinación como las acciones jurisdiccionales (...) há sido duramente criticada por la doctrina latinoamericana ampliamente mayoritaria”*.⁴

Em que pese a recusa da doutrina tributária ao princípio, não deve ele ser dado por morto. Constata-se, na realidade, um refluxo e um intensificação do nível de exigências prévias postas ao contribuinte, no exercício de seu direito de defesa, em alguns países da América Latina. No Uruguai, “la Administracion, al parecer no resignada a la pérdida de esse privilegio, há adoptado posiciones y promovid leyes que, en forma más o menos indirecta, indicen en la efectiva aplicación de las normas y de los principios que las inspiran”.

De fato, a crise fiscal dos países latinos, e, especificamente no caso brasileiro, a demora na tramitação dos processos administrativos e dos feitos judiciais – sobretudo das execuções fiscais – têm inspirado a criação de “garantias de instância”, representadas pela exigência de depósito ao menos parcial de multas, para fins de recurso administrativo, e a utilização de meios indiretos para a cobrança de tributos (condicionando-se a participação em

³ Carazza, Roque. Curso de Direito Constitucional Tributário, pág. 230.

⁴ Shaw, José Luis. “Tutela Jurisdiccional Efectiva en Materia Tributaria”, in Revista Tributaria e de Finanzas Públicas, n. 33, pág. 31.

licitação, empréstimos públicos, ou mesmo da abertura de novas empresas, à existência de Certidão Negativa de Tributos do contribuinte).

Nosso propósito é estudar o referido fenômeno de revitalização, mesmo que mitigada, do *Solve et Repete*, no Direito Brasileiro, distinguindo entre as dimensões administrativa e processual do fenômeno, e discutindo sua constitucionalidade. Ao final, examinaremos se as garantias constantes do Pacto de San José de alguma forma influenciam ou alteram o rumo da jurisprudência, a respeito do tema.

É curioso apontar, em primeiro lugar, que a convicção de repúdio do Direito Brasileiro ao “solve et repete” teve como conseqüência a pequena dedicação que nossos tributaristas dedicaram a esse princípio, sendo, portanto, escassa a bibliografia brasileira sobre o assunto, em contraste com a de outros países.

Dos Fundamentos do Princípio do “Solve et Repete” e de sua Crítica

Carlos Fonrouge realiza, em seu clássico “Derecho Financiero”, uma ampla exposição das diferentes teorias invocadas para se fundamentar a exigência de pagamento prévio de tributos, elencando os autores que as defendem.

Parece-nos possível identificar duas vertentes principais, nas tentativas de fundamentação do princípio.

Uma linha doutrinária busca no Direito Administrativo a justificação do enunciado, respaldando-o nos atributos do Ato Administrativo: a auto-executoriedade e a presunção de Legitimidade, além da necessidade de se evitar a queda da arrecadação fiscal. Por todos, citemos Rafael Bielsa: “*A juicio nuestro, la decision administrativa relativa a la percepción del impuesto es ejecutoria, pues de acuerdo a la regla expresada em la formula solve et repete*”⁵.

Outra corrente já se afasta da matriz comum do Direito Administrativo, buscando construir, com autonomia científica, o princípio como um instituto próprio do Direito Tributário ou Financeiro. Alguns consideram existir um privilégio fiscal (Rubens Gomes de Sousa, em seu “Compêndio de Legislação Tributária”, de 1952, declarava tratar-se de “privilégio

⁵ BIELSA, Rafael. Derecho Administrativo, Tomo I, Bs. Aires, Ateneo, 1947, pág. 248.

processual do fisco”)⁶; outros, como Griziotti, enxergam nele “una institución autonoma del derecho financeiro” que “reviste el carácter de medida protectora de política financiera”⁷. O fundamento também é invocado por Rafael Bielsa: “*La jurisprudencia ha hallado el fundamento de este principio, em materia fiscal, en la necesidad de hacer efectiva la percepcion de las contribuciones, no paralizar la recaudación y no privar de suas rentas a los gobiernos*”.⁸

Nenhum desses fundamentos se sustenta.

A auto-executoriedade não é atributo de qualquer ato administrativo, mas apenas daqueles que se “exige uma imediata ação da Administração Pública (...), sob pena de ser inútil qualquer medida posterior”.⁹ Ora, a apreensão de uma mercadoria tida como contrabandeada, por exemplo, pode ser executada de imediato pela administração, sob pena de seu desaparecimento. Mas não se compreende porque não possa ser facultado àquele tido como o responsável pela ilicitude fiscal o direito de apresentar defesa sem pagar previamente o valor da autuação fiscal. Evidentemente, em havendo risco de insolvência, pode o fisco requerer judicialmente medidas cautelares. No entanto, não há urgência que exija o imediato recebimento do valor da autuação, previamente ao trâmite regular do processo administrativo.

A presunção de legitimidade do ato administrativo tampouco justifica a exigência de pagamento prévio à defesa ou à ação, pois é ela de natureza relativa, admitindo por definição prova em contrário. Assim, deve ser facultado ao contribuinte produzir as alegações e provas necessárias ao afastamento dessa presunção.

De outra parte, ainda a respeito do despropósito da invocação da auto-executoriedade e da presunção de legitimidade do ato administrativo como fundamentos do “Solve et Repete”, aponta Fonrouge, como argumento definitivo, a desvinculação de tais institutos no Direito Comparado, pois “em muchos países en que también imperan aquéllos, el pago previo no es condición requerida para la discusión ante la autoridad judicial”.¹⁰

⁶ Apud Tavoraro, Agostinho. *Solve et Repete*, Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas 25, pág. 184.

⁷ Fonrouge, Carlos. *Op. cit.*, pág. 733.

⁸ BIELSA, Rafael. *Ibidem*.

⁹ Gasparini, Diógenes. *Direito Administrativo*, pág. 74.

¹⁰ *Op. cit.*, pág. 731.

A noção de privilégio do fisco, por outro lado, choca-se com o imperativo de igualdade entre fisco e contribuinte, no que toca ao processo administrativo sancionador.

A defesa do “Solve et Repete” como instituto peculiar de Direito Financeiro, tutelador das finanças públicas, termina por incidir no privilegiamento do interesse público secundário – da Administração como burocracia - sobre o interesse público primário – da tutela dos valores fundamentais da Sociedade e do Estado de Direito, cabendo referência à preciosa lição de Alessi.

Não bastasse a insustentabilidade dos fundamentos invocados para o Solve et Repete, é importante enfatizar, também, a falsidade de seu pressuposto, apontado por Halperin – “Fiscum sempre solvens”.

Também no Brasil, a idéia de que inexistiria risco de lesão permanente no recolhimento do tributo, pois haveria sempre a garantia da restituição do indébito, choca-se com a realidade absolutamente chocante de anos de atraso no pagamento, por muitos entes públicos, dos precatórios judiciais, derivados de sentenças já transitadas em julgado, e com o abuso de seus sucessivos parcelamentos, por anos, com base em emendas constitucionais.

As mais contundentes críticas ao “Solve et Repete” fundam-se na afronta aos princípios da igualdade, da ampla defesa, e do devido processo legal.

A violação da igualdade, no caso, é dupla. Há, em primeiro lugar, uma afronta da posição de equilíbrio entre o fisco e o contribuinte, violando o direito de defesa; em segundo lugar, há uma quebra da isonomia entre contribuintes, pois somente aqueles que detenham meios suficientes teriam acesso ao processo administrativo ou ao Judiciário.

Ambos os aspectos foram salientados, segundo Roque Carazza, quando a Corte Constitucional Italiana, em 1961, considerou inconstitucional a regra “Solve et Repete”, pois, “além de introduzir uma forte desigualdade de fato entre os contribuintes, não é uma simples aplicação ou decorrência do crédito tributário, mas algo que vai além disso, e que, portanto, representa um particular privilégio substancial da Administração, limitativo do direito de defesa garantido pela Constituição”.¹¹

¹¹ Carazza, Roque. Op. cit., pág. 231.

Há, igualmente, uma afronta ao princípio do acesso à justiça.¹²

Cabe, antes de concluir as críticas ao Solve et Repete, apontar um paradoxo. Teve ele, também, seu papel, em determinado momento histórico, no desenvolvimento do direito tributário e dos próprios direitos dos contribuintes.

Assim, em primeiro lugar, a lição de Aliomar Baleeiro – que, a par de ser um dos primeiros tributaristas brasileiros, ascendeu ao cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal -, no sentido de que “paradoxalmente, o solve et repete foi introduzido na Itália pela Lei de 20-3-1865, como medida liberal e contrapartida da apreciação judicial das reclamações de contribuintes que, antes da unificação no regime do Papa e da Áustria, só poderiam pleitear o reconhecimento de suas súplicas perante o Contencioso Administrativo, composto dos próprios funcionários do Estado, sem as garantias do magistrado de carreira”.

Em vários Acórdãos, Baleeiro vinculava o princípio ao regime varguista, apontando normas legais que o teriam consagrado, e que não poderiam prevalecer no regime constitucional:

“Conheço do recurso pela letra ‘d’, mas nego-lhe provimento, porque entendo que a legislação aludida do período ditatorial introduziu, no Brasil, o princípio ‘solve et repete’.”¹³

“A matéria já foi controvertida, afirmando alguns que sobrevivia o regime do ‘solve et repete’ instituído pelo Dec.-Leis 5/37 e 42/37. A discussão é velha dentro e fora do Brasil (...). Mas se pode afirmar pacificada a jurisprudência. O S.T.F., pleno, por unanimidade, julgando os Recursos Extraordinários nºs 60.653 e 63.047, relatador pelo eminente Ministro Gonçalves de Oliveira decidiu que a Fazenda Pública deve cobrar seus créditos pelo executivo fiscal, sem bloquear nem impedir direta ou indiretamente com invocação daqueles diplomas da ditadura (...).”¹⁴

“Um dos argumentos da recorrente é o que procura apôio no art. 965 do Código Civil, que, cuidando da restituição do pagamento indevido, sujeita quem pagou voluntariamente à obrigação de provar que o fez por erro. Ora, conforme entendimento assente na doutrina e na jurisprudência, essa norma não se aplica em tema de restituição de tributos ilegalmente cobrados, quando prevalece a regra - solve et repete.”¹⁵

¹² Ibidem.

¹³ STF, Rec. Extr. nº 63.042 – SP, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, Segunda Turma, julg. em 05/03/1968.

¹⁴ STF, Rec. Extr. nº 64.054 – SP, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, julg. em 05/03/1968.

¹⁵ STF, Rec. Extr. nº38.952 – DF, Rel. Min. Luiz Gallotti, Primeira Turma, julg. em 12/06/1958.

Em segundo lugar, deve-se enfatizar que o Supremo Tribunal Federal brasileiro, nos anos 1950, instrumentalizou e invocou o “solve et repete” para permitir a repetição de indébito do tributo, prescindindo da prova do erro do contribuinte, que era erigido como requisito, pelo Código Civil, para a devolução do valor pago. A idéia era de que, considerando a necessidade do pagamento do valor lançado, prescindível era a prova de que houve erro. No dizer do Ministro Luis Gallotti, “quando é o contribuinte quem pleiteia a restituição do tributo, tem a doutrina por assente que não pagou voluntariamente, antes cedeu aos meios coativos de que dispõe o Estado e, por isso, fica o contribuinte dispensado de provar que pagou por erro (é a regra “solve et repete”).”¹⁶

REPÚDIO DO “SOLVE ET REPETE” NO DIREITO BRASILEIRO

O Direito de Defesa no Processo Administrativo

A Constituição Brasileira inovou ao prever, de modo expresso, a garantia da ampla defesa e do contraditório, não apenas no processo judicial, mas também no procedimento administrativo.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que não pode ser exigido nenhuma garantia ou pagamento prévio para a apresentação da defesa, antes do sancionamento. No entanto, é lícita a exigência de garantia ou pagamento prévio para se viabilize o recurso à segunda instância administrativa. Assim, “*é compatível com o art. 5º, LV, da CF, a exigência, pela lei, de depósito prévio do valor da multa como condição de admissibilidade de recurso administrativo, se ao interessado é garantido o direito de defender-se antes da imposição da sanção* (RE 169.077, 210.235 e 210.246-GO; ADIn 1.049, 1.922 e 1.976)”.

Nesse sentido, observe-se que a lei federal de processo administrativo prevê a possibilidade de exigência de caução, desde que exigida legalmente. Atente-se ao parágrafo 2º, do artigo 56, da Lei 9784/99: “Salvo exigência legal, a interposição de recurso administrativo independe de caução”.

