

 FGV DIREITO SP

# REVISTA JURÍDICA PROFISSIONAL

2023, VOLUME 2, NÚMERO 1



# REVISTA JURÍDICA PROFISSIONAL

## 2023, VOLUME 2, NÚMERO 1



### FGV DIREITO SP

Oscar Vilhena Vieira – Diretor

Adriana Ancona de Faria – Vice-Diretora

### Expediente

Mario Engler Pinto Junior - Editor-chefe

Priscila Coelho - Editora-adjunta

Gabriela Marasco Terentim - Editora-assistente

### Conselho Editorial

Emerson Ribeiro Fabiani

Heloísa Estellita

Luciano de Souza Godoy

Leonel Cesarino Pessoa

Leonor Augusta Giovine Cordovil

Luís André Azevedo Negrelli

Mariana Pargendler

Osny da Silva Filho

### Redação

Preparação de texto – Paula Brito Araújo

Revisão de texto – Bárbara Piloto Sincerre

Edição – Lyvia Juara Dias Felix da Silva e Paula Brito Araújo



Rua Rocha, 233 - Bela Vista

CEP: 01330-000 - São Paulo (SP)

### Projeto gráfico e diagramação



ZEPPELINI  
PUBLISHERS



# Sumário

<b>Apresentação do Editor .....</b>	<b>2</b>
-------------------------------------	----------

## ARTIGOS

<b>Repensando a arbitragem no Brasil .....</b>	<b>4</b>
--	----------

Mario Engler Pinto Junior

<b>Descumprimento dos contratos de venda e compra antecipada de soja: onerosidade excessiva por inesperada alta dos preços de mercado?.....</b>	<b>16</b>
---	-----------

Jose Roberto Camasmie Assad

<b>Paralelismo “inteligente”: o uso de sistemas de IA para a prática de condutas anticompetitivas .....</b>	<b>29</b>
---	-----------

Lucas Maldonado Diz Latini

<b>Tecnologia e sustentabilidade no agronegócio brasileiro: um futuro desafiador .....</b>	<b>40</b>
--	-----------

Marcelo Costa Soares

<b>Neutralidade tributária como norma acionável no controle de constitucionalidade .....</b>	<b>51</b>
--	-----------

Thiago Buschinelli Sorrentino

<b>ICMS nas transferências - ADC 49: decisão do STF não significou surpresa ou criou situação sem solução na legislação tributária.....</b>	<b>64</b>
---	-----------

Reginaldo Angelo dos Santos

<b>A contribuição de <i>Americold Realty Trust v. Conagra Foods, Inc., et al.</i> para a ADI 5.835/DF quanto às administradoras de fundos de investimento.....</b>	<b>78</b>
--	-----------

Felipe Lourenço Moura Lima

## CASO DE ENSINO

<b>Caso Lake River .....</b>	<b>88</b>
------------------------------	-----------

Osny da Silva Filho

# Apresentação do Editor

O segundo número da *Revista Jurídica Profissional* persiste no objetivo de se tornar um veículo de divulgação de artigos genuinamente técnicos, voltados preferencialmente para o público profissional da área do Direito. Nesse contexto, prioriza-se a publicação de artigos com abordagens diretas e concisas sobre problemas atuais, que demandam respostas sob a forma de recomendações de conduta juridicamente embasadas. Esse atributo é importante para evidenciar a utilidade prática das propostas incorporadas ao texto autoral.

Sem abdicar de seu propósito principal, a *Revista Jurídica Profissional* também resolveu recepcionar textos selecionados de estudos de caso de ensino. Acredita-se que o uso do método de caso em programas profissionais na área jurídica pode proporcionar excelentes resultados em termos de aprendizagem teórica e desenvolvimento de competências e habilidades práticas.

A boa reflexão de base dogmática precisa estar conectada com a realidade concreta e não pode ignorar o contexto fático em que o problema se encontra inserido. Além disso, demanda do aluno uma visão estratégica e comprometida com a adequação da solução proposta, que inclui a compreensão dos interesses e das preocupações dos atores envolvidos, a formulação de juízos críticos e a avaliação de riscos. Em outras palavras, o resultado proposto deve sempre combinar sustentação jurídica com efetividade prática.

O caso didático é uma técnica bastante difundida na área de Administração de Empresas, notadamente nos cursos de MBA (*Master of Business Administration*), e tem ali um formato bem consolidado. Existe também farta literatura nacional e estrangeira sobre o assunto, que inclui periódicos especializados, como o *GVcasos (Revista Brasileira de Casos de Ensino em Administração)*. Como regra, o caso didático apresenta uma narrativa baseada em fatos e envolve uma situação-problema minimamente complexa, que requer análise, reflexão e proposta de solução. A tentativa de resolução propicia a oportunidade de ampla discussão em sala de aula, mediada pelo professor, que ao final deve sumarizar as lições apreendidas.

Na área de Administração de Empresas, os casos de ensino podem ser resolvidos, muitas vezes, com base no bom senso e na experiência acumulada, vale dizer, sem a necessidade de recorrer a arcabouços normativos ou conceituais. Portanto, o nível de preparação exigido dos alunos, por meio de pesquisa e leitura prévia de textos bibliográficos, é menos essencial para qualificar o debate coletivo e viabilizar a dinâmica da aula.

A transposição do método de caso utilizado em Administração de Empresas para o ensino do Direito carece de adaptações. A principal delas reside na necessidade de discutir a situação-problema não apenas à luz de fatos concretos e objetivos estratégicos, mas também considerando a moldura legal vigente e aplicável. Nenhuma solução será adequada nesse contexto se não tiver embasamento jurídico, ainda que com algum nível de controvérsia hermenêutica ou risco de contestação.

O caso jurídico precisa valorizar e explorar o cenário fático como pano de fundo para aplicar corretamente o Direito posto em suas dimensões legislativa, doutrinária e jurisprudencial. Isso demanda do aluno o estudo antecipado do caso para resgatar o referencial teórico-normativo, sob pena de a discussão em sala de aula ficar restrita a suposições ou percepções, tornando-se superficial e pouco instrutiva.

Assim como ocorre em outras áreas do conhecimento, o caso de ensino jurídico pode adotar uma abordagem retrospectiva e analítica, baseada em uma situação real pretérita, ou então desafiar o aluno prospectivamente a propor uma solução ainda inexistente. Em ambas as hipóteses, há espaço para exercitar a reflexão crítica e especular sobre a adequação de soluções alternativas ou ainda desconhecidas. No entanto, a técnica não pressupõe que o caso tenha necessariamente caráter litigioso, nem tampouco se limita à análise de decisões judiciais, embora possa delas se servir como ponto de partida.

Para o bom funcionamento da experiência didática, não basta a escolha de um caso paradigmático e com potencial de produzir debates. É importante que o autor seja capaz de formular questões específicas para direcionar a análise e estimular a discussão em sala de aula. Esse ingrediente é fundamental para qualificar o material didático, mediante a incorporação de um roteiro analítico bem estruturado ao relato fático do caso. Por fim, a produção do caso didático exige a elaboração de uma nota de ensino destinada a orientar a atuação do professor que o for utilizar em sala de aula. Vale lembrar que quem se serve do caso não precisa ser necessariamente o seu autor.

O chamado caso Lake River, de autoria do professor Osny da Silva Filho, foi escolhido para inaugurar a nova seção da *Revista Jurídica Profissional*, por se tratar de um bom exemplo do modelo de ensino aqui cogitado. O caso vem sendo aplicado com sucesso na disciplina Arranjos Negociais do Mestrado Profissional da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO SP).

*Mario Engler Pinto Junior*  
*Coordenador do Mestrado Profissional da FGV DIREITO SP*

# Repensando a arbitragem no Brasil

## Rethinking Arbitration in Brazil

Mario Engler Pinto Junior<sup>1,2</sup>



**RESUMO:** O texto discute os desafios atuais da arbitragem brasileira, considerando sua vocação doméstica e abrangência ampliada. Assume-se que a arbitragem buscou consolidar-se no Brasil como alternativa mais atraente de resolução de conflitos, quando comparada ao processo judicial. Para a plena consecução desse objetivo, especula-se sobre a necessidade de adaptações no modelo vigente, preferencialmente pela via da autorregulação.