Em outras palavras, não há reconhecimento de direito de acesso a uma

¹⁶ Recurso em Mandado de Segurança, RMS 2231, julgado em 14/10/1953.

segunda instância administrativa, sem o pagamento prévio ou caução – como aliás, tampouco admite o STF que exista um direito constitucional a um duplo grau de jurisdição.¹⁷

Houve recente invocação do repúdio a esse princípio pelo STJ, em matéria de infração de trânsito, *in verbis*:

“Caso a multa ainda não esteja vencida, seja porque o condutor ainda não foi notificado, seja porque a defesa administrativa ainda está em curso, não poderá a autoridade de trânsito condicionar a liberação do veículo ao pagamento da multa, que ainda não é exigível ou está com sua exigibilidade suspensa. Se assim não fosse, haveria frontal violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, com a adoção da vetusta e odiosa fórmula do solve et repete.”¹⁸

De outra parte, é absolutamente comum e costumeiro nos regulamentos administrativos é a concessão de descontos ao contribuinte ou ao Administrado, caso venha a recolher o tributo sem apresentação de defesa. Dessa forma, onera-se indiretamente e penaliza-se o direito de defesa.

O Direito de Defesa no Processo Administrativo Fiscal

O tema do solve et repete foi largamente discutido no Brasil à luz do disposto no artigo 38 da Lei de Execução Fiscal (lei 6.830/80), que assim dispõe:

“Artigo 38. A discussão judicial da dívida ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.”

O entendimento predominante logo se deu no sentido de que tal exigência de depósito prévio só poderia se dar em relação aos embargos do devedor, e não a outras ações que visassem ao exercício do direito do contribuinte de impugnar a exação:

¹⁷ Tavares, André Ramos. “Análise do Duplo Grau de Jurisdição com Princípio Constitucional”, Revista de Direito Constitucional e Internacional, n. 30, pág. 177 ss..

¹⁸ STJ, Resp nº 1.104.775 –RS, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, julg. em 24/06/2009.

Em seus comentários á referida Lei de Execução Fiscal, Theotônio Negrão elenca o caráter restritivo da interpretação do artigo 38, afastando a exigência de depósito.

*“Súmula 247 do TFR (Depósito como pressuposto de ação anulatória):
“Não constitui pressuposto da ação anulatória do débito fiscal o depósito de que cuida o art. 38 da Lei 6.830, de 1980” (v. jurisprudência s/ esta Súmula em RTFR 163/151). V. CTN 151-II, CPC 585 pá. 1º.*

No mesmo sentido: RTJ 112/916, 115/929; STF-RT 596/267, 609/239; STF-RJTJESP 99/388; STF-RP 39/130; STF-Bol. AASP 1.484/123; RTFR 104/15, 126/15, 130/161, 131/133; TJSP-RJTJESP 91/367, un. da jur., 24 votos a 4; JTJ 203/176; TJMG-RT 603/200, julgamento do Órgão Superior, unânime, dando pela constitucionalidade do art. 38; RT 570/130, 572/86, RJTJESP 84/286, 89/280, 90/342, 92/288.”

A jurisprudência já pacificada há décadas foi reforçada pelo advento da Súmula Vinculante n. 28 do STF, assim expressa: “É inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário”.

Em conclusão, ao se repelir o “Solve et Repete” tutela-se o processo administrativo tributário, enquanto direito do contribuinte, expressão da garantia constitucional do *Due Process of Law*. E a efetividade do processo atende aos próprios fins do Estado, pois, na lição de Odete Medauar, o expediente administrativo permite superar já em fase inicial algumas controvérsias, reduzindo o numero de ações judiciais, além de permitir o aprimoramento das próprias normas tributárias.¹⁹

O processo administrativo realiza concretamente o Direito: sem sua instauração – que poderia ser obstada pelo odioso Solve et Repete - , a norma é mera abstração. Sua concretude implica a solidez do ordenamento institucional de um país que busca resgatar sua dívida social e reencontras o rumo do desenvolvimento econômico sem sacrificar os fundamentos de um Estado de Direito tão duramente conquistado.

¹⁹ Medauar, Odete. Conselhos de Contribuintes, IOB Jur, 2/34.

LAVAGEM DE DINHEIRO: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE NOVAS ABORDAGENS

Theophilo Miguel - Juiz Federal

EMENTA: LAVAGEM DE DINHEIRO. CONCEITO. APARÊNCIA LÍCITA AO CAPITAL ILÍCITO. BREVE HISTÓRICO. BRASIL. LEI Nº 9.613/98. LEI Nº 12.683/2012. NOVA REDAÇÃO. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 17-B. DIREITO À INTIMIDADE. PRIVACIDADE. QUEBRA DE SIGILO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. FLEXIBILIZAÇÃO. STJ ANALISA MANDADO DE SEGURANÇA DA GOOGLE DO BRASIL QUESTIONANDO QUEBRA DE SIGILO. HIPÓTESES SEM REGULAMENTAÇÃO. CARTAS CIRCULARES DO BANCO CENTRAL. ECONOMIA X NORMAS PENAS. TEORIA “CEGUEIRA DELIBERADA”. IMPORTAÇÃO PELO STF. AÇÃO PENAL Nº 470. MENSALÃO. INOVAÇÕES E CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS. CONCLUSÃO: COMBATE AO CRIME DE LAVAGEM SEM PREJUÍZO DE DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS.

Embora não haja um padrão conceitual uníssono na doutrina, a essência não diverge: lavagem de dinheiro é, em poucas palavras, um procedimento que tem por objetivo dar aparência lícita ao capital que ilicitamente foi concebido.

A tradição jurídica costuma definir a lavagem como aquele conjunto de operações feitas para integrar ao sistema econômico e financeiro

os valores, bens e direitos obtidos por meio de práticas criminosas, mascarando, ou, para usar expressão mais atual, “maquiando” o berço ilícito do capital.

Foram os Estados Unidos e a Itália as primeiras nações a criminalizar essa conduta, por conta das organizações criminosas formadas pelos *gangsters* e mafiosos, respectivamente. Mais tarde, relacionando a lavagem à macrodelinquência econômica, a Convenção de Viena (1988) a configurou internacionalmente. O Brasil, como consequência de ser signatário daquela Convenção Internacional, aprovou a Lei 9.613, em 1998, tipificando o crime de lavagem de dinheiro, para facilitar o combate às atividades das organizações criminosas.

Recentemente, nosso ordenamento jurídico recebeu a Lei 12.683, aprovada em 9 de julho de 2012, que revogou os crimes considerados necessários para que houvesse a condenação por lavagem de dinheiro e, desde então, consideram-se antecedentes todos os crimes previstos no Código Penal.

A tipificação do branqueamento de capitais, expressão lusitana para esse crime, envolve várias questões delicadas, do ponto de vista jurídico-penal, como, por exemplo, a própria definição de seus elementos constitutivos, o bem jurídico legal a ser protegido, a figura do concurso de normas etc.

Em razão dessas dificuldades, a nova redação dada pela lei recém-admitida no nosso Direito, a 12.683/2012, tem enfrentado muitas críticas. Mais: tem sofrido, inclusive, alegações de inconstitucionalidade de algumas de suas normas, como acontece com aquela inserida no art. 17-B.

É o caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4906, que tramita no STF, cujo relator é o ministro Celso de Mello. A ADI foi ajuizada pela Associação Brasileira de Concessionárias do Serviço Telefônico Fixo Comutado (Abrafix), tendo por objeto a norma contida no referido dispositivo da nova lei que, sem prévia autorização judicial, permite que o Ministério Público e autoridades policiais acessem dados cadastrais de pessoas sob investigação mantidos pela Justiça Eleitoral, instituições financeiras, administradoras de cartão de crédito, provedores de internet e empresas telefônicas. Questiona-se, nessa demanda, a submissão das associadas (operadoras de serviços de telefonia) ao cumprimento de obrigação que seria, segundo a Associação, manifestamente ilegal, já que desconforme com a norma extraída do art.

5, X, da Constituição Federal, que assegura a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, sob pena, inclusive, de se ter de reparar, via indenização, eventuais danos materiais ou morais sofridos em virtude da violação do comando constitucional.

Segundo a entidade, ao cumprir essa nova determinação legal, as empresas estariam invadindo a esfera de proteção das pessoas, como no caso do consumidor de serviços de telecomunicações. Alega que esses direitos (à privacidade e à intimidade) não podem ser excetuados sem que passem pelo criterioso crivo do Judiciário, detentor do poder-dever de analisar e julgar os casos concretos, bem como não se pode transferir esse mesmo poder-dever ao Ministério Público nem às autoridades policiais. Acrescenta que somente o órgão investido de jurisdição tem condições de, em virtude de sua imparcialidade e equidistância, proceder ao exame da situação fática, identificando se é ou não caso de flexibilizar o direito assegurado. Corroborando sua tese, a demandante cita as palavras do relator, ministro Celso de Mello, para quem “é imprescindível a existência de justa causa provável, vale dizer, de fundada suspeita quanto à ocorrência de fato cuja apuração resulte exigida pelo interesse público, a ser verificada em cada caso individual, à luz dos critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade”. Assevera ainda que a medida determinada pela norma combatida daria ao Ministério Público e às autoridades policiais acesso a dados de indivíduos investigados por esses órgãos, que, justamente pela posição que ocupam, “têm, muito estranhamente, restrições em submeter a medida ao prudente crivo do Judiciário”.

Também segundo a Associação, essa mesma norma objeto da ADI violaria ainda o conteúdo de alguns dispositivos da Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/1997), da Lei 10.073/2003 e da Resolução 426/2005, da Agência Nacional de Telecomunicações. Em todas elas aparece o valor do direito à privacidade, ao sigilo e à intimidade a ser resguardado, de modo que somente por autorização judicial se possa ter acesso aos documentos, dados e informações pessoais dos usuários.

Como consequência dessas alegações, a Associação Brasileira de Concessionária de Serviço Telefônico Fixo Comutado apresentou pedido ao STF, requerendo a concessão de medida cautelar para suspender os efeitos da norma observada no dispositivo apontado (art. 17-B da Lei 9.613/1998) e a declaração de sua inconstitucionalidade.

Veja-se que, no nosso ordenamento jurídico, a Lei de Lavagem de Dinheiro foi a primeira a trazer expressamente a possibilidade de se alcançarem dados cobertos pela proteção constitucional e legal, sem a autorização do órgão judicante, segundo o teor do artigo 17-B, objeto da ADI.

Mesmo assim, essa flexibilização e a abrangência do que se consideraria dado cadastral preocupam os operadores do Direito. Primeiro, porque a quebra de sigilo, por si só, já não é vista com bons olhos. Desconectada da autorização judicial, soa ainda mais preocupante. Depois, porque, por exemplo, não se sabe se a identificação pessoal, ou senha do usuário, no caso dos usuários de provedores de internet, também se incluiria nesse vasto campo de dados cadastrais.

Interessante, sobre o tema, a decisão da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de Questão de Ordem em Inquérito, que condenou a Google do Brasil a quebrar o sigilo de e-mails de usuário investigado por lavagem de dinheiro, dentre outros crimes. Ocorre que, segundo as regras da matriz da Google, com sede nos Estados Unidos, tais dados não são passíveis de divulgação por sua filial, pois as leis norte-americanas vedam a quebra de sigilo dessas informações.

A alternativa diplomática foi uma solução que a empresa apresentou para que as informações fossem obtidas através de um acordo de assistência judiciária (Decreto 3.810/2001), mantida entre os dois países em matéria criminal.

Um outro ponto trazido pela filial brasileira é que ela e a matriz possuem personalidades jurídicas distintas, portanto não compartilham bancos de dados, o que inviabilizaria o cumprimento da decisão judicial. A Google do Brasil enumera ainda os casos em que a legislação americana poderia permitir a quebra do sigilo dos dados: perda de vida ou graves danos físicos a terceiros.

Laurita Vaz, ministra relatora desse caso polêmico, que mostra bem a importância do tema, afirmou que «o que se pretende é a entrega de mensagens remetidas e recebidas por brasileiros em território nacional, envolvendo supostos crimes submetidos indubitavelmente à jurisdição brasileira». Segundo ela, o recurso diplomático não deve ser considerado como argumento válido, porque a determinação judicial pode ser cumprida

no nosso território, já que o fato de as informações estarem armazenadas em outro país não tem o condão de torná-las material de prova estrangeiro. A constituição da filial brasileira se deu sob normas pátrias, o que a impede de recorrer às leis americanas para deixar de fazer aquilo que determina nosso Judiciário. Para a ministra, o cumprimento é possível, portanto, desde que haja boa vontade da empresa, uma vez que é sabido não ser o caso de impossibilidade técnica.

O entendimento da relatora foi acompanhado pela maioria do colegiado, que compartilhou o raciocínio da ministra ao explanar que não seria justo uma empresa se estabelecer em nosso território, explorar economicamente o serviço de correio por internet, mas se esquivar de cumprir as leis do país onde se constituiu.

Por seu turno, o Ministério Público Federal afirmou, como responsável pelo Inquérito (784/DF) e autor da Questão de Ordem, que a entrega dos dados transmitidos entre as unidades pertencentes ao mesmo grupo de empresas, exclusivamente à autoridade judicial, não viola a soberania do Estado norte-americano.

Por unanimidade, os ministros rejeitaram os Embargos de Declaração interpostos. Ainda está sendo analisado pelo STJ o Mandado de Segurança impetrado pela Google do Brasil, questionando a quebra de sigilo. O relator é o Ministro Arnaldo Esteves Lima. A empresa vem buscando outros recursos contra a decisão.

Várias são as áreas da Ciência Jurídica que se integram quando a questão é a proteção dos dados veiculados pela internet. Por exemplo, na seara penal, essas informações podem ser muito úteis para a segurança da vítima, ou para se incluir no arcabouço probatório. É esse o motivo que leva os investigadores a buscarem cada vez mais vias de acesso aos dados ali mantidos, enquanto as leis, a jurisprudência e a doutrina vão ensaiando limites, parâmetros, sinalizando onde e de que forma é permitida a captura desse tipo de prova.

Na prática, e não tendo ainda regulamentação que abranja todas ou, pelo menos, a maioria das hipóteses, as empresas desse novo universo virtual costumam seguir um dos dois caminhos: resguardar os dados até que haja autorização judicial, ou liberá-los, mesmo sem o mandado.

Muitas dessas empresas estão sediadas nos Estados Unidos, onde há um projeto de lei para que as agências de Inteligência possam solicitar informações aos provedores de internet e serviços telecomunicações. O Cyber Intelligence and Protect Act divide a opinião dos parlamentares, justamente porque a idéia de se ter acesso aos dados virtuais sem o amparo dos tribunais é vista com reservas. A proposta, se aprovada, deixará desprotegidos os dados informáticos dos usuários ao redor do mundo.

Gustavo Henrique Badaró, livre-docente em Direito Processual Penal (USP), para quem a produção de provas através do meio digital ainda gera muitas dúvidas, afirmou que a questão vai muito além: “Postagens nas redes sociais e até dados de localizadores de veículos são requisitados para ajudar nas investigações e julgamentos”.

Considerando-se o crime de lavagem de dinheiro e suas interligações com o narcotráfico, crime organizado, terrorismo e outras práticas que tomam uma dimensão internacional, passando pela globalização do mercado financeiro com seus bancos internacionais e paraísos fiscais, as novas tecnologias dos meios de comunicação são um meio muito eficaz de combate a esses delitos. Por causa dessa internacionalização é que a recente atuação brasileira no campo legislativo, abarcando também a lavagem, vem sendo aplaudida por investidores internacionais.

Duas novas Cartas Circulares do Banco Central (3.653/2013 e 3.654/2013) entraram em vigor, procurando implementar as novidades trazidas pela Lei 12.683/2012. Basicamente, elas procuram alinhar o nosso sistema penal de combate à lavagem de dinheiro às recomendações do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI), organismo intergovernamental que tem por objetivo promover estratégias contra a lavagem e o financiamento do terrorismo.

Contudo, os economistas nem sempre analisam essas inovações sob o ponto de vista penal, o que é absolutamente necessário para que não haja conflito com seus importantíssimos princípios basilares. Esse perigoso descompasso corre o risco de acontecer, caso se pretenda obedecer cegamente às recomendações de organismos importantes, como a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, além do próprio GAFI.

Essas Circulares trouxeram inovações regulamentares importantes, como, por exemplo, o dever de comunicação prévia, com prazo mínimo

de um dia útil, de operações cujos valores sejam iguais superiores a cem mil reais; especialização do sistema de controle de dados cadastrais de pessoas físicas e jurídicas; etc. A ideia geral é recrudescer as medidas preventivas, mas a sensação de impunidade não advém somente da absolvição ou da não condenação. Ela é fruto também de normas que não facilitam a aplicação da lei.

Uma outra questão muito debatida é a importação, para o campo penal, da teoria americana da “cegueira deliberada”, apontada como a grande inovação que o Supremo Tribunal Federal trouxe no caso do mensalão, segundo a qual é possível condenar o réu que desconsidera deliberadamente a origem inequivocamente ilícita do dinheiro.

A primeira vez que essa teoria foi utilizada em nosso país foi quando do julgamento, pela Justiça Federal, de dois empresários de Fortaleza, acusados de lavagem de dinheiro ligado ao maior assalto a banco da nossa história. O magistrado entendeu que os acusados, embora não houvessem participado diretamente do crime, não poderiam desconhecer a origem ilícita do dinheiro. O TRF da 5ª absolveu os réus, entendendo que adotar a tese da “cegueira deliberada” seria equivalente a admitir a responsabilidade objetiva, o que não é possível, salvo nos casos de crime ambiental, no nosso ordenamento jurídico.

De fato, essa teoria, muito flexível quanto ao conjunto probatório trazido aos autos para justificar a condenação, aproxima-se consideravelmente da responsabilidade objetiva, que dispensa a prova de dolo ou culpa e que só tem vez, no direito pátrio, na excepcionalidade apontada.

No caso da Ação Penal nº 470 (STF), o tema permeou os debates e alcançou o Acórdão. O voto condutor do ministro relator mencionou expressamente a teoria controversa: “o direito comparado favorece o reconhecimento do dolo eventual, merecendo ser citada a doutrina da cegueira deliberada construída pelo direito anglo-saxão (*‘willful blindness doctrine’*). Para configuração da cegueira deliberada em crimes de lavagem de dinheiro, as Cortes norte-americanas têm exigido, em regra, (1) a ciência do agente quanto à elevada probabilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos provenham de crime, (2) o atuar de forma indiferente do agente a esse conhecimento, e (3) a escolha deliberada

do agente em permanecer ignorante a respeito de todos os fatos, quando possível a alternativa”; “embora se trate de construção da ‘common law’, o Supremo Tribunal Espanhol, corte da tradição da ‘civil law’, acolheu a doutrina em questão na ‘Sentencia 22/2005’, em caso de lavagem de dinheiro, equiparando a cegueira deliberada ao dolo eventual, também presente no direito brasileiro.”

A crítica maior que se faz à adoção desse novo entendimento esposado pelo Supremo é a insegurança gerada, ao se erigir indício à condição de prova, podendo resultar em uma decisão discutível, que toma a verdade suficiente por verdade real. É essa a causa de tanta controvérsia sobre essa teoria, mesmo nos Estados Unidos, onde ela se originou, como também na Europa, onde se propagou.

Ora, se alhures a aceitação da tese está longe de ser pacífica, aqui, no Brasil, a ideia de eventuais condenações baseadas em mera probabilidade não se coaduna com os valores constitucionais abraçados. Tanto é assim, que, durante o julgamento do mensalão, o ministro Marco Aurélio Mello exprimiu sua preocupação: “Preocupa-me sobremaneira o diapasão que se está dando ao tipo lavagem de dinheiro”; (...) “Assusta-me brandir que, no caso da lavagem de dinheiro, contenta-se o ordenamento jurídico com o dolo eventual”. O ministro Gilmar Mendes, comungando da mesma inquietude, afirmou que é preciso haver prova do dolo, mas ressaltou que, já que essa só é possível mediante confissão, a situação precária do PT, na época dos fatos, deveria ser tida por evidência da origem do dinheiro, sob pena de deixar aberta a porta para a impunidade.

Não é só no meio jurídico e empresarial que essa teoria adotada pelo STF, no Acórdão da Ação Penal nº 470, causa receio. O mundo financeiro também se viu sobressaltado diante da nova perspectiva, que aumenta as chances de condenação dos acusados de lavagem de dinheiro, em função de uma maior amplitude em relação à responsabilidade penal de executivos de bancos que agora, em tese, poderiam ser punidos por omissão, se faltarem com o “dever de cuidado”, deixando de cumprir regras a ele relacionadas. Isso faz com que os bancos tenham aumentados tanto os riscos, quanto os custos. Nesse passo, o julgamento do mensalão foi visto por muitos como maléfico para a sociedade, uma vez que priorizou o alcance de solução política, em detrimento de importantes regras de

direito, dando ensejo a perigoso precedente. Na prática, isso poderia prejudicar certas instituições que teriam dificuldade em abrir contas bancárias, como as igrejas, por exemplo, já que não valeria a pena a assunção do risco de ter responsabilizado penalmente um diretor de estabelecimento bancário, sendo mais prudente selecionar os possíveis clientes a partir de critérios mais rigorosos.

Concluindo, pode-se dizer que o delito da lavagem de dinheiro, crime multifacetado que é, vem crescendo e ganhando dimensões sempre maiores e mais complexas, principalmente em função das novas técnicas, tanto para perpetrá-lo, quanto para trampolinar seu controle e sua punição. O desenvolvimento por ele alcançado torna necessária a cooperação internacional entre as nações, em prol de um combate efetivo. Essa necessidade explica as inovações legais e jurisprudenciais, porém nada justifica o abandono dos princípios basilares do nosso ordenamento jurídico. Os valores constitucionalmente acolhidos precisam ser respeitados. O mesmo se diga das normas caras ao direito penal. Aplaudam-se as conquistas que nos libertam desses criminosos sorrateiros, mas que elas não acabem por, a pouco e pouco, nos levar à luta pela reconquista de direitos e garantias fundamentais.

BIBLIOGRAFIA:

<http://clippingmp.planejamento.gov.br/cadastros/noticias/2013/4/26/a-inovacao-da-cegueira-deliberada-pelo-supremo>

<http://www.jfrn.gov.br/institucional/biblioteca/doutrina/Doutrina268-alguns-apontamentos-nova-lei-lavagem-dinheiro.pdf>

http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8425

<http://www.conjur.com.br/2013-jun-06/stj-ordena-google-quebre-sigilo-mails-guardados-eua>

O SISTEMA FALIMENTAR AMERICANO: UMA BREVE ANÁLISE DO INSTITUTO DA REORGANIZATION (CHAPTER 11)

Vinícius de Novais Gertulino - Mestrando em Direito Comercial na USP, Especialista em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Sócio de AWA Advogados.

1) INTRODUÇÃO

O Congresso americano usou seu poder constitucional para estabelecer leis uniformes sobre falência quando passou estatutos de falência temporários em 1800, 1841 e 1867. Cada um destes estatutos foi revogado poucos anos depois de sua promulgação. Apenas no final do século XIX, que o Congresso aprovou uma legislação falimentar uniforme e permanente. Não obstante, apesar de suas origens na indústria de crédito, a *Bankruptcy Act* de 1898 era uma lei pró-devedor¹.

Por volta de 1970, o Congresso americano estabeleceu uma Comissão para estudar seu sistema concursal e abordar a equidade das leis falimentares². Em resposta ao relatório dessa Comissão, o Congresso aprovou a *Bankruptcy Reform Act* de 1978.

¹ Bak, Thomas, Golmant, John and Woods, James A., A Comparison of the Effects of the 1978 and 2005 Bankruptcy Reform Legislation (2007). 2nd Annual Conference on Empirical Legal Studies Paper. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1010771>, p.2

² “Bankruptcy filings rose steadily following World War II, growing from an all-time low of 10,196 in 1946 to reach 100,000 for the first time in 1959. By 1970, bankruptcy filings were hovering around 200,000.” Bak, Thomas, Golmant, John and Woods, James A., A Comparison of the Effects of the 1978 and 2005 Bankruptcy Reform Legislation (2007). 2nd Annual Conference on Empirical Legal Studies Paper. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1010771>, p.4

Em sequência, foi alterado o *Bankruptcy Act* de 1978 pelo *Bankruptcy Reform Act* de 1994, o qual incluía medidas “destinadas a agilizar o procedimento do concurso, padronizando as custas, com a finalidade de incrementar a desoneração da propriedade privada e do imóvel destinado à residência da família do devedor (*homestead*)”³.

Durante o ano de 2005 mais uma reforma foi inserida no sistema concursal americano pelo *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act* (BAPCPA), com o objetivo de, principalmente, ajudar americanos comuns que tinham acumulado dívidas devido à perda do emprego, despesas médicas inesperadas e incidentes semelhante, bem como alterar a tendência em ver o sistema falimentar como meio para os devedores escaparem a seus encargos financeiros ⁴.

O *Bankruptcy Code*, atualmente, compõe o Título 11 do *United States Code* (U.S.C) e é complementado por regras procedimentais emanadas da Suprema Corte denominadas de *Bankruptcy Rules*.

O sistema atual de falência americano decorreu diretamente do sistema capitalista, único nos Estados Unidos, que premia o empreendedorismo, bem como os extensos gastos dos consumidores. Dentro desse contexto, o perdão das dívidas, tanto pessoais quanto empresariais, é visto pelos americanos como crucial para manter uma economia vibrante.

Nesse sentido, a fim de incentivar as pessoas a continuarem atividades empresariais, foi desenvolvida uma cultura jurídica de tolerância para o não pagamento. Faz sentido, assim, que uma sociedade sempre apegada a ideia de criar uma economia competitiva tenha um sistema de falência pessoal mais tolerante. Com isto, se mantém o consumo elevado e um sistema de reorganização de negócios igualmente indulgente, incentivando a assunção de riscos e o crescimento econômico⁵.