**PALAVRAS-CHAVE:** Arbitragem, solução de disputas, espaços de aprimoramento.

**ABSTRACT:** This article discusses the challenges that Brazilian arbitration presently faces, considering its domestic feature and growing aspiration. Since the beginning, arbitration in Brazil pursued the aim to become a superior alternative for dispute resolutions comparing to judicial litigation. To be able to achieve more broadly this objective, the article speculates about the need to adapt the present model, preferably by self-regulation means.

**KEYWORDS:** Arbitration, dispute resolution, adaptations opportunities.



---

<sup>1</sup> Professor e coordenador do Mestrado Profissional da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO SP). Doutor em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (USP). Procurador do Estado de São Paulo (aposentado).

<sup>2</sup> O autor do artigo agradece os valiosos comentários do professor Osny da Silva Filho. Contudo, as ideias e os eventuais equívocos são de responsabilidade exclusiva do autor.

## 1. O AVANÇO DA ARBITRAGEM NO CENÁRIO BRASILEIRO

A arbitragem como meio alternativo de resolução de conflitos ganhou destaque no Brasil na década de 1990, sobretudo a partir da edição da Lei n. 9.307/1996, e consolidou-se definitivamente após o julgamento do processo de homologação de Sentença Estrangeira (SE) 5.206 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), ocorrido em 2001. A decisão da Corte Suprema confirmou a compatibilidade da arbitragem com o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que não permite excluir da apreciação do Poder Judiciário nenhuma lesão ou ameaça de direito.

A partir daí, inicia-se um movimento, impulsionado por setores do pensamento jurídico brasileiro, de enaltecimento das vantagens da arbitragem diante das alegadas deficiências do Poder Judiciário. Eram então lembrados como problemas inerentes à Justiça estatal: (i) a excessiva morosidade na solução dos litígios, (ii) a carência de especialização dos julgadores e (iii) a falta de discricão pela possibilidade de acesso público aos autos do processo judicial. A arbitragem também prometia ser um contraponto às tendências ativistas do Poder Judiciário, que – argumentava-se – não raro desconsiderava a literalidade da lei e do contrato para fazer justiça no caso concreto, priorizando o sentimento de equidade, ainda que em detrimento da segurança jurídica.<sup>3</sup>

A disseminação da arbitragem doméstica no Brasil foi induzida pela formação de clientelas cativas. Nesses casos, a aplicação do princípio da autonomia da vontade para escolha da via arbitral, em raciocínio importado do direito internacional para o direito interno,<sup>4</sup> ficava mitigada por sua imposição à parte interessada como condição para aderir a estatutos jurídicos de grande importância estratégica, ou para ingressar em certos mercados, ou ainda para celebrar contratos com atores relevantes. Quatro exemplos merecem ser lembrados nesse sentido: (i) a adesão aos segmentos especiais de listagem Novo Mercado e Nível II, da B3 (Brasil, Bolsa, Balcão – antiga Bolsa de Valores de São Paulo); (ii) a atuação no mercado livre de energia elétrica dentro do ambiente administrado pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE); (iii) a participação em algumas redes de franquia; e (iv) a contratação com a administração pública que opta pela inclusão da cláusula arbitral já na fase do procedimento licitatório.

Pensada para funcionar em nichos específicos, a arbitragem acabou se expandindo para outros contextos caracterizados pelo contencioso de massa e pelo desequilíbrio de poderio econômico, como ocorre nas relações consumeristas e trabalhistas.<sup>5</sup> A tentativa de institucionalização da arbitragem nesses campos foi inicialmente obstada pelos vetos presidenciais aos

3 Síntese do argumento em ARIDA, P.; BACHA, E. L.; RESENDE, A. L. Credit, Interest and Jurisdictional Uncertainty: Conjectures on the Case of Brazil. *In*: GIAVAZZI, F.; GOLDFAJN, I.; HERRERA, D. (org.). *Inflation Targeting, Debt, and the Brazilian Experience, 1999 to 2003*. Cambridge: MIT Press, 2005; discussão em ARGUE-LHES, D. W.; FALCÃO, J.; SCHUARTZ, L. F. Jurisdição, incerteza e Estado de Direito. *Revista de Direito Administrativo*, [s. l.], v. 243, p. 79-112, 2006.

4 Panorama em POSENATO, N. *Autonomia della volontà e scelta della legge applicabile ai contratti nei sistemi giuridici latino-americani*. Padova: Cedam, 2010.

5 V. CASADO FILHO, N. *et al.* As virtudes da arbitragem nas relações de consumo. *Conjur*, 11 fev. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-11/opiniao-virtudes-arbitragem-relacoes-consumo>. Acesso (a esse e aos demais endereços citados neste texto) em: 23 nov. 2022. O artigo cita o acórdão do REsp 1.742.547, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que impôs condições para o uso da arbitragem consumerista, ao proclamar: “É possível a utilização de arbitragem para resolução de litígios originados de relação de consumo quando não houver imposição pelo fornecedor, bem como quando a iniciativa da instauração ocorrer pelo consumidor ou, se houver iniciativa do fornecedor, venha a concordar ou ratificar expressamente com a instituição”.

§§ 2º, 3º e 4º do art. 4º da Lei n. 9.307, alterados pela Lei n. 13.129/2015. Posteriormente, a Lei n. 13.467/2017, que reformou a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), passou a admitir expressamente no art. 507-A a arbitrabilidade das disputas oriundas de contratos individuais do trabalho, cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa.

O avanço mais importante veio com a permissão expressa para adoção da cláusula arbitral em contratos públicos, acompanhada de regras específicas para delimitar as matérias arbitráveis, conforme se depreende das alterações introduzidas pela Lei n. 13.129/2015 no estatuto básico da arbitragem (Lei n. 9.307/1996). A mudança legislativa foi decisiva para vencer a resistência do Tribunal de Contas da União (TCU), que encarava a arbitragem com desconfiança em função do risco de esvaziamento do controle público sobre os atos administrativos.<sup>6</sup>

O discurso favorável à disseminação da arbitragem na administração pública tem como principal argumento a necessidade de atrair investimentos privados no setor de infraestrutura, cujos protagonistas, nacionais e estrangeiros, teriam avaliação negativa sobre o funcionamento do Poder Judiciário. Segundo essa linha de argumentação, a arbitragem seria um mecanismo eficaz para assegurar o cumprimento das obrigações contratadas e coibir comportamentos oportunistas da parte pública, além de imprimir mais celeridade na solução das disputas daí emergentes. Embora não costume ser admitido de forma direta, havia também o receio sobre a real independência do Poder Judiciário no julgamento de causas envolvendo a administração pública, quando em confronto com interesses de empreendedores particulares.

Depois de mais de duas décadas de acúmulo de experiências práticas, as visões sobre os benefícios da arbitragem não são totalmente consensuais, o que traz para a ordem do dia a discussão sobre a necessidade de reformas e adaptações. A falta de consenso parece ser fruto das diferentes percepções sobre o desempenho da arbitragem, que variam de acordo com a posição de cada observador e seus respectivos interesses.

De todo modo, a invocação do caráter privado da arbitragem não constitui justificativa aceitável para rechaçar *a priori* qualquer tentativa de mudança pela via legislativa. A rigor, a arbitragem somente existe – e prospera – porque o Estado-legislador reconhece a validade das decisões arbitrais e confere-lhes o atributo de título executivo.<sup>7</sup>

---

6 Vale conferir, nesse sentido, o Acórdão 2.573, proferido pelo Plenário do TCU, em 26.09.2012.

7 Nesses termos, o art. 3º, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015 prescreve: “É permitida a arbitragem, na forma da lei”. E, no mesmo diploma, art. 515, VII: “São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: [...] VII – a sentença arbitral” (BRASIL, 2015).



## 2. O NOVO MOMENTO DA ARBITRAGEM DOMÉSTICA

Na esteira do entusiasmo com a arbitragem doméstica de aspiração universalizante, foram criadas no Brasil dezenas de câmaras arbitrais, embora a maioria dos procedimentos ainda seja conduzida por um número relativamente baixo de árbitros. Nos últimos anos, as principais câmaras do país passaram a competir entre si em função da infraestrutura disponibilizada, da qualidade dos serviços prestados, da sofisticação dos regulamentos e da modicidade dos custos do procedimento, sempre com o objetivo de construir reputação e prestígio para se diferenciar das concorrentes.

A receptividade inicial da comunidade jurídica e dos usuários da arbitragem pode estar diminuindo, conforme sugerem algumas propostas de alteração legislativa que pretendem regulamentar a atuação das câmaras arbitrais na organização do serviço, impor requisitos para a escolha dos árbitros e exigir ampla publicidade das decisões arbitrais. A evidência mais retumbante nesse sentido é dada pelo Projeto de Lei (PL) n. 3.293/2021, contra o qual importantes arbitralistas, câmaras arbitrais e organizações que representam seus interesses têm se manifestado vigorosamente.<sup>8</sup>

O debate em torno do assunto adquiriu carga emocional, e passou a ser guiado por afirmações principiológicas e impressionistas. No entanto, para compreender a realidade e discutir o tema com racionalidade, é essencial o recurso a métodos de pesquisa dotados de validade estatística. Somente assim será possível discutir fatos e opiniões com imparcialidade, aprofundar análises, fazer diagnósticos e, se for o caso, propor soluções adequadas sob o ponto de vista do impacto regulatório. É importante que a pesquisa ouça igualmente todas as partes envolvidas no ecossistema da arbitragem brasileira, notadamente os prestadores de serviços (câmaras e árbitros) e os principais grupos de usuários (empresas, administração pública, investidores, consumidores, trabalhadores e seus respectivos advogados).

Não seria surpreendente a constatação sobre a existência de distintas percepções, a depender dos anseios e das preocupações típicas de cada grupo interessado, já agora enriquecidos pelas experiências concretas de satisfação ou decepção com o procedimento arbitral. No fundo, as câmaras e os árbitros costumam formar suas convicções e proclamar as qualidades da arbitragem olhando apenas para o lado da *oferta* do serviço, e eventualmente para o comportamento de instituições concorrentes, incluído o Poder Judiciário. Nem sempre é dada a necessária atenção ao lado da *demanda* representada pelos usuários. A consideração da demanda, no entanto, é fundamental para a avaliação do sucesso da arbitragem. Sem essa consideração não é possível afirmar

---

8 A título exemplificativo, v. INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL. *Nota técnica sobre o Projeto de Lei n. 3.293/2021, que pretende alterar a Lei n. 9.307/1996*, [s. d.], divulgado a partir de 22.01.2022. Disponível em: <https://www.direitoprocessual.org.br/noticias-nota-tecnica-sobre-o-projeto-de-lei-3293-2021-que-pretende-alterar-a-lei-n-930796.html#:~:text=Nota%20t%C3%A9cnica%20sobre%20o%20projeto,em%20si%2C%20fator%20de%20instabilidade>. Acesso em: 23 nov. 2022.

que a arbitragem dispensa aprimoramentos estruturais para se manter como meio preferencial de resolução de controvérsias, quando comparada ao acionamento do Poder Judiciário.

A insatisfação de setores da sociedade brasileira com relação à arbitragem pode estar associada a situações que se tornaram verdadeiros dogmas no meio arbitral, insuscetíveis de desafio ou questionamento. Não por acaso, são basicamente as mesmas situações que o PL n. 3.293/2021 tenta remediar lançando mão, porém, de medidas drásticas e indevidamente intrusivas. Sem embargo da existência de problemas que necessitam ser corrigidos, é forçoso admitir que as intervenções propostas pelo PL n. 3.293/2021 podem causar mais malefícios do que benefícios à arbitragem no curto prazo, inclusive sob a ótica dos usuários.

Se for realmente constatada e aceita a presença de disfunções, com base em pesquisa conduzida com rigor científico, o protagonismo na propositura de soluções deveria, em princípio, ficar a cargo das próprias câmaras, por meio de autorregulação estampada nos respectivos regulamentos. Esse movimento poderia ser impulsionado pela busca de diferenciais competitivos que não estivessem associados simplesmente à qualidade dos serviços atualmente prestados, mas também apontassem para a especialização das câmaras e para a renovação dos procedimentos.

### **3. A CONCENTRAÇÃO DE ÁRBITROS E A PROLIFERAÇÃO DAS IMPUGNAÇÕES**

A lista de árbitros não funciona propriamente como fator de diferenciação das câmaras, uma vez que os árbitros mais demandados do país estão presentes nas listas das câmaras mais atuantes. A multiplicidade de câmaras sem exigência de exclusividade de vinculação, combinada com o número restrito de árbitros experientes com reputação consolidada, parece ser um fenômeno tipicamente brasileiro, sem correspondente em outros países cuja legislação também admite a arbitragem doméstica.

Daí resulta uma concentração de nomes que estimula questionamentos sobre a independência e a imparcialidade dos árbitros disponíveis. O problema é agravado pelo fato de que muitos árbitros atuam simultaneamente com advogados, em alguns casos representando partes submetidas a arbitragens administradas pela mesma câmara. Isso talvez explique a atual proliferação de impugnações de árbitros, que impactam significativamente o tempo de duração da arbitragem. Essa situação também ajuda a compreender o surgimento de dúvidas sobre a superioridade da arbitragem como meio alternativo de solução de controvérsias, em confronto com o processo judicial.

Para mitigar o problema da falta de opções na indicação de árbitros merecedores da confiança das partes, algumas câmaras têm adotado estratégias de ampliação dos corpos de árbitros, geralmente associadas a políticas de promoção de diversidade e inclusão. É preciso combinar essas ações com o oferecimento de mecanismos de capacitação para novos árbitros, incluindo

oportunidades de realização de estágios probatórios para aquisição de experiência prática, preferencialmente por meio do exercício da função de secretário do árbitro ou do painel arbitral.

A credibilidade da arbitragem pressupõe que os árbitros escolhidos sejam profissionais competentes e especialistas na matéria em disputa. Pressupõe também que sejam capazes de manter distância suficiente (e não apenas equidistância) em relação às partes litigantes e a seus advogados.<sup>9</sup> É inevitável que a existência de uma comunidade desproporcionalmente pequena de arbitralistas reforce a impressão de que o procedimento arbitral seria uma ação entre amigos. Ainda que isso não seja verdade, o cliente pode acreditar que o acesso privilegiado de seu advogado a colegas que compõem o painel arbitral teria o condão de influenciar o resultado do julgamento. Para afastar qualquer dúvida nesse sentido, é essencial que as câmaras criem códigos de ética aplicáveis a árbitros e a outros colaboradores que atuem em procedimentos sob sua administração.

Embora as condições de impedimento e suspeição aplicáveis a árbitros e juízes togados sejam parecidas, o fato é que a justiça estatal possui um corpo avantajado de magistrados, todos sujeitos ao princípio do juiz natural. Como não cabe à parte escolher quem decidirá o litígio, as suspeitas de parcialidade ou favorecimento tendem a ser naturalmente reduzidas. O modelo de distribuição processual aleatória, contudo, tem também suas desvantagens, na medida em que não garante que o julgador sorteado tenha competência técnica especializada para julgar o feito, tampouco disponibilidade de tempo para se dedicar ao exame cuidadoso de todas as peculiaridades do litígio.

A criação de varas e câmaras especializadas no âmbito do Poder Judiciário brasileiro tem contribuído para conter o receio de julgamentos menos qualificados, apesar de ainda estar distante da situação ideal. Vale lembrar que alguns setores da justiça norte-americana conseguiram construir uma elevada reputação para julgar determinadas matérias, a exemplo da Corte de Delaware (especializada em questões societárias) e da Corte de Nova Iorque (especializada em operações bancárias e de mercado de capitais). A possibilidade de eleição de foro, combinada com a reverência aos precedentes judiciais, eliminou vantagens relativas da arbitragem doméstica nesses casos.

A arbitragem inverte a lógica da distribuição aleatória, pois atribui às partes o poder de seleção dos julgadores. Conseqüentemente, as partes investem grande esforço para identificar vieses e adivinhar o comportamento futuro dos candidatos à função de árbitro, tal como se verifica na formação do corpo de jurados no Tribunal do Júri. O efeito colateral dessa sistemática consiste no incentivo à impugnação do coárbitro indicado pela outra parte ou pela câmara, muitas vezes por motivos fúteis, sobretudo quando isso não impõe custos adicionais e nem está sujeito a limite máximo de tentativas.