Essa diferença histórica e econômica é um dos motivos que ajudam a

³ FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Raquel. Falência e recuperação da empresa em crise. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 225

⁴ Bak, Thomas, Golmant, John and Woods, James A., A Comparison of the Effects of the 1978 and 2005 Bankruptcy Reform Legislation (2007). 2nd Annual Conference on Empirical Legal Studies Paper. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=101077>, 1p.14

⁵ MARTIN, Nathalie. The Role of History and Culture in Developing Bankruptcy and Insolvency Systems: The Perils of Legal Transplantation (2005). Boston College International and Comparative Law Review, Vol. 28, No. 2, 2005. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1444531>, p. 3.

explicar porque tanto o sistema falimentar pessoal como o empresarial são mais tolerantes com o devedor do que aqueles acatados em outros sistemas jurídicos.

Fazendo referência ao estudo desenvolvido pelo professor David Skeel, NATHALIE MARTIN relata que o sistema falimentar americano se diferencia muito daqueles desenvolvidos em outros países também em razão de dois fatores⁶.

O primeiro, diz respeito ao papel único da política partidária no processo de aprovação do sistema falimentar americano, assinalando que desde o início deste processo, os Republicanos geralmente representam os interesses dos credores enquanto os Democratas aqueles do devedor. Como resultado dessas diferentes perspectivas por parte dos legisladores, a lei desenvolveu um sistema complexo que equilibra tanto os interesses do devedor como dos credores.

O segundo, diz respeito ao papel exclusivo dos advogados nos procedimentos falimentares. Nesses processos os advogados desempenham um proeminente papel tanto na formação como em perpetuar o sistema falimentar americano.

Depreende-se, assim, que uma série de características únicas criou o sistema falimentar americano. Estas características incluem um forte desejo da sociedade em criar uma economia comercial, com uso extensivo do crédito, acrescido do desejo de equilibrar os interesses do credor e do devedor no desenvolvimento da lei, a par de um sistema político bipartidário único que ajudou a criar esse equilíbrio, atribuindo um papel relevante, altamente incomum, dos advogados no decurso do processo de falência⁷.

2) OS CAPÍTULOS DISCIPLINADOS PELO BANKRUPTCY CODE.

No tocante à sua formatação, o Bankruptcy Code é dotado de nove capítulos, divididos em mais de 1.500 parágrafos, e inúmeras subdivisões.

⁶ MARTIN, Nathalie. Common-law bankruptcy systems: similarities and differences. 11 Am. Bankr. Inst. L. Rev. 367, 2003, p 409.

⁷ MARTIN, Nathalie. The Role of History and Culture in Developing Bankruptcy and Insolvency Systems: The Perils of Legal Transplantation (2005). Boston College International and Comparative Law Review, Vol. 28, No. 2, 2005. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1444531>, p. 13

Destaca-se aqui uma preocupação desse diploma legal voltada a precisão terminológica, a qual possui inclusive um parágrafo exclusivo dentro do Capítulo 1, com mais de 50 subdivisões. E isto apenas para tratar das definições e conceitos terminológicos utilizados nos demais capítulos.

As primeiras regras do Bankruptcy Code estão estabelecidas em seu Capítulo 1, que traz disposições de caráter geral e destinam-se a tratar de definições, regras de interpretação, formas de aplicação dos demais capítulos, descrição daqueles que podem ser devedores bem como das penalidades para as pessoas que por negligência ou fraudulentamente iniciarem qualquer um dos procedimentos previsto no Bankruptcy Code.

Com relação à figura do devedor, destacam-se dois pontos dentro deste capítulo. O primeiro diz respeito ao impedimento que alguns devedores possuem para iniciar qualquer um dos procedimentos previstos nos demais capítulos. Nesse sentido, um devedor não pode iniciar qualquer um dos procedimentos concursais, se durante os 180 dias anteriores ao pedido: tiver sido indeferido um pedido de liquidação ou reorganização devido a uma falha intencional do devedor para comparecer perante o juízo; o devedor solicitou e obteve a destituição voluntária do caso após a apresentação de um pedido de alívio para a suspensão automática (automatic stay⁸) fornecida pelo § 362 do Bankruptcy Code⁹.

O segundo ponto de destaque dentro deste capítulo é o conceito de devedor insolvente presente na norma do § 101 (32) do Bankruptcy Code.

Conforme a lição RUBENS REQUIÃO, a insolvência é um fato que geralmente se deduz da insuficiência do patrimônio do devedor para o pagamento de suas dívidas. Nesse sentido, o devedor que se utilizou

⁸ É uma medida automática que suspende as ações por parte dos credores, com algumas exceções, para a cobrança de dívidas de um devedor. Nos termos do § 362 do *Bankruptcy Code*, a suspensão começa no momento em que o pedido é registrado, após a *Order for relief*. Os credores garantidos podem, contudo, requerer ao juízo, mediante um pedido fundamentado, o alívio da suspensão automática.

⁹ 11 U.S.C. §§ 109(g). No mesmo sentido “no individual may be a debtor under chapter 7 or any chapter of the Bankruptcy Code unless he or she has, within 180 days before filing, received credit counseling from an approved credit counseling agency either in an individual or group briefing. 11 U.S.C. §§ 109, 111. There are exceptions in emergency situations or where the U.S. trustee (or bankruptcy administrator) has determined that there are insufficient approved agencies to provide the required counseling. If a debt management plan is developed during required credit counseling, it must be filed with the court”. Bankruptcy Judges Division of Administrative Office of the United States Courts, *Bankruptcy Basics* (November 2011, Revised Third Edition), disponível em: <http://www.uscourts.gov/Viewer.aspx?doc=/uscourts/FederalCourts/BankruptcyResources/bankbasics2011.pdf>, p.15.

de crédito e está em condições de solver as obrigações contraídas é considerado solvente; ao passo que, aquele que se encontra na impossibilidade de fazê-lo é chamado de insolvente¹⁰.

Existem diversos critérios, adotados pela doutrina e pelas legislações, para determinar o estado de insolvência do devedor, sendo os mais relevantes: (I) o do estado patrimonial deficitário; (II) o da cessão de pagamentos; (III) da impontualidade; e (IV) de atos enumerados em lei.

De maneira sumária, o sistema do estado patrimonial deficitário propõe uma investigação da condição financeira deficitária do patrimônio do devedor, traduzindo-se pela sua insuficiência patrimonial, ou seja, o seu patrimônio apresenta-se insuficiente para satisfazer as suas dívidas¹¹.

Pelo sistema da cessão de pagamentos, o devedor que cessa os pagamentos de suas obrigações demonstra-se insolvente, estando assim apto a ser declarado judicialmente falido¹².

Na sequência, o sistema da impontualidade consiste no não pagamento de dívida líquida no vencimento, não importando que o devedor esteja, em suas finanças, apenas em crise de liquidez, ou seja, é irrelevante que seu ativo seja superior ao passivo, necessitando o devedor, para afastar o estado de insolvência, que o não pagamento seja motivado¹³.

Por fim, o sistema da enumeração legal é aquele em que a lei enumera

¹⁰ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito falimentar. V. 1. Falência. 4ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 56

¹¹ CAMPINHO, Sérgio. Falência e recuperação de empresa: O novo regime da insolvência empresarial. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p.204. Demonstrando a dificuldade na aplicação desse critério RUBENS REQUIÃO relata que “quando evidente a dificuldade da demonstração ou prova, pelo credor, dessa situação deficitária, teria este que ingressar no âmbito dos negócios do devedor, inquisitoriamente, para avaliar sua insolvabilidade, comprovando preliminarmente o fato de ser seu patrimônio, isto é, o seu ativo, insuficiente para cobrir suas dívidas, ou seja, o passivo.” REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito falimentar. V. 1. Falência. 4ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 57

¹² Tal sistema foi adotado inicialmente pela legislação francesa, inspirando posteriormente o Código Comercial brasileiro de 1850, dispondo seu art. 797 que “todo o comerciante que cessa os seus pagamentos, entende-se quebrado ou falido”. Contudo, tendo em vista que esse sistema se baseia em uma questão de fato, ele é de difícil aplicação. Nesse sentido é a lição de VERA HELENA DE MELLO FRANCO e RAQUEL SZTAJN “Esse critério, anteriormente acatado pelo código de comércio dos franceses, todavia, era de difícil aplicação prática, pois faltavam parâmetros seguros para indicar o que se deveria entender por cessão de pagamento: o não-pagamento de uma ou várias dívidas seria suficiente ou era necessário demonstrar, como exigia a jurisprudência francesa, que tivesse lugar uma situação financeira ‘sem saída’?”. FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Raquel. Falência e recuperação da empresa em crise. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 11.

¹³ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito falimentar. V. 1. Falência. 4ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 60

uma série de atos, denominados atos de falência, aptos a denunciar a existência de dificuldades econômicas do devedor.

A norma do § 101 (32) do Bankruptcy Code não adotou um sistema único para a caracterização da insolvência, acatando um sistema misto, levando em conta para sua definição a pessoa do devedor. Nesse sentido se o devedor for uma entidade que não seja uma partnership ou uma municipalidade, este se encontrará insolvente se estiver em uma situação financeira de tal forma que a soma de suas dívidas seja superior ao seu ativo, devidamente avaliado, excluindo: as propriedades transferidas, escondidas, ou removidas com a intenção de prejudicar, retardar ou fraudar credores; e as propriedades que podem ser dispensadas da propriedade da massa sob a seção 522 do Capítulo 5¹⁴.

No caso de o devedor ser uma partnership, esta se encontrará em situação de insolvência caso sua situação financeira esteja de tal forma que a soma de suas dívidas seja maior que o conjunto, em uma avaliação justa, de todas as suas propriedades, excluindo aquelas previstas em lei¹⁵.

Por último, com referência a uma municipalidade, esta se encontrará em uma situação de insolvência caso sua condição financeira esteja de tal forma que normalmente não esteja pagando suas dívidas no vencimento, a menos que essas dívidas sejam objeto de uma disputa de boa-fé (bona fide dispute); ou não seja capaz de pagar suas dívidas no vencimento¹⁶.

O Capítulo 3 regula, entre outras coisas, a instauração de ações envolvendo a liquidação ou reorganização do devedor, seja ela iniciada de forma voluntária (pelo próprio devedor) ou involuntária (pelos credores ou demais interessados); as partes oficiais envolvidas nos casos; e a administração judicial.

Dentro deste capítulo esta a previsão daquele que será o responsável pela administração dos diversos procedimentos concursais, denominado trustee. Ele é um agente indicado pelo United States Trustee (US Trustee) para a administração do caso nos Capítulos 7,12 e 13 ou pela assembleia geral de credores no Capítulo 11, naqueles casos em que o devedor é afastado da condução de seus negócios.

¹⁴ 11 U.S.C §101 (32)(A)

¹⁵ 11 U.S.C §101 (32)(B)

¹⁶ 11 U.S.C §101 (32)(C)

O United States Trustee (US Trustee), responsável pela indicação do trustee nos Capítulos 7, 12 e 13, é um órgão relacionado ao Departamento de Justiça e tem como principal dever exercer as funções administrativas relacionadas aos diversos procedimentos concursais¹⁷. Sua previsão legal não se encontra abarcada pelo Bankruptcy Code, mas sim pelo Título 28 do United States Code (U.S.C), denominado de “Judiciário e Procedimento Judicial”, em sua Parte II (Departamento de Justiça), no Capítulo 39, parágrafos 581 a 589 (b).

Nos termos do § 321 do Bankruptcy Code uma pessoa, física ou jurídica, somente poderá servir como trustee em um caso se: for um indivíduo que é competente para desempenhar as funções de administrador e, em um caso sob os Capítulos 7, 12 ou 13, resida ou tenha um escritório no distrito judicial em que o processo está pendente, ou em qualquer distrito judicial adjacente a tal distrito; ou for uma empresa autorizada por seu contrato ou estatuto social para atuar como trustee, e, em um caso sob os Capítulos 7, 12 ou 13, tenha um escritório em pelo menos um desses distritos¹⁸.

Além da figura do trustee, o Capítulo 3 conta ainda com disposições referentes à assembleia geral de credores. Em qualquer um dos diversos procedimentos concursais previsto no Bankruptcy Code, a assembleia geral de credores ou de “equity security holders” é convocada, dentro de um prazo razoável¹⁹ após a entrada do pedido, e presidida pelo US Trustee. A assembleia geral de credores é obrigatória enquanto que uma assembleia de “equity security holders” é facultativa.

Contudo, o juízo mediante um pedido fundamentado de uma parte interessada e depois de um aviso e de uma audiência, poderá ordenar que US Trustee não convoque uma assembleia geral de credores, se o devedor apresentou um plano sobre qual solicitou aceitação antes do início do procedimento²⁰.

¹⁷ Os distritos judiciais do Alabama e da Carolina do Norte não participam do sistema do *US Trustee*. Nesses estados os *bankruptcy administrators* exercem funções similares àquelas praticadas pelo *US trustee*.

¹⁸ 11 U.S.C § 321 (a)

¹⁹ “*Bankruptcy Rules – Rule 2003 - (a) Date and Place*. Except as otherwise provided in § 341(e) of the Code, in a chapter 7 liquidation or a chapter 11 reorganization case, the United States trustee shall call a meeting of creditors to be held no fewer than 21 and no more than 40 days after the order for relief. In a chapter 12 family farmer debt adjustment case, the United States trustee shall call a meeting of creditors to be held no fewer than 21 and no more than 35 days after the order for relief. In a chapter 13 individual’s debt adjustment case, the United States trustee shall call a meeting of creditors to be held no fewer than 21 and no more than 50 days after the order for relief. If there is an appeal from or a motion to vacate the order for relief, or if there is a motion to dismiss the case, the United States trustee may set a later date for the meeting.”

²⁰ 11 U.S.C § 341 (e)

De maneira geral, a pauta desta assembleia deve incluir a análise do devedor, que estará sob juramento, e, num caso de liquidação sob o Capítulo 7, pode incluir a eleição de um comitê de credores e, se o caso não está sob o subcapítulo V (§§ 781–784) do Capítulo 7, a eleição de um trustee. O juiz do caso não pode presidir ou participar das assembleias gerais de credores.

O Capítulo 5, por seu turno, cuida dos credores e seus créditos; trata dos direitos e deveres do devedor; e contém disposições acerca da massa falida objetiva.

Duas disposições merecem destaque neste capítulo. A primeira diz respeito à figura da Discharge. Esta é uma ordem que libera o devedor da responsabilidade pessoal para certos tipos específicos de dívidas. Em outras palavras, o devedor já não é mais legalmente obrigado a pagar tais dívidas. Além disso, ela é uma ordem permanente que proíbe os credores de tomar qualquer tipo de ação sobre as dívidas liberadas, seja por meios judiciais ou extrajudiciais de cobrança²¹.

O momento da ocorrência da discharge varia de acordo com o capítulo em que o procedimento é registrado²².

O segundo ponto de destaque presente neste capítulo diz respeito a possibilidade de revogação das transferências ou obrigações praticadas anteriormente ao início do procedimento concursal. Tal disposição está prevista na norma do §548 do Bankruptcy Code, denominado de “Fraudulent transfers and obligations”.

Tais disposições referem-se à Ação Revocatória Falimentar, que no

²¹ Bankruptcy Judges Division of Administrative Office of the United States Courts, Bankruptcy Basics (November 2011, Revised Third Edition), disponível em: <http://www.uscourts.gov/Viewer.aspx?doc=/uscourts/FederalCourts/BankruptcyResources/bankbasics2011.pdf>, p.9.

²² “In a chapter 7 (liquidation) case, for example, the court usually grants the discharge promptly on expiration of the time fixed for filing a complaint objecting to discharge and the time fixed for filing a motion to dismiss the case for substantial abuse (60 days following the first date set for the 341 meeting). Typically, this occurs about four months after the date the debtor files the petition with the clerk of the bankruptcy court. In individual chapter 11 cases, and in cases under chapter 12 (adjustment of debts of a family farmer or fisherman) and 13 (adjustment of debts of an individual with regular income), the court generally grants the discharge as soon as practicable after the debtor completes all payments under the plan. Since a chapter 12 or chapter 13 plan may provide for payments to be made over three to five years, the discharge typically occurs about four years after the date of filing”. Bankruptcy Judges Division of Administrative Office of the United States Courts, Bankruptcy Basics (November 2011, Revised Third Edition), disponível em: <http://www.uscourts.gov/Viewer.aspx?doc=/uscourts/FederalCourts/BankruptcyResources/bankbasics2011.pdf>, p.9.

direito brasileiro encontra sua previsão nos art. 129, que contempla os atos ineficazes perante a massa, e no art. 130, que contempla os atos revogáveis, ambos da Lei 11.101/2005.

A ação revocatória falimentar tem como origem a ação pauliana do direito romano²³. A tutela da revocatória, na lição de RICARDO TEPEDINO “surge como um instrumento de recomposição da garantia patrimonial erodida por atos do devedor quando já tinha razões para suspeitar de sua queda”²⁴.

Nesse contexto, o §548 do Bankruptcy Code permite ao trustee revogar qualquer transferência ou obrigação que foi realizada ou incorrida pelo devedor dentro de dois anos anteriores ao início do procedimento concursal, se o devedor voluntaria ou involuntariamente: fez essa transferência ou incorreu em tal obrigação com a intenção de impedir, atrasar ou fraudar qualquer credor para a qual era ou tornou-se, endividado; recebeu menos do que um valor razoável em troca de tal transferência ou obrigação; era insolvente na data em que a transferência foi feita ou a obrigação foi constituída, ou se tornou insolvente como resultado de tal fato; estava envolvido, ou estava prestes a se envolver, em um negócio ou em uma transação para que qualquer propriedade remanescente com o ele fosse de um capital excessivamente pequeno; pretende incorrer, ou acredita que incorreria, em dívidas que seriam além de sua capacidade para pagá-las no momento de seu vencimento; e fez tal transferência ou incorreu em tal obrigação em benefício de um insider no âmbito de um contrato de trabalho e não no curso normal dos negócios²⁵.

²³ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito falimentar. V. 1. Falência. 4ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 190-191; TEPEDINO, Ricardo. Comentários à Lei de Recuperação de empresas e Falência. Paulo F.C. Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão (coords.), São Paulo: Saraiva, 2005, p.342. Com entendimento diverso YUSSEF SAID CAHALI afirma que “é certo que os comercialistas procuram vincular a revocatória falencial ao direito romano, no que este assegurava, através do *curator bonorum*, pela pauliana e pelo interdito restitutivo, a possibilidade de serem recuperados os bens saídos do patrimônio do devedor. Historicamente, porém, as origens da revocatória falência passaram a ser identificadas nos estatutos comerciais das Comunas italianas. Naqueles estatutos, pressentiu-se a necessidade de uma perquirição mais rigorosa a respeito dos atos praticados pelo comerciante em um período precedente à falência; a questão estava na determinação de forma precisa e adequada para tornar efetivo aquele rigor, na medida em que dois interesses se punham em confronto.” CAHALI, Yussef Said. Fraudes contra credores: fraude contra credores, fraude à execução, ação revocatória falencial, fraude à execução fiscal e fraude à execução penal. 4.ed.rev.e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 516

²⁴ TEPEDINO, Ricardo. Comentários à Lei de Recuperação de empresas e Falência. Paulo F.C. Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão (coords.), São Paulo: Saraiva, 2005, p.342

²⁵ 11 U.S.C § 548 (a).

O disposto na norma do §548 (b) do Bankruptcy Code, por sua vez, acrescenta que o administrador de uma partnership devedora poderá evitar qualquer transferência ou obrigação de interesse do devedor, que foi feita ou incorrida dentro de 2 anos anteriores à data de início do procedimento concursal, a um sócio em geral do devedor, se o devedor era insolvente na data em que tal transferência foi feita ou tal obrigação foi constituída, ou se tornou insolvente, como resultado de tal fato²⁶.

A partir do Capítulo 7 o Bankruptcy Code passa a disciplinar os institutos destinados ao tratamento do devedor em crise, sendo que cada um desses procedimentos possui uma finalidade própria ou envolvem sujeitos diversos.

Iniciando pelo Capítulo 7, denominado de “Liquidation”, este procedimento é destinado aos casos em que a situação de crise do devedor não for passageira. Neles o juízo nomeará um trustee, que organizará a venda dos ativos do devedor. Os rendimentos dessa venda serão distribuídos aos credores de acordo com uma regra de prioridade absoluta²⁷, o que implica que os credores de uma classe inferior não receberão qualquer pagamento até que os créditos de uma classe superior sejam integralmente pagos.

Nos procedimentos iniciados sob este Capítulo, o US Trustee, após a

²⁶ 11 U.S.C § 548 (b).

²⁷ O pagamento dos credores deverá ser realizado na seguinte ordem: **1)** Os credores com garantia. Nesses casos, durante a arrecadação e liquidação dos bens, o *trustee* pode decidir entregar o bem dado em garantia para o devedor ou aliená-lo e pagar ao credor a quantia a ele devida. **2)** Os créditos prioritários (§ 507) na seguinte ordem: **(I)** Obrigações de apoio doméstico e determinadas despesas administrativas da propriedade (§ 507 (a) (1)); **(II)** As despesas administrativas da propriedade (§ 507 (a) (2)); **(III)** Custos ordinários pelas despesas profissionais em casos de pedido involuntários (§ 507 (a) (3)); **(IV)** Salários recebidos no prazo de 180 dias anteriores a apresentação do pedido (ou cessação da atividade) até cerca de US \$ 10.000 dólares por empregado (§ 507 (a) (4)); **(V)** Contribuições aos planos de benefícios a empregados incorridos no prazo de 180 dias anteriores a apresentação do pedido (ou cessação de atividade), sujeito a uma fórmula prescrita (§ 507 (a) (5)); **(VI)** Débitos para com os agricultores e pescadores, até cerca de US \$ 4.000, por grãos e peixes comprados (§ 507 (a) (6)); **(VII)** Depósitos de consumo, até cerca de 1.800 dólares, decorrente de depósito, antes do início do caso, de dinheiro em conexão com aquisição, arrendamento ou locação de bens, ou aquisição de serviços, que não foram entregues ou fornecidos. (§ 507 (a) (7)); **(VIII)** Impostos, sujeitos a certas limitações de tempo (§ 507 (a) (8)); **(IX)** Débitos para com o FDIC (*Federal depository institutions regulatory agency*) e afins por bancos e outras instituições depositárias (§ 507 (a) (9)); **(X)** Lesões pessoais ou danos de morte por negligência de condução, passeios de barco, ou voar quando intoxicado por uso de álcool, droga ou outra substância (§ 507 (a) (10)) **3)** Créditos não garantidos admitidos e arquivados dentro do prazo para habilitação (ou depois, mas de forma justificada) (§ 726 (a) (2)) **4)** Créditos não garantidos admitidos e arquivado de forma intempestiva (§ 726 (a) (3)); **5)** Multas, penalidades, danos e indenizações punitivas (§ 726 (a) (4)) **6)** O pagamento de juros à taxa legal a partir da data da apresentação da petição. **7)** Devedor leva o restante (§ 726 (a) (6))

entrada do pedido, irá nomear uma pessoa como trustee temporário, o qual permanecerá no cargo até que a assembleia geral de credores eleja um novo responsável para a administração do caso.

Será considerado eleito o trustee²⁸ em uma assembleia geral de credores que for eleito por credores titulares de pelo menos 20 por cento do montante dos créditos não garantidos, que são detidos por credores legitimados a votar, nos termos do § 702 (a)²⁹, bem como que tal candidato receba os votos dos credores titulares de uma maioria no montante dos créditos especificados na subseção (a)(1) do § 702.

Se um novo trustee não for eleito na assembleia geral de credores, o trustee interino deve servir como administrador no caso.

Ao contrário do que se dá no procedimento de reorganização previsto no Capítulo 11, nesse procedimento o comitê de credores é um órgão facultativo que poderá ser constituído na assembleia geral de credores por eleição dos próprios credores. Esse comitê poderá ser composto de não menos do que três, e não mais do que onze credores, cada um dos quais detém um crédito não segurado que permite uma espécie de direito de distribuição sob o § 726 do Bankruptcy Code.

Caso seja constituído, o comitê de credores terá as seguintes atribuições: consultar o trustee ou o US Trustee responsável pela administração da massa; fazer recomendações para o trustee ou o US Trustee; e submeter para o juízo ou para o US Trustee qualquer questão que afete a administração da massa³⁰.

O Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act (BAPCPA) de 2005 restringiu a admissibilidade de dívidas não comerciais neste procedimento previsto no Capítulo 7³¹. Por esse motivo, vários especialistas

²⁸ 11 U.S.C § 702 (c).

²⁹ “11 U.S.C § 702 (a) A creditor may vote for a candidate for trustee only if such creditor: (1) holds an allowable, undisputed, fixed, liquidated, unsecured claim of a kind entitled to distribution under section 726(a)(2), 726(a)(3), 726(a)(4), 752(a), 766(h), or 766(i) of this title; (2) does not have an interest materially adverse, other than an equity interest that is not substantial in relation to such creditor’s interest as a creditor, to the interest of creditors entitled to such distribution; and (3) is not an insider.”

³⁰ “11 U.S.C § 705 (b).