---

<sup>9</sup> A literatura filosófica captura bem esse ponto ao distinguir os conceitos de *equidistância* e *justa distância*: RICOEUR, P. O **justo** 1. Tradução Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2019. p. 5-6.

No fundo, a impugnação do árbitro pode ser motivada pelo receio da decisão contrária, sobretudo quando o litígio envolve discussão sobre matéria de direito sujeita a posicionamentos hermenêuticos ainda não pacificados. Nesses casos, a incerteza fica amplificada em razão de os árbitros não precisarem ser reverentes à jurisprudência estatal sobre a matéria controversa de direito.

A limitação mandatória da quantidade de participações simultâneas em painéis arbitrais, conforme pretende o PL n. 3.293/2021, representa uma estratégia compreensível, embora desastrada, de estimular a ampliação da comunidade arbitral e conter o movimento crescente de impugnação de árbitros. Melhor seria se as câmaras tomassem para si a incumbência de instituir em regulamento requisitos de elegibilidade para indicação de árbitros, de caráter tanto positivo (exigência de qualidades) quanto negativo (situações vedadas).

A divulgação de listas de pontos de atenção que podem comprometer a imparcialidade do árbitro, a exemplo das diretrizes da International Bar Association (IBA) sobre conflitos de interesses, é bastante útil para orientar a conduta das câmaras arbitrais brasileiras, quando precisam decidir sobre pedidos de impugnação.<sup>10</sup> No entanto, isso não dispensa a adoção de tratamento regimental próprio por parte das câmaras, de modo a conferir maior celeridade e segurança jurídica ao procedimento arbitral.

As normas regimentais poderiam exigir dos candidatos, por exemplo, tempo mínimo de experiência profissional ou acadêmica, assim como apontar situações bem definidas de impedimento, com o fito de obstar desde logo a nomeação de árbitros formalmente conflitados. A imposição de requisitos de elegibilidade seria capaz, ainda, de contribuir para a profissionalização do corpo de árbitros, fortalecendo os vínculos com câmaras específicas, de modo a criar um diferencial ante a concorrência. A rigor, a presença das condições de nomeação poderia até dispensar a existência de uma lista fechada de árbitros para cada câmara.

O modelo proposto não compromete a liberdade de escolha dos árbitros pelas partes; ao contrário, tende a promovê-la, dado que evita que seja aceito como coárbitro alguém sem as qualificações técnicas necessárias, ou que desperte desconfiança na parte que não foi responsável pela indicação. Isso porque não é fácil a impugnação do coárbitro indicado pela parte contrária com base em percepções negativas de natureza subjetiva, mesmo quando possam ser verdadeiras. Ademais, a inobservância dos requisitos de elegibilidade somente seria admitida com a concordância de todas as partes litigantes, equivalendo na prática à concessão de um *wavier* coletivo.

A eventual omissão do regulamento da câmara sobre os requisitos de elegibilidade aplicáveis aos árbitros pode ser suprida pelo texto da cláusula arbitral. De fato, nada impede que as

---

<sup>10</sup> As listas laranja e vermelha da IBA sobre conflitos de interesses de árbitros estão disponíveis em: <https://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2012/05/Guidelines-on-Conflicts-of-Interest-in-Intl-Arbitration-portuguese.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2022.

partes interessadas se obriguem contratualmente a respeitar condições específicas para indicação dos coárbitros e do árbitro presidente do painel, com efeito vinculante para a câmara que for administrar a arbitragem no futuro. Eis aí uma solução interessante para grandes categorias de usuários da arbitragem, como a administração pública federal, que poderão definir *ex ante* (ou no *front end* contratual) o universo de árbitros elegíveis em seus procedimentos, independentemente do entendimento da câmara escolhida.<sup>11</sup>

#### 4. A FLEXIBILIZAÇÃO DO SIGILO

Nunca é demais lembrar que a legislação brasileira não enuncia o sigilo como elemento de existência ou requisito de validade do procedimento arbitral. O sigilo é comumente enunciado como algo muito valioso para as partes litigantes, e por isso costuma decorrer de previsão incluída nos regulamentos das câmaras arbitrais. Ocorre que essa suposição pode não ter base empírica, ou pelo menos não ser consensual perante as diferentes clientelas da arbitragem. No caso específico da arbitragem envolvendo a administração pública, prevalece entendimento exatamente oposto: a publicidade do procedimento é a regra inafastável por expressa disposição do art. 2º, § 3º, da Lei n. 9.307/1996, conforme alterada pela Lei n. 13.129/2015.

A ampla divulgação dos atos do procedimento arbitral deveria ser entendida como positiva no contexto da arbitragem doméstica que predomina no Brasil. Isso porque contribui para reforçar a confiança da sociedade em geral na lisura dessa solução alternativa, sobretudo quando aplicável a disputas recorrentes da mesma natureza, ou quando envolver interesses de terceiros que serão direta ou indiretamente afetados pelo resultado da arbitragem, como ocorre nas ações coletivas ou de índole societária.<sup>12</sup>

É importante que a publicidade da decisão arbitral venha acompanhada da informação do nome dos árbitros prolatores. Trata-se de uma forma transparente e equitativa para desvendar o perfil e a linha de pensamento dos árbitros, com o propósito de orientar indicações futuras por outros usuários da arbitragem. Quando o procedimento arbitral é colocado sob sigilo, o escrutínio de candidatos a novas nomeações como árbitro gera indesejável assimetria informacional. Isso porque a checagem sobre a pessoa e o comportamento do futuro árbitro é feita de maneira informal, mediante a troca de opiniões pessoais entre colegas advogados. Essa informação, porém, deveria se basear em dados objetivos e estar disponível para que qualquer interessado possa formar o seu próprio juízo sobre a atuação passada dos árbitros.

A publicidade da arbitragem, especialmente a divulgação na íntegra da decisão final, pode contribuir ainda para a formação de uma jurisprudência arbitral, que confira prestígio aos

11 Discussão em SCOTT, R. E.; TRIANTIS, G. G. Anticipating Litigation in Contract Design. *Yale Law Journal*, [s. l.], v. 115, p. 815-879, 2006.

12 O Anexo C da Resolução n. 80/2022, editada pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), passou a exigir das companhias abertas a divulgação de informações sobre o impacto dos procedimentos arbitrais em que estejam envolvidas, ainda quando sujeitos a sigilo.

árbitros prolatores e à câmara respectiva. Além disso, o conhecimento público dos laudos, incluída a matéria fática debatida, será capaz de influenciar outros julgamentos, inclusive perante o Poder Judiciário. Permitirá ainda a realização de prognósticos mais embasados sobre o resultado das controvérsias submetidas à arbitragem, ampliando a previsibilidade da decisão final, sobretudo quando demandar dos árbitros juízos de razoabilidade dentro da moldura legal vigente.

Não se desconsidera que o controle social das decisões arbitrais possa eventualmente causar desconforto, mas esse é um preço menor a pagar para o fortalecimento da arbitragem doméstica no Brasil, com aspirações de se tornar uma alternativa acessível ao público mais amplo, para resolução dos mais variados tipos de conflito. Portanto, conviria às câmaras arbitrais enaltecer o benefício da publicidade e facilitar o acesso às peças do processo arbitral.

No fundo, a publicidade do procedimento arbitral deveria ser a regra, não a exceção, cabendo à parte interessada requerer a confidencialidade de forma fundamentada, em função do caráter sensível das informações e do potencial prejuízo decorrente de sua revelação. Com isso, estar-se-ia conferindo ao assunto tratamento equivalente ao do segredo de justiça no processo judicial. A decisão sobre a concessão do sigilo seria prerrogativa da câmara responsável pela condução do procedimento, ou, alternativamente, do árbitro único, ou do painel arbitral, que nesse caso poderiam autorizar somente a divulgação parcial ou anonimizada da decisão final.

## 5. A POSSIBILIDADE DE REVISÃO DA DECISÃO ARBITRAL

A revisão da decisão arbitral não é incompatível com o instituto da arbitragem, e pode ser útil para superar receios e favorecer o seu uso perante algumas categorias de usuários, a exemplo da administração pública. O objetivo pode ser alcançado sem prolongar em demasia a duração do procedimento arbitral ou encarecer o seu custo.