³¹ “Amendments to the Bankruptcy Code enacted in to the Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005 require the application of a “means test” to determine whether individual consumer debtors qualify for relief under chapter 7. If such a debtor’s income is in excess of certain thresholds, the debtor may not be eligible for chapter 7 relief.” Bankruptcy Judges Division of Administrative Office of the

anteciparam um aumento no registro de casos de liquidação antes de sua entrada em vigor em 17 de outubro de 2005. Em setembro e outubro de 2005 os pedidos de liquidação atingiram níveis recordes. Em outubro de 2005, foram apresentadas cerca de 630.443 mil petições, 389.678 mil a mais que no mês de setembro de 2005. Em seguida, tendo em vista a pressa dos devedores em apresentarem seus pedidos nos moldes da lei antiga, veio o colapso nos pedidos. Em novembro de 2005 estabeleceu-se um novo recorde, mas dessa vez por falta de registro, com apenas 14.305 mil. O número de devedores que buscaram proteção no Juízo Falimentar foi um dos mais baixos dos últimos 25 anos³².

O *Bankruptcy Code* possui também um capítulo exclusivo destinado à reorganização da municipalidade³³. Trata-se do procedimento denominado "*Adjustment of Debts of a Municipality*", cuja previsão encontra-se em seu Capítulo 9.

A particularidade, aqui, reside no fato de que apenas a municipalidade e aqueles entes especificamente autorizados por lei são legitimados para dar início a este procedimento, que tem como objetivo fornecer ao devedor que se encontra com problemas financeiros proteção contra seus credores enquanto ele desenvolve e negocia um plano para a reorganização de suas dívidas. A reorganização das dívidas de uma municipalidade é normalmente realizada tanto por estender os vencimentos da dívida, como reduzindo o valor da dívida principal ou dos juros ou ainda mediante um refinanciamento da dívida através da obtenção de um novo empréstimo³⁴.

Um dos procedimentos mais utilizados no sistema falimentar americano encontra-se no Capítulo 11, e é denominado "*Reorganization*". Este capítulo é utilizado normalmente por empresas que desejam continuar com suas atividades e pretendem pagar suas dívidas de acordo com um plano de recuperação aprovado judicialmente³⁵.

United States Courts, *Bankruptcy Basics* (November 2011, Revised Third Edition), disponível em: <http://www.uscourts.gov/Viewer.aspx?doc=/uscourts/FederalCourts/BankruptcyResources/bankbasics2011.pdf>, p. 6-7.

³² Bak, Thomas, Golmant, John and Woods, James A., *A Comparison of the Effects of the 1978 and 2005 Bankruptcy Reform Legislation* (2007). 2nd Annual Conference on Empirical Legal Studies Paper. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1010771>, p. 15-16

³³ "11 U.S.C § 101. (40) The term 'municipality' means political subdivision or public agency or instrumentality of a State."

³⁴ *Bankruptcy Judges Division of Administrative Office of the United States Courts, Bankruptcy Basics* (November 2011, Revised Third Edition), disponível em: <http://www.uscourts.gov/Viewer.aspx?doc=/uscourts/FederalCourts/BankruptcyResources/bankbasics2011.pdf>, p. 49.

³⁵ Maiores considerações sobre esse capítulo serão realizadas no tópico seguinte.

O *Bankruptcy Code* conta ainda com mais dois procedimentos voltados à reorganização do devedor. O primeiro, denominado de “*Adjustment of Debts of a Family Farmer or Fisherman with Regular Annual Income*”, esta previsto no Capítulo 12. Este é um procedimento em que o devedor (agricultores familiares e pescadores com renda regular) propõe um plano para o pagamento de suas dívidas ao longo de um período de tempo, em regra de três anos, salvo se o juízo aprovar um período maior, que não poderá ser superior a cinco anos.

O segundo procedimento encontra-se no Capítulo 13 e é denominado de “*Adjustment of Debts of an Individual With Regular Income*”. Ele permite que os indivíduos com renda regular desenvolvam um plano para o pagamento da totalidade ou de parte das suas dívidas. Sob este capítulo, os devedores propõem um plano de pagamento através de prestações aos credores ao longo de três a cinco anos. Se a renda mensal atual do devedor é inferior à média estadual, o plano será de três anos, salvo se o juízo, advindo um pedido fundamentado, aprovar um período maior³⁶.

Este capítulo oferece aos indivíduo soma série de vantagens em relação à liquidação prevista do Capítulo 7³⁷. Talvez a mais significativa seja a oportunidade conferida aos devedores de salvarem suas casas de serem executadas. Ao iniciarem um procedimento concursal no âmbito deste capítulo, os devedores podem parar o processo de execução da hipoteca e realizar o pagamento das parcelas inadimplentes no período de três e cinco anos após a aprovação do plano. Além disso, após o devido cumprimento do plano o devedor é liberado do pagamento de boa parte de suas dívidas, recebendo um *discharge* superior aquele previsto pelo Capítulo 7³⁸.

³⁶ Para uma visão mais detalhada do procedimento ver: Bankruptcy Judges Division of Administrative Office of the United States Courts, *Bankruptcy Basics* (November 2011, Revised Third Edition), disponível em: <http://www.uscourts.gov/Viewer.aspx?doc=/uscourts/FederalCourts/BankruptcyResources/bankbasics2011.pdf>, p.22 - 28.

³⁷ “BAPCPA’s supporters also may point to the increased role that chapter 13 has played in the new environment. Filings under chapter 13 in the first three months of 2007 averaged approximately 25,000. Before BAPCPA was implemented, the three month filings average for January 2005 through March 2005 was about 35,000. Chapter 13 filings thus did not decline as precipitously as chapter 7 filings, and have nearly returned to pre-BAPCAP levels. As a result of these two trends, chapter 13 filings now account for a larger percentage (almost 40 percent) of total bankruptcy filings than they did before the reform legislation, when they constituted about one quarter of total filings.” Bak, Thomas, Golmant, John and Woods, James A., *A Comparison of the Effects of the 1978 and 2005 Bankruptcy Reform Legislation* (2007). 2nd Annual Conference on Empirical Legal Studies Paper. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1010771>, p. 18

³⁸ CERZETTI, Sheila Cristina Neder. O papel dos credores no Bankruptcy Code. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. V.151/152. São Paulo: Malheiros. 2009, p.166

O último capítulo do *Bankruptcy Code* não se trata propriamente de um procedimento de reorganização ou liquidação. O Capítulo 15, novidade trazida pelo *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act* (BAPCPA) de 2005, e denominado de “*Ancillary and Other Cross-Border Cases*”, é a adoção doméstica do modelo da UNCITRAL para a Insolvência Transfronteira de 1997, e substituiu a antiga secção 304 do *Bankruptcy Code*³⁹.

O objetivo deste capítulo, e da Lei Modelo sobre o qual se baseia, é fornecer mecanismos eficazes para lidar com casos de insolvência envolvendo devedores, bens, credores e outras partes interessadas localizadas em mais de um país⁴⁰.

3) A REORGANIZATION (CAPÍTULO 11) E O DEVEDOR EM CRISE

O Capítulo 11 prevê a reorganização do devedor, geralmente envolvendo uma sociedade ou *partnership*. Nesses casos o devedor normalmente propõe um plano de reestruturação para manter sua empresa viva e pagar os credores ao longo de um determinado período. Este procedimento

³⁹ “A Section 304 previa a abertura, por meio do requerimento do representante estrangeiro devedor, de casos auxiliares aos processos de insolvência estrangeiros. Um processo auxiliar no âmbito da Section 304 não consistia em processo de insolvência completo e convencional (tal como era uma liquidation nos termos do Chapter 7 ou uma reorganization nos termos do Chapter 11, ambos do Bankruptcy Code), mas era um processo de escopo limitado que permitia que os juizes norte-americanos assistissem juizes estrangeiros na administração de processos de insolvência. A Section 304 continha uma série de diretrizes que os juizes norte-americanos deveriam seguir para decidir se deveriam ou não conceder a assistência requerida, que poderia envolver medidas, como impedir a abertura ou o prosseguimento de ações ou execuções contra um devedor ou determinar a submissão dos bens do falido (ou do produto de sua realização) ao representante estrangeiro. Essas diretrizes eram flexíveis: para conceder essa assistência, os juizes teriam que averiguar alguns aspectos do processo falimentar estrangeiro, tal como se os credores estavam sendo tratados adequadamente, se a distribuição de valores era feita substancialmente de acordo com o disposto na lei norte-americana e, o mais importante, se a comitas gentium – uma espécie de cortesia internacional, um misto de reciprocidade e conveniência – era observada”. FILHO, Paulo Fernando Campana; SATIRO, Francisco. A Insolvência Transnacional: para Além da Regulação Estadual e na Direção dos Acordos de Cooperação. In : TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SATIRO, Francisco (coord.). Direito das Empresas em Crise: Problemas e Soluções. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p.125-126.

⁴⁰ “11 U.S.C 1501 (a) The purpose of this chapter is to incorporate the Model Law on Cross-Border Insolvency so as to provide effective mechanisms for dealing with cases of cross-border insolvency with the objectives of: (1) cooperation between: (A) courts of the United States, United States trustees, trustees, examiners, debtors, and debtors in possession; and (B) the courts and other competent authorities of foreign countries involved in cross-border insolvency cases; (2) greater legal certainty for trade and investment; (3) fair and efficient administration of cross-border insolvencies that protects the interests of all creditors, and other interested entities, including the debtor; (4) protection and maximization of the value of the debtor’s assets; and (5) facilitation of the rescue of financially troubled businesses, thereby protecting investment and preserving employment. “

pode, igualmente, ser utilizado por empresários individuais, por pessoas físicas e também por consumidores.

Este procedimento começa com a apresentação de uma petição ao Juízo Falimentar específico que serve a área em que o devedor individual tem domicílio ou residência⁴¹ ou no local em que a sociedade ou *partnership* devedora tem o seu principal local de negócios ou onde estão localizados seus principais ativos.

O procedimento de reorganização pode ser iniciado por meio de um pedido voluntário, formulado pelo próprio devedor em crise, ou através de um pedido involuntário, formulado pelos credores. Nesse último caso, sempre que o devedor contar com mais de 12 credores, ao menos 3 credores sem garantia devem formular o pedido, os quais deverão ter, em conjunto, créditos no valor mínimo de 10 mil dólares. Caso o número de credores seja inferior a doze, um único credor cujo crédito alcance tal valor poderá solicitar a reorganização⁴².

Iniciado o procedimento, o *US Trustee* deve convocar uma assembleia geral de credores a ser realizada a não menos de 21 e não mais de 40 dias após a entrada do pedido (*Bankruptcy Rules – Rule 2003*).

Com o objetivo de proteger o devedor durante o procedimento de reorganização, este capítulo impõe uma suspensão automática que impede o pagamento do valor principal da dívida e dos juros, bem como impede que os credores garantidos executem suas garantias.

É permitido ao devedor ou seus administradores, na maioria dos casos,

⁴¹ Bankruptcy Judges Division of Administrative Office of the United States Courts, *Bankruptcy Basics* (November 2011, Revised Third Edition), disponível em: <http://www.uscourts.gov/Viewer.aspx?doc=/uscourts/FederalCourts/BankruptcyResources/bankbasics2011.pdf>, p.29.

⁴² “11 U.S.C § 303 (b) An involuntary case against a person is commenced by the filing with the bankruptcy court of a petition under chapter 7 or 11 of this title: (1) by three or more entities, each of which is either a holder of a claim against such person that is not contingent as to liability or the subject of a bona fide dispute as to liability or amount, or an indenture trustee representing such a holder, if such noncontingent, undisputed claims aggregate at least \$10,000 more than the value of any lien on property of the debtor securing such claims held by the holders of such claims; (2) if there are fewer than 12 such holders, excluding any employee or insider of such person and any transferee of a transfer that is voidable under section 544, 545, 547, 548, 549, or 724(a) of this title, by one or more of such holders that hold in the aggregate at least \$10,000 of such claims; 3) if such person is a partnership: (A) by fewer than all of the general partners in such partnership; or (B) if relief has been ordered under this title with respect to all of the general partners in such partnership, by a general partner in such partnership, the trustee of such a general partner, or a holder of a claim against such partnership; or (4) by a foreign representative of the estate in a foreign proceeding concerning such person.”

que permaneça na condução de seus negócios. Trata-se do sistema denominado *debtor in possession*. A norma do § 1.107 do *Bankruptcy Code* coloca o *debtor in possession* na posição de um fiduciário, com os mesmos direitos e poderes previstos a um *trustee* a cargo de um caso sob este capítulo.

Contudo, o poder que o devedor tem na administração de seus negócios não é ilimitado. Muitas vezes os administradores de uma sociedade são afastados nos casos envolvendo grandes companhias de capital aberto. Essa mudança geralmente é instigada pelos próprios credores da companhia⁴³.

O afastamento do devedor ou de seus administradores pode ser realizado após o início do procedimento, mas antes da confirmação do plano, por uma parte interessada ou mesmo pelo *US Trustee*. A norma do § 1.104 do *Bankruptcy Code*, exige, para que o pedido de afastamento possa ser concedido, seja ele baseado em um motivo justo, tal como fraude, desonestidade, incompetência ou má gestão dos negócios do devedor por sua administração, antes ou depois do início do caso; ou que a nomeação de um novo administrador para os negócios do devedor é do interesse dos credores, de quaisquer detentores de *equity security* ou da massa⁴⁴. Note-se, que o afastamento do devedor é medida que somente tem lugar diante a gravidade de seu comportamento ou do interesse das demais partes envolvidas.

Na hipótese de afastamento do devedor ou de seus administradores, em virtude da ocorrência de algum dos atos arrolados na norma do § 1.104, o Juízo Falimentar deverá ordenar a nomeação de um *trustee* para a administração do caso.

No intuito de facilitar a reorganização da atividade e manutenção da empresa, o devedor poderá obter um “*debtor-in-possession financing*”, tomando a forma de uma linha de crédito ou de um novo financiamento para despesas de rotina. As empresas normalmente apresentam seu pedido para a autorização de um “*debtor-in-possession financing*” ao mesmo tempo em que iniciam o procedimento de reorganização ou pouco depois⁴⁵.

⁴³ MATIN, Nathalie. Common-law bankruptcy systems: similarities and differences. 11 Am. Bankr. Inst. L. Rev. 367, 2003, p 391

⁴⁴ 11 U.S.C § 1104 (a)(1).

⁴⁵ “The debtor firm may also obtain debtor-in-possession financing, taking the form of a line of credit or

Para gerenciar o grande número de credores, e até mesmo de acionistas, que podem estar envolvidos na reorganização, o Bankruptcy Code prevê a nomeação obrigatória de um comitê formado por credores titulares de créditos não garantidos para representar os interesses das diferentes classes de créditos perante o Juízo Falimentar.

O critério para a escolha daqueles que representaram as diversas classes de credores está na norma do § 1.102 (b)(1) do Bankruptcy Code, competindo ao US Trustee a nomeação desse comitê, que deverá ser composto de pessoas que desejem ajudar e que detenham os sete maiores créditos sem garantia. Além disso, tal comitê também poderá ser organizado pelos próprios credores antes do início do caso, se esse comitê foi razoavelmente escolhido e é capaz de representar as diversas classes de créditos⁴⁶.

A pedido de uma parte interessada, o juízo poderá ordenar a nomeação de comitês adicionais de credores ou de equity security holders, se necessário, para assegurar a representação adequada das diferentes classes de créditos, devendo tais comitês serem apontados pelo US Trustee.

Como órgão auxiliar incumbê-lo, como ordena o § 1.103 (c) do Bankruptcy Code⁴⁷, consultar o trustee ou o devedor sobre a administração do caso; investigar os atos, condutas, ativos, passivos, a condição financeira do devedor, a operação de seus negócios e a conveniência da continuação se sua atividade, bem como qualquer outro assunto relevante para o caso ou para a formulação de um plano; participar da formulação de um plano, aconselhar aqueles por ele representados de suas determinações em relação a qualquer plano formulado, e obter quaisquer aceitação ou rejeição ao plano; solicitar a nomeação de um trustee nos casos de afastamento do devedor da administração de seus negócios; e executar quaisquer outros serviços que são do interesse das partes por ele representadas.

Contudo, em que pese à obrigatoriedade da nomeação de um comitê de credores, é possível que mediante um pedido devidamente fundamentado

new financing for routine business expenses. Firms typically file a motion for authorization of a DIP loan at the same time as the Chapter 11 petition or shortly thereafter.” HOTCHKISS, Edith S., JOHN, Kose , THORBURN, Karin S. ; MOORADIAN, Robert M., Bankruptcy and the Resolution of Financial Distress (January 2008). Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1086942>. p.12

⁴⁶ 11 U.S.C § 1.102 (b)(1)

⁴⁷ 11 U.S.C § 1.103 (c).

de uma parte interessada, em um caso em que o devedor é um pequeno empresário⁴⁸, o juízo ordene que o comitê de credores não seja nomeado⁴⁹.

Com relação ao plano de reorganização, a norma do § 1.121 do Bankruptcy Code permite que tal plano seja apresentado tanto pelo devedor, como também pelos credores ou ainda por qualquer outra parte interessada. Em linhas gerais, o plano deve mencionar, conforme o teor do § 1.123 do Bankruptcy Code, a classificação dos créditos, como cada classe de credores será tratada no âmbito do plano e o que cada classe de credores receberá em troca de seus créditos.

O responsável pela elaboração do plano de reorganização poderá separar livremente as diversas classes de credores que serão tratadas no âmbito do plano. Conforme observação de SHEILA CRISTINA NEDERCEREZETTI, alguns critérios destacados pela doutrina para a classificação das diversas classes de credores são: (I) créditos de naturezas distintas devem ser classificados separadamente; (II) créditos da mesma natureza devem ser classificados em conjunto, exceto nos casos em que o plano propõe tratamento distinto para eles; (III) a classificação de créditos de mesma natureza em classes diversas, em decorrência de tratamento diferenciado, não tenha ocorrido no intuito de garantir que no mínimo uma classe de credores aprove o plano de reorganização (cram down); e (IV) créditos são considerados de mesma natureza independentemente do interesse indireto que um credor possa ter⁵⁰.

Inicialmente há um período de exclusividade⁵¹ de 120 dias, prorrogáveis

⁴⁸ “11 U.S.C § 101 (51D) The term ‘small business debtor’: (A) subject to subparagraph (B), means a person engaged in commercial or business activities (including any affiliate of such person that is also a debtor under this title and excluding a person whose primary activity is the business of owning or operating real property or activities incidental thereto) that has aggregate noncontingent liquidated secured and unsecured debts as of the date of the filing of the petition or the date of the order for relief in an amount not more than \$2,000,000 (excluding debts owed to 1 or more affiliates or insiders) for a case in which the United States trustee has not appointed under section 1102(a)(1) a committee of unsecured creditors or where the court has determined that the committee of unsecured creditors is not sufficiently active and representative to provide effective oversight of the debtor; and (B) does not include any member of a group of affiliated debtors that has aggregate noncontingent liquidated secured and unsecured debts in an amount greater than \$2,000,000 (excluding debt owed to 1 or more affiliates or insiders).

⁴⁹ 11 U.S.C § 1.102 (a) (3).

⁵⁰ CEREZETTI, Sheila Cristina Neder. O papel dos credores no Bankruptcy Code. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. V.151/152. São Paulo: Malheiros. 2009, p.175

⁵¹ Com relação ao período de exclusividade oferecido a uma das partes para a apresentação do plano, KEVIN A. KORDANA e ERIC A. POSNER, lecionam que “the cost of intrigue and the depletion of value that results from delay caused by cycling can be eliminated if one party is given agenda control and allowed to exercise that power over a long enough exclusivity period that it is in no one’s interest to incur the costs of creating

por no máximo 18 meses a contar da apresentação do pedido, em que apenas o devedor é legitimado a propor o plano⁵². Nesse caso, o devedor ainda deverá observar o prazo de 180 dias, prorrogável até 20 meses, para obter aceitações dos credores ao plano oferecido.

Caso o devedor não cumpra sua função dentro desse lapso temporal, ou se um trustee for nomeado para o caso, permite-se que os credores ou qualquer outra parte interessada prepare um plano de reorganização e o exiba para apresentação dos demais interessados.

Próximo passo é a contagem dos votos para fins de aprovação do plano, que deverá ser realizada por classe. Considera-se que uma classe de credores aprovou o plano sempre que existir o consenso de credores que detenham, pelo menos, dois terços em quantia e mais da metade em número de créditos efetivamente votantes⁵³.

No caso de existir uma classe de interests holders, considera-se que tal classe aprovou o plano sempre que existir a concordância de, no mínimo, dois terços em quantia dos interests holders que efetivamente votaram no plano⁵⁴.

Uma vez votado o plano pelos credores, o juiz analisará a possibilidade de sua confirmação. Neste ato o juiz pode homologar ou não o plano, independentemente de todas as classes de credores tiverem manifestado voto favorável ao seu conteúdo.

Os requisitos formais que devem ser cumpridos para a aprovação de um plano de reorganização estão previstos na norma do § 1.129 (a) do Bankruptcy Code.

Em termos gerais, as disposições previstas no § 1.129 (a) para a confirmação do plano são: (I) o plano e seu proponente devem estarem conformidade com as disposições aplicáveis ao Capítulo 11; (II) o plano foi

and breaking coalitions. Because the party with agenda control bears the cost of delay, it has a strong incentive to avoid delay.”KORDANA, Kevin A; POSNER, Eric A., A Positive Theory of Chapter 11 (October 1998). University of Chicago Law School, John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 61. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=137897>, p. 28-29

⁵²“Prior to the 2005 Bankruptcy Reform Act, bankruptcy judges had considerable discretion to extend this exclusivity period.” HOTCHKISS, Edith S., JOHN, Kose, THORBURN, Karin S. ; MOORADIAN, Robert M., Bankruptcy and the Resolution of Financial Distress (January 2008). Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1086942> . p.12

⁵³ 11 U.S.C § 1126 (c).

⁵⁴ 11 U.S.C § 1126 (d).

proposto de boa fé e não por quaisquer meios proibidos por lei; (III) qualquer pagamento feito ou a ser feito foi aprovado, ou está sujeito à aprovação, do Juízo Falimentar como razoável; (IV) a informação dos indivíduos indicados para servirem, após a confirmação do plano, como um conselheiro, diretor ou administrador de votação do devedor, bem como que tais indicações sejam consistentes com os interesses dos credores, equity security holders e com a ordem pública; informações sobre uma filial do devedor que participará de um plano conjunto com o devedor, ou de um sucessor do devedor no âmbito do plano; (V) aprovação de qualquer comissão reguladora governamental competente para a modificação das taxas previstas no plano; (VI) que o plano seja aceito por todas as classes afetadas, e que uma classe não seja prejudicada no âmbito do plano; (VII) que cada credor ou detentor de interest irá receber ou manter um valor, a partir da data de vigência do plano, pelo menos igual ao montante que teria para receber ou manter, se o devedor fosse liquidado ao abrigo do Capítulo 7 (the best interest of creditors test); (VIII) com a exceção dos titulares de uma classe que concordaram em receber um tratamento diferenciado, os créditos prioritários sejam pagos integralmente; (IX) que a confirmação do plano não será seguida por um novo pedido de reorganização ou um pedido de liquidação (feasibility); (X) todas as taxas devidas ao abrigo da secção 1.930 do título 28, foram ou serão pagas na data em que o plano entrar em vigor.

Das ideias abarcadas pelos requisitos de confirmação do plano, três merecem destaque.

A primeira é o requisito denominado da feasibility, isto é, o juiz deve acreditar que a confirmação do plano não será seguida de uma liquidação ou da necessidade de uma nova reorganização. A par disto, para que um plano de recuperação possa ser bem sucedido o devedor deverá demonstrar ao Juízo Falimentar que, depois de sair do procedimento, será improvável que ele realize um novo pedido de reorganização ou de liquidação em um futuro próximo, seja por causa de uma estrutura de capital inadequada seja por causa de um continuo desempenho operacional fraco⁵⁵.

Na sequência, é o denominado the best interest of creditors test, que significa que cada credor ou detentor de interest irá receber, no mínimo,

⁵⁵ HOTCHKISS, Edith S., JOHN, Kose, THORBURN, Karin S.; MOORADIAN, Robert M., Bankruptcy and the Resolution of Financial Distress (January 2008). Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1086942>, p.14.

o mesmo que seria por ele auferido em caso de liquidação nos termos do Capítulo 7. Tal exigência aplica-se a todos aqueles que não concordaram com o plano, sendo que na audiência para a confirmação do plano o devedor deverá provar que o requisito foi cumprido apresentando uma análise hipotética das previsões de pagamento que ocorreriam no caso de uma liquidação⁵⁶.

Por último, um dos requisitos formais para a aprovação do plano é o consentimento de todas as classes por ele afetadas. Contudo, na hipótese de um plano não ser aprovado por cada uma das classes de credores, o tribunal poderá flexibilizar este requisito mediante o uso do instituto denominado *cram down*.

A aprovação de um plano por meio do *cram down* depende, além da observação de todos os demais requisitos previsto no § 1129 (a), da aprovação de pelo menos uma das classes de credores afetadas pelo plano, bem como da verificação de que o plano não causará uma discriminação injusta (*does not discriminate unfairly*) e se caracteriza justo e equitativo (*is fair and equitable*) com relação à classe discordante⁵⁷.

Quanto ao requisito do "*fair and equitable*", a norma do § 1.129(b) (2) do *Bankruptcy Code* relata quais as exigências necessárias para seu cumprimento com relação as classes de credores garantidos, sem garantia e de *equity holders*. De forma sucinta, o § 1.129(b)(2) prevê que um plano de recuperação será justo e equitativo quando este respeitar as prioridades entre as diversas classes de credores, devendo ser observado se as classes superiores aquela classe dissidente não receberão, de acordo com o plano, mais que o devido e se as classes a ela inferiores receberão qualquer quantia antes que todos os credores da classe dissidente sejam integralmente pagos.