Existem vários modelos de instância revisora e ampla possibilidade de customização conforme o interesse das partes, valendo destacar a proposta do International Institute for Conflict Prevention & Resolution (CPR).<sup>13</sup> Segundo as regras do CPR, a parte vencida no laudo arbitral pode solicitar a revisão da sentença arbitral em situações bem delimitadas, notadamente quando ela desconsiderar, de forma flagrante, o direito aplicável ou a prova produzida no curso do procedimento. O reexame da decisão original caberá a um painel revisor formado por árbitros profissionais e exclusivos do CPR com reconhecida idoneidade e competência técnica. Nesse caso, não é permitida a intervenção das partes litigantes na composição do painel revisor. A parte que teve o recurso rejeitado ficará responsável pelo pagamento das custas respectivas.

A solução parece engenhosa, visto que deixa a critério das partes já prever na cláusula arbitral se haverá a possibilidade de recurso; entretanto, alinha os incentivos ao imputar à parte

---

<sup>13</sup> Para conhecer em detalhes a proposta do CPR, vale consultar as informações disponíveis em International Institute for Conflict Prevention & Resolution (s. d.): <https://drs.cpradr.org/rules/arbitration/appellate-arbitration-procedure>. Acesso em: 23 nov. 2022.

vencida na instância revisora o ônus das despesas adicionais. Finalmente, mitiga o natural desconforto da parte, de apostar todas as fichas em uma única decisão arbitral, considerando que o resultado pode se revelar teratológico e insuscetível de correção. Ao admitir o cabimento de recurso por disposição da cláusula arbitral, as partes podem se sentir mais à vontade para optar por um árbitro único na primeira etapa da arbitragem, o que reduz as despesas do procedimento.

Idealmente, a câmara brasileira que quiser disponibilizar essa alternativa às partes interessadas deveria disciplinar, no seu próprio regulamento, os pormenores do procedimento recursal, a exemplo do CPR. No entanto, também parece viável prever a interposição do recurso no texto da cláusula arbitral, caso em que será necessário detalhar o assunto pela via contratual. Uma possibilidade seria admitir a revisão da decisão arbitral anterior apenas em relação aos pontos em que houver unanimidade na deliberação do painel revisor.

## SÍNTESE CONCLUSIVA

A arbitragem doméstica brasileira atravessa período de turbulência e precisa se reinventar para manter a atratividade como alternativa ao Poder Judiciário. Há sinais no horizonte sobre a necessidade de ajustes no modelo atual, como evidencia o surgimento do malsinado PL n. 3.293/2021.

No ambiente competitivo que se instalou no Brasil, cabe às câmaras buscar diferenciais mediante a adoção de medidas inovadoras. Antes de assumir posições contundentes sobre o assunto, convém realizar diagnóstico cuidadoso da situação, valendo-se de metodologia científica e ouvindo os anseios das diferentes categorias de usuários da arbitragem. Somente assim será possível construir soluções adequadas, preferencialmente pela via da autorregulação.

Algumas ideias e propostas nesse sentido foram aqui discutidas e apresentadas como contribuição na consulta pública sobre a minuta de cláusula padrão de mecanismos adequados de solução de controvérsias, conduzida pelo Ministério da Infraestrutura (processo 00688.001235/2022-51).<sup>14</sup>

## REFERÊNCIAS

ARGUELHES, D. W.; FALCÃO, J.; SCHUARTZ, L. F. Jurisdição, incerteza e Estado de Direito. *Revista de Direito Administrativo*, [s. l.], v. 243, p. 79-112, 2006.

ARIDA, P.; BACHA, E. L.; RESENDE, A. L. Credit, Interest and Jurisdictional Uncertainty: Conjectures on the Case of Brazil. In: GIAVAZZI, F.; GOLDFAJN, I.; HERRERA, D. (org.). *Inflation Targeting, Debt, and the Brazilian Experience, 1999 to 2003*. Cambridge: MIT Press, 2005. p. 265-293.

---

<sup>14</sup> Os dados sobre a consulta pública estão disponíveis em Brasil (2022).

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil de 2015. Brasília: Presidência da República, [2015]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 23 nov. 2022.

BRASIL. Ministério da Infraestrutura. **Minuta de cláusula padrão de mecanismos adequados de resolução de controvérsias**. Abertura: 9 de novembro de 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/participamaisbrasil/minuta-clausula-padrao-mecanismos-adequados-resolucao-controversias>. Acesso em: 23 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.742.547/MG**. Recurso especial. Processual civil e consumidor. Contrato de adesão. Aquisição de unidade imobiliária. Convenção de arbitragem. Limites e exceções. Contratos de consumo. Possibilidade de uso. Ausência de imposição. Participação dos consumidores. Termo de compromisso. Assinatura posterior. Relatora: Min. Nancy Andrighy, 18 de junho de 2019. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201801210286&dt\\_publicacao=21/06/2019](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801210286&dt_publicacao=21/06/2019). Acesso em: 23 nov. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2.573/2012**. Desestatização. Concessão da Rodovia BR 101/ES/BA. Análise do segundo, terceiro e quarto estágios. Ilegalidades verificadas. Não aprovação. Fixação de prazo para cumprimento da lei e anulação do certame. Determinações. Recomendações. Ciência aos interessados. Restituição dos autos à unidade técnica para continuidade do acompanhamento. Relator: Raimundo Correia, 26 de setembro de 2012. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/2573/NUMACORDAO%253A2573%2520A-NOACORDAO%253A2012/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%-2520desc/0/%2520>. Acesso em: 23 nov. 2022.

CASADO FILHO, N. *et al.* As virtudes da arbitragem nas relações de consumo. **Conjur**, 11 fev. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-11/opinioao-virtudes-arbitragem-re-lacoes-consumo>. Acesso em: 23 nov. 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL. **Nota técnica sobre o Projeto de Lei n. 3.293/2021, que pretende alterar a Lei n. 9.307/1996**. [S. d.]. Divulgado a partir de 22.01.2022. Disponível em: <https://www.direitoprocessual.org.br/noticias-nota-tecnica-sobre-o-projeto-de-lei-3293-2021-que-pretende-alterar-a-lei-n-930796.html#:~:text=Nota%20t%C3%A9cnica%20sobre%20o%20projeto,em%20si%2C%20fator%20de%20instabilidade>. Acesso em: 23 nov. 2022.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION (IBA). **Diretrizes da IBA relativas a Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional**. Londres, 22 maio 2004. Disponível em: <https://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2012/05/Guidelines-on-Conflicts-of-Interest-in-Intl-Arbitration-portuguese.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2022.

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR CONFLICT PREVENTION & RESOLUTION (CPR). **Appellate Arbitration Procedure**. [S. d.]. Disponível em: <https://drs.cpradr.org/rules/arbitration/appellate-arbitration-procedure>. Acesso em: 23 nov. 2022.



POSENATO, N. **Autonomia della volontà e scelta della legge applicabile ai contratti nei sistemi giuridici latino-america**ni. Padova: Cedam, 2010.

RICOEUR, P. **O justo 1**. Tradução Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

SCOTT, R. E.; TRIANTIS, G. G. Anticipating Litigation in Contract Design. **The Yale Law Journal**, [s. l.], v. 115, p. 815-879, 2006.

# Descumprimento dos contratos de venda e compra antecipada de soja: onerosidade excessiva por inesperada alta dos preços de mercado?

## Noncompliance with Soybean Sales and Early Purchase Contracts: Excessive Burden Due to Unexpected Rise in Market Prices?

Jose Roberto Camasmie Assad<sup>1</sup>



**RESUMO:** No presente artigo, examina-se a dinâmica que se repete – situação análoga ocorreu nas safras 2002/2003 e 2003/2004 – relativa ao descumprimento dos contratos de venda antecipada de soja verde, sob o argumento de que, por fatos imprevisíveis e inevitáveis, consubstanciados em inesperada alta dos preços de mercado, a obrigação teria se tornado onerosamente excessiva e autorizaria a sua revisão. O tema é enfrentado à luz da legislação brasileira e da jurisprudência – abordando a questão jurídica também sob o enfoque do *case Gulf Oil Corp v. Eastern Air Lines* –, considerados os novos contornos do mercado do agronegócio.