Já o conceito de "*unfair discrimination*" não se encontra previsto no *Bankruptcy Code*. Tal princípio diz respeito ao tratamento conferido às classes formadas por credores de mesma natureza. O plano de reorganização violará tal requisito sempre que promover uma discriminação injusta entre credores que ocupam a mesma prioridade⁵⁸.

⁵⁶ CEREZETTI, Sheila Cristina Neder. O papel dos credores no Bankruptcy Code. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. V.151/152. São Paulo: Malheiros. 2009, p.177

⁵⁷ 11 USC § 1129(b)(1)

⁵⁸ CEREZETTI, Sheila Cristina Neder. O papel dos credores no Bankruptcy Code. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. V.151/152. São Paulo: Malheiros. 2009, p.178

Não obstante, EDITH S. HOTCHKISS, KOSE JOHN, ROBERT M. MOORADIAN e KARIN S. THORBURN afirmam que, na prática, *cram-downs* são extremamente raros. Isto porque, é do interesse comum de todas as classes que se evite um *cram down*, porque a aplicação da norma “*fair and equitable*” obriga o juiz a determinar o valor de continuidade da empresa em uma audiência especial, que é considerada cara e demorada⁵⁹.

Na visão de DOUGLAS G. BAIRD e ROBERT K. RASMUSSEN as reorganizações societárias baseadas neste modelo previsto no Capítulo 11 praticamente desapareceram, uma vez que as grandes corporações quando iniciam este procedimento, não o estão mais usando para salvar a empresa da falência iminente. Isto porque, na maioria das grandes empresas os investidores de hoje alocam direitos de controle entre si por meio de contratos elaborados e sofisticados que já antecipam as dificuldades financeiras, sendo que, na presença desses contratos, a legislação concursal seria em grande parte desnecessária.⁶⁰

A princípio, OLIVER HART relata que os indivíduos seriam capazes de organizar um procedimento concursal privado, ou seja, o devedor poderia especificar como parte de um contrato o procedimento a ser seguido em caso de dificuldade financeira. No entanto, escrever tal contrato poderia ser difícil, dado que o devedor poderia adquirir novos ativos e novos credores ao longo do tempo⁶¹.

Por isso, prossegue HART afirmando que a evidência empírica - tanto o fato de que as empresas raramente escrevem tais contratos como pelo fato de que quase todos os países possuem pelo menos um primitivo

⁵⁹ “It is in the joint interest of all classes to avoid a cram down, because application of the fair and equitable standard requires the court to determine the firm’s going-concern value in a special hearing. These hearings are considered extremely time-consuming and costly.” HOTCHKISS, Edith S., JOHN, Kose, THORBURN, Karin S.; MOORADIAN, Robert M., *Bankruptcy and the Resolution of Financial Distress* (January 2008). Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1086942>, p.14. Contudo, nessa questão entendemos que quando os autores se referem ao requisito “fair and equitable”, na verdade eles estão se referindo ao requisito do “the best interest of creditors test”, isto é, os valores distribuídos paracada classe, deacordo com o planoproposto, dever ser pelo menos igualao que aclassereceberiano caso deliquidação do devedor nos termos do Capítulo 7.

⁶⁰ “A law of corporate reorganizations is needed only when the investors cannot make sensible decisions when the firm encounters trouble. When control rights are allocated coherently, no legal intervention is needed to ensure that decisions about the firm’s future are made sensibly. Most large firms now allocate control rights among investors in a way that ensure coherent decision making throughout the firm’s life cycle”. Baird, Douglas G. and Rasmussen, Robert K., *The End of Bankruptcy*. Stanford Law Review, Vol. 55, 2002. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=359241> p. 27

⁶¹ HART, Oliver D. *Different Approaches To Bankruptcy* (September 2000). Harvard Institute of Economic Research Paper No. 1903. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=241066>, p. 3

sistema concursal - sugere que não é possível contar com esta solução privada na prática⁶².

Na mesma linha que HART, EDITH S. HOTCHKISS, KOSE JOHN, ROBERT M. MOORADIAN e KARIN S. THORBURN lecionam que na existência de um único credor, em que haveria uma contratação completa e uma divisão simétrica das informações, o método mais eficaz de resolver as dificuldades financeiras da empresa e realizar uma reestruturação de suas dívidas seria mediante um contrato privado realizado entre partes⁶³. No entanto, concluem tais autores que em um cenário mais realista, diversos fatores impossibilitariam que as partes chegassem a um acordo de reestruturação privado, sendo que entre os obstáculos existentes se incluiriam: a assimetria de informação que surge entre os credores externos mal informados e os gestores ou os *insiders* da empresa com melhores informações; problemas de validação quando a dívida da empresa é constituída por um grande número de credores dispersos; e os conflitos de interesses existentes quando uma empresa possui várias classes de credores⁶⁴.

Na sequência, discordando de forma mais acintosa dos autores DOUGLAS G. BAIRD e ROBERT K. RASMUSSEN, LYNN M. LOPUCKI observa que aqueles autores podem estar certos em pensar que o uso de contratos privados esteja em crescimento, contudo afirma que eles estão errados em pensar que tais contratos predominam ou que podem alocar os direitos de controles entre os investidores de uma maneira que assegure uma tomada de decisão coerente acerca de um procedimento concursal privado ou que resolvam os problemas de governança na reorganização⁶⁵.

LYNN M. LOPUCKI fundamenta sua crítica alegando que o fato de as grandes empresas geralmente possuir múltiplas camadas (classes) de

⁶²HART, Oliver D. Different Approaches To Bankruptcy (September 2000). Harvard Institute of Economic Research Paper No. 1903. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=241066>, p. 3

⁶³HOTCHKISS, Edith S., JOHN, Kose, THORBURN, Karin S.; MOORADIAN, Robert M., Bankruptcy and the Resolution of Financial Distress (January 2008). Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1086942>, p.15

⁶⁴"In a perfect world, claimholders of a financially distressed firm would always renegotiate and voluntarily agree to a restructuring of the firm's capital structure. In reality however, with impediments such as information asymmetries, holdout problems and conflicting interests, firms sometimes resort to bankruptcy for a court-supervised reorganization". HOTCHKISS, Edith S., JOHN, Kose, THORBURN, Karin S; MOORADIAN, Robert M., Bankruptcy and the Resolution of Financial Distress (January 2008). Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1086942>, p.19

⁶⁵LOPUCKI, Lynn M. The Nature of the Bankrupt Firm: A Reply to Baird and Rasmussen's 'The End of Bankruptcy'. Stanford Law Review, Vol. 56, No. 3, November 2003. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=397780>, p. 15.

débitos e *equity*, cada uma com uma prioridade diferente nos ativos da empresa, faz com que seus investidores possuam também créditos de prioridades distintas, o que tornaria seus interesses conflitantes entre si e também conflitantes com os interesses da empresa. Isto porque, os credores com prioridades superiores iriam favorecer a minimização do risco e a liquidação, enquanto que os credores com créditos de prioridades inferiores iriam favorecer o risco e a reorganização⁶⁶.

A par disso, em que pesa seja teoricamente possível às partes realizarem um contrato privado para a reorganização das dívidas e reestruturação do devedor, ante as dificuldades apontadas pela doutrina, não há como sustentar que as reorganizações societárias baseadas no modelo previsto no Capítulo 11 perderam importância.

4) CONCLUSÃO

Ao contrário do sistema falimentar brasileiro, os diversos procedimentos previstos no *Bankruptcy Code* não são voltados apenas à figura do empresário. Nesse diploma legislativo, possuem legitimidade para atuar não apenas o empresário, mas também uma pessoa física, uma pessoa jurídica que não exerça uma atividade empresarial, um consumidor, e até mesmo uma municipalidade.

O *Bankruptcy Code* possui duas características principais. A primeira consiste na reorganização do devedor, contendo, dentre os capítulos destinados ao tratamento do devedor em crise, quatro capítulos voltados à sua reorganização (Capítulos 9, 11, 12, 13) e apenas um voltado à sua liquidação (Capítulo 7). A segunda é permitir o retorno do devedor ao mercado através de um estímulo ao *fresh start*, isto é, com a concessão de um status financeiro mais favorável ao devedor, mediante a possibilidade de liberação do pagamento de parte de suas dívidas.

Conforme demonstrado no início deste trabalho, tais características cresceram a partir de um sistema capitalista único existente nos Estados

⁶⁶LOPUCKI, Lynn M. The Nature of the Bankrupt Firm: A Reply to Baird and Rasmussen's 'The End of Bankruptcy'. Stanford Law Review, Vol. 56, No. 3, November 2003. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=397780>, p. 17-18.

Unidos, que tem como foco a criação de uma economia empresarial, seguida de uma economia de consumo ativa.

Esses objetivos influenciaram as diversas reformas implementadas no sistema concursal americano ao longo dos anos. De maneira geral, essa legislação falimentar evoluiu da seguinte maneira: as primeiras legislações falimentares foram projetadas, entre outras coisas, para ajudar a empresa; a legislação posterior foi destinada, em grande parte, para ajudar os consumidores sobrecarregados com dívidas; e a última alteração no sistema falimentar, trazida pelo *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act* (BAPCPA) de 2005, foi elaborada com a finalidade de reduzir os abusos cometidos pelos devedores, em especial os consumidores, e mudar a visão de que a lei concursal americana favorecia apenas ao devedor.

Embora os esforços dessa última reforma tivessem como foco os casos envolvendo não-empresários, algumas mudanças também foram realizadas no Capítulo 11, cuja maioria dos casos são registros empresariais.

Não obstante, a média de casos registrados sob este capítulo, pré e pós-BAPCPA foi pouco alterada, demonstrando que os devedores em geral, sejam eles sociedades empresárias, empresários individuais, pessoas físicas ou mesmo consumidores, continuam a procurar alívio no Capítulo 11 como forma de garantir o seu retorno ao mercado, e obter um *fresh start* em sua situação financeira.

5) BIBLIOGRAFIA

BAK, Thomas; GOLMANT, John; WOODS, James A. A Comparison of the Effects of the 1978 and 2005 Bankruptcy Reform Legislation (2007). 2nd Annual Conference on Empirical Legal Studies Paper. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1010771>.

BAIRD, Douglas G.; RASMUSSEN, Robert K. The End of Bankruptcy. *Stanford Law Review*, Vol. 55, 2002, p. 27. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=359241>.

CAHALI, Youssef Said. Fraudes contra credores: fraude contra credores, fraude à execução, ação revocatória falencial, fraude à execução fiscal e fraude à execução penal. 4.ed. rev.e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

CAMPINHO, Sérgio. Falência e recuperação de empresa: O novo regime da insolvência empresarial. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

-
- CEREZETTI, Sheila Cristina Neder. O papel dos credores no Bankruptcy Code. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. V.151/152. São Paulo: Malheiros. 2009.
- FILHO, Paulo Fernando Campana; SATIRO, Francisco. A Insolvência Transnacional: para Além da Regulação Estadual e na Direção dos Acordos de Cooperação. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SATIRO, Francisco (coord.). *Direito das Empresas em Crise: Problemas e Soluções*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Raquel. *Falência e recuperação da empresa em crise*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- HART, Oliver D. *Different Approaches To Bankruptcy* (September 2000). Harvard Institute of Economic Research Paper No. 1903. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=241066>.
- HOTCHKISS, Edith S.; JOHN, Kose; THORBURN, Karin S.; MOORADIAN, Robert M. *Bankruptcy and the Resolution of Financial Distress* (January 2008). Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1086942> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1086942>.
- KORDANA, Kevin A; POSNER, Eric A. *A Positive Theory of Chapter 11* (October 1998). University of Chicago Law School, John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 61. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=137897>.
- LOPUCKI, Lynn M. *The Nature of the Bankrupt Firm: A Reply to Baird and Rasmussen's 'The End of Bankruptcy'*. *Stanford Law Review*, Vol. 56, No. 3, November 2003. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=397780>.
- MATIN, Nathalie. *Common-law bankruptcy systems: similarities and differences*. 11 *Am. Bankr. Inst. L. Rev.* 367, 2003.
- _____. *The Role of History and Culture in Developing Bankruptcy and Insolvency Systems: The Perils of Legal Transplantation*(2005). *Boston College International and Comparative Law Review*, Vol. 28, No. 2, 2005. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1444531>.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito falimentar*. V. 1. Falência. 4ed. São Paulo: Saraiva, 1979.
- TEPEDINO, Ricardo. *Comentários à Lei de Recuperação de empresas e Falência*. Paulo F.C. Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão (coords.), São Paulo: Saraiva, 2005.

Rua Acre, 80 - 22º andar ♦ Centro ♦ Rio de Janeiro ♦ RJ
☎ (0xx21) 3261-8304 ♦ 3261-8530 ♦ 3261-8599 ♦ 3261-8465
Fax: 3261-8449 ♦ www.trf2.gov.br/emarf