**PALAVRAS-CHAVE:** Agronegócio, venda antecipada, fato inesperado, onerosidade excessiva, descumprimento contratual.

**ABSTRACT:** In this article, we examine a dynamic that repeats itself – a similar situation occurred in the 2002/2003 and 2003/2004 harvests –, relating to non-compliance with the advance sale contracts of green soybeans, under the argument that, due to unpredictable and unavoidable facts, consubstantiated in an unexpected rise in market prices, the obligation would have become burdensomely excessive and would authorize its revision. The theme is faced in the light of Brazilian legislation and jurisprudence – addressing the legal issue also from the focus of the *Gulf Oil case Corp v. Eastern Air Lines* –, considered the new contours of the agribusiness market.

**KEYWORDS:** Agribusiness, advance sale, unexpected fact, excessive cost, contractual breach.



---

<sup>1</sup>Mestrando em Direito dos Negócios pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP). Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). LLM em Direito Empresarial pelo Ibmecc-SP e Loyola University Chicago. Sócio de Freitas e Assad Advogados.

## INTRODUÇÃO

No presente artigo, analisamos a alegação de onerosidade excessiva, invocada por produtores rurais brasileiros como justificativa para a revisão de contratos de venda e compra antecipada de *commodities* (denominados contratos de soja verde), considerando a expressiva alta no preço da soja nas safras 2002/2003 e 2003/2004. Seu pleito baseou-se no argumento de que a elevação dos preços no período caracterizaria evento imprevisível, o que implicaria inesperada redução da sua lucratividade e injustificado enriquecimento dos compradores (via de regra, as *trading companies*).

Para bem compreender o problema e as suas implicações, será traçado um paralelo com um *case* norte-americano que apresenta claros pontos de contato com a controvérsia em questão. A empresa aérea Eastern Air Lines sustentou haver desequilíbrio em um contrato assinado com a Gulf Oil Corp em vista da alteração do preço do petróleo, que reverberou no dos combustíveis.

Tal análise nos permitirá responder se, em cenários desse tipo, é configurada a onerosidade excessiva e, portanto, se as quebras contratuais levadas a efeito pelos produtores rurais brasileiros justificavam-se à luz da legislação do Brasil. Serão estudados os entendimentos judiciais sobre o tema e os fundamentos das decisões, a fim de mostrar em que medida foram (e são) adequados e de que modo influenciaram o mercado do agronegócio.

Dado o alcance da discussão aqui empreendida, este artigo interessa não só ao agronegócio e aos seus *players*, como também a todas as demais esferas em que, diante de alteração nos preços de mercado, surjam controvérsias em contratos de venda antecipada para a entrega futura de produtos. Ante os impasses dessa natureza, intentamos propor uma solução que, em virtude de sua fundamentação e malgrado suas limitações, parece-nos a mais adequada. Serão recomendadas as condutas específicas a adotar em hipóteses semelhantes e as respectivas cautelas.

## 1. DESCUMPRIMENTO DOS CONTRATOS DE SOJA VERDE ANTE A “INESPERADA” ALTA DE PREÇOS DA COMMODITY

Como descrito por Christiane Leles Rezende e Decio Zylbersztajn (2011, p. 156), “o contrato de soja verde surgiu como um arranjo alternativo para obtenção de crédito em vista da limitada oferta de crédito agrícola”, referindo-se o termo “soja verde” à “compra antecipada de soja por parte das indústrias esmagadoras e/ou *tradings* por meio de contratos”, sendo o objetivo de tal contrato “[...] garantir o suprimento de produtos agrícolas para empresas processadoras e exportadoras de grãos, em especial a soja, gerando mecanismos de financiamento da atividade agrícola, seja na forma de financiamento direto dos produtores, seja na forma de fornecimento antecipado de insumos para os agricultores”; “[...] na maior parte dos casos o contrato é padronizado e os preços são fixados com base no mercado futuro da soja”, buscando as partes “[...] objetivos diversos, como evitar o risco de oscilação de preço e/ou obter financiamento para a safra”, transacionando-se,

“[...] sob a óptica da economia das organizações [...] pelo menos dois elementos [...]: risco e/ou crédito”.

O problema surgiu nas safras 2002/2003 e 2003/2004, diante de uma elevação no preço da saca de soja, tendo atingido “[...] picos elevados no mercado *spot*, distanciando-se do preço que fora definido no contrato de compra e venda antecipada” (REZENDE e ZYLBERSZTAJN, 2011, p. 156), que havia sido celebrado entre os produtores rurais e as *tradings* compradoras de *commodities*.

Fato é que, “[...] após uma inesperada valorização da soja, alguns produtores ingressaram com ações de revisão judicial dos contratos, alegando imprevisibilidade e enriquecimento injustificado, a fim de não cumprir o pactuado e evitar a entrega do produto de seu plantio pelo preço antes estipulado” (TIMM, 2018, p. 17).

O preço da soja guia-se pela cotação da *commodity* na Bolsa de Chicago, e, em 2002, conforme reportagem do jornal *Valor*, reproduzida pela revista *Avicultura Industrial*, “os preços pagos pela soja no Brasil atingiram novo recorde” ante a “elevação das cotações futuras na bolsa de Chicago e a desvalorização do real diante do dólar” (FORTE..., 2002).

Como mapeado no estudo realizado por Rezende e Zylbersztajn (2011, p. 155), os descumprimentos contratuais levaram a diversas discussões judiciais sobre o tema, cujos processos de primeiro grau e cujos recursos foram minuciosamente por eles analisados.<sup>2</sup> Neste artigo, será adotado como paradigma o Recurso Especial (REsp) 722.130/GO, relatado no Superior Tribunal de Justiça (STJ) pelo ministro Ari Pargendler, julgado em 15 de dezembro de 2005 (BRASIL, 2005).

## **2. TEORIA DA IMPREVISÃO, DESEQUILÍBRIO CONTRATUAL, ONEROSIDADE EXCESSIVA E POSICIONAMENTO DO STJ**

O caso examinado ocorreu no estado de Goiás, onde se iniciou e deu-se a maioria das disputas judiciais sobre o tema. Conforme se extrai do voto-vista da ministra Nancy Andrichi, “as partes firmaram Contratos de Compra e Venda de Soja futuro visando a entrega de um total de 3.000 sacas do produto, com expedição de Cédulas de Produto Rural (CPR), nos termos da Lei n. 8.929/94” (BRASIL, 2005, p. 15). O valor negociado foi de R\$ 25,59 por saca de soja de 60 kg.

No voto, a ministra apresenta a posição do produtor rural, que alegava ter o preço da soja sofrido “uma significativa variação, girando em torno de R\$ 38,00 na data da propositura da ação”, e ter sido majorado também o custo da produção da soja. Esclarece que ele requereu “a rescisão do contrato, seja pela aplicação do princípio de sua função social (art. 2.035), seja com fundamento em lesão (art. 157), da onerosidade excessiva (art. 478) da imprevisão (art. 317) ou

---

<sup>2</sup> Colhe-se do texto utilizado como referência para o presente artigo o seguinte: “FORAM REALIZADAS ANÁLISES DESCRITIVA E ECONOMÉTRICA UTILIZANDO 161 APELAÇÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS, E UMA PESQUISA QUANTITATIVA COM 70 PRODUTORES RURAIS” (grifo do autor).

com fundamento no princípio da boa-fé objetiva (art. 113 e 422, todos do CC/02)” (BRASIL, 2005, p. 15).

Na sentença, os pedidos foram julgados improcedentes com base em diversos fundamentos, sendo relevantes para o presente artigo os seguintes:

- (i) afastou a hipótese de nulidade da avença, porquanto os requisitos de validade do contrato devem ser regulados pelo CC/16, e não se verifica na petição inicial qualquer alegação dos vícios relacionados nos arts. 86 a 113 daquele dispositivo;
- (ii) afastou a alegação de lesão, porquanto não se preencheriam seus requisitos objetivo e subjetivo;
- (iii) afastou a alegação de nulidade dos contratos com fundamento na falta de adiantamento do preço porquanto esse não é um requisito essencial desse tipo de avença;
- (iv) não acolheu o pedido de rescisão da avença com fundamento em onerosidade excessiva, por dois motivos: primeiro, porque os contratos não se caracterizariam como de execução continuada; e, segundo, porque o aumento do preço do produto não decorreu de acontecimento extraordinário ou imprevisível (BRASIL, 2005, p. 15-16).

No acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (TJGO), em apelação, a sentença foi reformada, sob o argumento de que devia “ser aplicado à hipótese dos autos o princípio da função social dos contratos e, reconhecendo a imprevisibilidade da variação do preço da soja, decretou a rescisão dos contratos e tornou sem efeito a Cédula de Crédito Rural a ele vinculada” (BRASIL, 2005, p. 16). Diante disso, a compradora interpôs recurso especial.

Nesse recurso, foram alegadas as seguintes violações:

- (a) art. 157, do CC/02, porquanto para a aplicação do instituto da lesão é necessário que fique demonstrada a inexperiência e premente necessidade da parte prejudicada, o que não se verificaria na hipótese;
- (b) art. 157, § 1º, porque, para a aplicação do instituto da lesão, é necessário que a desproporção entre as prestações se verifique à época em que foi celebrado o negócio jurídico;
- (c) art. 535, inc. II, do CPC, pelo não acolhimento dos embargos de declaração;
- (d) 478, do CC/02, porquanto: (i) não haveria prova da onerosidade excessiva (o acórdão confundiu prejuízo com menor lucratividade); (ii) ausência de demonstração da vantagem excessiva obtida pelo comprador da soja, uma vez que este também a comercializara no mercado futuro;
- (iii) não se demonstraram acontecimentos extraordinários e imprevisíveis que permitissem a aplicação do princípio da onerosidade excessiva;
- (e) art. 421 do CC/02, uma vez que o contrato *sub judice* cumpre sua função social;

(f) art. 422 do CC/02, com fundamento em que não houve quebra de lealdade contratual (BRASIL, 2005, p. 17).<sup>3</sup>

A ministra Nancy Andrighi acompanhou o voto do ministro Ari Pargendler. Sintetizou o entendimento de ambos nos fundamentos de que “o contrato de compra e venda é perfeitamente válido e eficaz, não se justificando, nem sua anulabilidade, seja com fundamento em lesão ou na ofensa ao princípio da boa-fé objetiva, nem sua rescisão com base em onerosidade excessiva”, e ponderou que “[a] lesão, como bem observado pelo recorrente, justifica-se apenas se, à época da contratação, há desproporção entre as prestações e se tal desproporção decorre de premente necessidade ou de inexperiência”, mas “[...] nenhum desses requisitos se verifica na hipótese dos autos” (BRASIL, 2005, p. 18).

O voto do ministro Ari Pargendler afastou o entendimento do TJGO e amparou-se no parecer do professor Silvio Rodrigues, destacado no voto da ministra Nancy Andrighi e a seguir transcrito:

[...] após examinar contratos padrão de aquisição de soja pelas associadas da ABIOVE, verifiquei que tal convenção, ao invés de cuidar de um negócio aleatório, esboçava fora de qualquer dúvida, um contrato comutativo. Com efeito, as prestações das partes são desde logo fixadas. A do vendedor consiste na entrega de um certo número de quilos de soja em grãos em uma data futura, em troca de um preço desde logo fixado pelo comprador, ou que será fixado no futuro de acordo com as regras desde logo estabelecidas. O negócio é irrevogável, irretroatável, obrigando as partes, seus fiadores e sucessores. Repito, contrato comutativo, como acima caracterizei (BRASIL, 2005, p. 7).

O ministro Ari Pargendler observou ainda que,

[...] na linha desse parecer, o artigo 478 do Código Civil não autoriza o descumprimento do contrato, porque: “1º) o fato que teria alterado o valor das prestações de uma das partes não era extraordinário, mas correntio; 2º) o acontecimento que afetou a prestação de uma das partes não era imprevisível, pelo contrário, era perfeitamente previsível; 3º) não houve prejuízo para o vendedor, que teve no negócio apenas um lucro menor” (BRASIL, 2005, p. 9).

### **3. PONTOS DE CONTATO ENTRE O CASO DA SOJA VERDE E O CASE NORTE-AMERICANO *GULF OIL CORP V. EASTERN AIR LINES***

A similaridade do *case* norte-americano com o debate sobre a questão da soja verde anteriormente analisado diz respeito à alteração nos preços do produto, *in casu*, o petróleo. O contrato

---

3 Relato da ministra Nancy Andrighi sobre os fundamentos do recurso especial interposto pela empresa Caramuru.

celebrado entre a Gulf Oil Corp e a Eastern Air Lines estabelecia o fornecimento de combustível, fixando-se o seu preço com base em um índice confiável do valor de mercado do petróleo bruto, o West Texas Sour. O governo norte-americano autorizou, no entanto, o aumento dos preços do petróleo, que, por sua vez, foram refletidos no custo do combustível de aviação. A Eastern pagou um aumento de 11 centavos para 15 centavos (ou cerca de 40%) por galão sobre o contrato.

Além dessa, outras questões foram objeto de discussão entre a Gulf e a Eastern, mas, para o escopo deste artigo, o que buscamos analisar é se, diante da alteração do preço do petróleo, que se refletiu no valor dos combustíveis, foi configurada a onerosidade excessiva da obrigação contratual, causada por um evento imprevisível, capaz de desequilibrar a relação contratual e impingir perdas a um dos contratantes e enriquecimento sem causa ao outro. O tribunal da Flórida entendeu que não houve má-fé da Gulf e que a variação de preços do petróleo não era inesperada, e observou que o aumento de custo imprevisto que justificaria o desempenho “deve ser mais do que meramente oneroso ou caro”, enfim, “deve ser claramente injusto manter as partes vinculadas” (UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE SOUTHERN DISTRICT OF FLORIDA, 1975, tradução livre).<sup>4</sup> Invocando precedentes, a corte sustentou que a circunstância de o negócio não ter se tornado economicamente atrativo não se afigurava suficiente para justificar o descumprimento da obrigação contratual e concluiu que não é permitido que “uma parte de um contrato escape de um mau negócio apenas porque ele é oneroso” (UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE SOUTHERN DISTRICT OF FLORIDA, 1975, tradução livre).<sup>5</sup>

Ainda citando precedentes, o tribunal da Flórida concluiu que o contratante deve realizar a obrigação à qual se propôs cumprir incondicionalmente, ainda que em momento posterior possa encontrar dificuldades. Estas não o eximem de sua responsabilidade contratual ante os riscos que decorrem do negócio:

Aquele que se obriga incondicionalmente a fazer uma coisa passível de ser executada deve ser obrigado a realizá-la; e, embora a execução, posteriormente à assinatura do contrato, possa tornar-se difícil ou mesmo impossível, (isso) não isenta o promitente, e particularmente naquilo em que ele poderia ter previsto a dificuldade e a impossibilidade (UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE SOUTHERN DISTRICT OF FLORIDA, 1975, tradução livre).<sup>6</sup>

Em síntese, o tribunal afirmou que eventual alteração do mercado, por si só, não justifica o descumprimento da obrigação assumida, pois esse tipo de risco é inerente aos contratos

---

4 No original: “[...] must be more than merely onerous or expensive”, “it must be positively unjust to hold the parties bound”.

5 No original: “[...] the fact that performance has become economically burdensome or unattractive is not sufficient for performance to be excused”. E ainda: “[...] não é permitido a uma parte de um contrato escapar de um mau negócio apenas porque é oneroso” (no original: “[...] a party to a contract to escape a bad bargain merely because it is burdensome”). Trecho extraído do *case* norte-americano já referido.

6 No original: “(O)ne who unconditionally obligates himself to do a thing possible of performance, must be held to perform it; and though performance, subsequent to the contract, may become difficult or even impossible, (this) does not relieve the promisor, and particularly where he might have foreseen the difficulty and impossibility”.

celebrados a preço fixo: “Nenhuma alta ou queda no mercado são justificativas em si, pois é exatamente esse tipo de risco comercial que os contratos comerciais feitos a preços fixos pretendem cobrir” (UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE SOUTHERN DISTRICT OF FLORIDA, 1975, tradução livre).<sup>7</sup>

Também não passou despercebido da Corte da Flórida que, “para que se aplique a regra do UCC § 2-615,<sup>8</sup> deve haver o descumprimento de uma condição pressuposta, que era uma assunção subjacente do contrato, cujo descumprimento era imprevisível e cujo risco não foi especificamente alocado à parte reclamante” (UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE SOUTHERN DISTRICT OF FLORIDA, 1975, tradução livre).<sup>9</sup>

Finalmente, esse aspecto assemelha-se ao caso da soja verde, visto que o aumento do custo por si só não é justificativa para a impraticabilidade contratual, pois é risco de negócio decorrente de contrato realizado por preço fixo.

#### 4. REDUÇÃO DO LUCRO E AFASTAMENTO DA ONEROSIDADE EXCESSIVA

Na hipótese ora examinada, não se caracterizou a onerosidade excessiva, e as quebras contratuais levadas a efeito pelos produtores rurais não se justificavam à luz da legislação brasileira.

Em estudo sobre o caso da soja verde, Rezende e Zylbersztajn (2011, p. 165) constataram que, “em 92% dos casos analisados, os juízes consideraram que a alteração ocorrida nos preços não podia ser interpretada como imprevista pelas partes e não justificava a anulação do contrato”, e, desde a decisão do STJ relatada pelo ministro Ari Pargendler, a “jurisprudência é indicativa da manutenção desses contratos, uma vez que a alteração no valor do preço não foi considerada como fato imprevisível” (REZENDE e ZYLBERSZTAJN, 2011, p. 165).

Os entendimentos judiciais sobre o tema afastaram e ainda afastam a onerosidade excessiva alegada no caso da soja verde. Por um lado, a redução da margem de lucro suportada pelos produtores rurais não justifica a sua caracterização, não incidindo a regra do art. 478 do Código Civil, e, por outro, “a variação do preço da saca da soja ocorrida após a celebração do contrato não evidencia acontecimento extraordinário e imprevisível apto a propiciar a revisão da obrigação com alteração das bases contratuais” (BRASIL, 2016), até porque está entre os “riscos ordinários” (BRASIL, 2012) do negócio.

Esse posicionamento, na medida em que se consolidou na jurisprudência do STJ, provocou reflexos no agronegócio. Os *players* desse mercado passaram a analisar com mais cuidado os

---

7 No original: “Neither is a rise or a collapse in the market in itself a justification, for that is exactly the type of business risk which business contracts made at fixed prices are intended to cover”.

8 Regra do Código Comercial Uniforme que pode ser invocada com a pretensão de justificar o descumprimento contratual, inclusive de bens futuros, caso a inexecução decorra de um fato não previsível quando da contratação.

9 No original: “[...] for UCC § 2-615 to apply there must be a failure of a pre-supposed condition, which was an underlying assumption of the contract, which failure was unforeseeable, and the risk of which was not specifically allocated to the complaining party”.



riscos do negócio, notadamente em relação à precificação, uma vez que existe a possibilidade de oscilação nos preços das *commodities* agrícolas.

O comportamento dos agentes desse mercado naturalmente deve ser pautado pelo princípio da boa-fé (Código Civil, art. 422), de modo a fazer cumprir tudo que tiver sido celebrado nos contratos dessa natureza, considerados aleatórios. Veja-se, a propósito, o que se disse no julgamento do Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial (AgInt nos EDcl no AREsp) 784.056/SP (BRASIL, 2016).

Um dado fundamental da questão é que, nos contratos de venda futura de soja, os riscos decorrentes das oscilações dos preços de mercado devem ser suportados não só pelos vendedores, mas também pelos compradores, não se vislumbrando, assim, desequilíbrio contratual. Além disso, é preciso considerar a regra do art. 421-A do Código Civil, que dispõe sobre a presunção de que os contratos civis e empresariais são “paritários e simétricos”, e reconhece que a “alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada”, sendo cabível a revisão contratual somente em hipóteses excepcionais e limitadas.<sup>10</sup>

Alterar esse estado de coisas implicaria violação da norma legal e indevida intervenção do Poder Judiciário na esfera de vontade das partes, que contrataram e assumiram os riscos do negócio. A propósito, convém consultar o projeto que reuniu os princípios, as definições e as regras-modelo de direito privado europeu, no qual se ressalta a mínima intervenção do Poder Judiciário nos contratos, ainda que materializados os riscos do negócio:

III. – 1:110: Modificação ou rescisão judicial por mudança de circunstâncias (1) Uma obrigação deve ser cumprida mesmo que o seu cumprimento se tenha tornado mais oneroso, seja porque o custo do cumprimento aumentou, seja porque o valor do que deve ser recebido em troca diminuiu (STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE e RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW [ACQUIS GROUP], 2009, p. 232, tradução livre).<sup>11</sup>

Eventual revisão do contrato em favor do produtor rural sob o argumento de se pretender corrigir desequilíbrio contratual causaria desbalanceamento na relação em desfavor do comprador da soja. Explica-se invocando recente julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) em que se reconheceu, na hipótese de não entrega dos produtos, que tal descumprimento contratual “obriga a compradora a adquirir no mercado, para cumprir suas obrigações, outras sacas de soja” (BRASIL, 2022). Também não deve passar despercebido que as *trading companies* compram *commodities* no mercado brasileiro para exportação, e os produtos por elas comprados são conectados a contratos firmados no exterior.

---

<sup>10</sup> Trechos extraídos dos dispositivos legais do Código Civil (BRASIL, 2002).

<sup>11</sup> No original: “Variation or termination by court on a change of circumstances (1) An obligation must be performed even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of what is to be received in return has diminished”.

O presidente da Associação Brasileira da Indústria de Óleos Vegetais (Abiove), André Nassar, em matéria jornalística veiculada no *Canal Rural* (FLORENTINO, 2021), advertiu que, “no momento em que o produtor vendeu, a *trading* já vendeu ‘contra’ Chicago”. Assim, “se ele não entregar para a *trading*, ela vai ter que honrar aquele volume, comprando no mercado, mais caro” e “quem tem que pagar isso é o produtor que rompeu o contrato”. Em suma, a questão da quebra contratual deve ser examinada não apenas do ponto de vista das partes diretamente envolvidas em dado contrato, mas à luz da complexa cadeia de negócios que envolve a produção e o comércio agroindustrial.

## 5. REVISITANDO O TEMA: A NOVA DISPARADA DOS PREÇOS DA SOJA NO CENÁRIO DA COVID-19

O tema examinado neste artigo adquire especial relevância no momento atual, em que se constata nova alta no preço da soja, desta vez ocorrida por ocasião da pandemia de covid-19. No cenário recente, esse componente novo fez ressurgir a questão da imprevisibilidade. Seria a pandemia um fato imprevisível e extraordinário, que, tendo levado a uma alteração nas taxas de câmbio e, conseqüentemente, à elevação expressiva do preço da soja, ocasionou um desequilíbrio contratual gerador de onerosidade excessiva, que autorizaria a revisão dos contratos futuros de venda e compra? Tal circunstância alteraria ou alterará o entendimento jurisprudencial do STJ?

É fato amplamente divulgado na imprensa nacional que, antes da pandemia de covid-19, a saca de soja de 60 kg era vendida a um preço médio de R\$ 80. Em razão do impacto provocado sobre a economia global pela disseminação de um vírus letal em escala planetária, circunstância que se refletiu na alteração das taxas de câmbio, o cenário se modificou. Mesmo depois do controle da pandemia, a saca da *commodity* chegou a ser negociada a R\$ 200, e há previsão de que os preços subam ainda mais. Esse estado de coisas reavivou a discussão sobre a possibilidade de haver sustentação jurídica para eventual descumprimento de contratos futuros; a tese favorável a tal entendimento ampara-se na teoria da imprevisão.

Um caso que chamou a atenção do mercado do agronegócio ocorreu em Santa Catarina, em disputa travada entre a Bunge Alimentos S.A. e a Cooperativa Agrícola de Santa Cruz do Pery (Copery), relativa ao pedido de revisão do contrato futuro de venda e compra de soja. Na sentença, proferida em 7 de setembro de 2020, o entendimento exarado foi o de que

[houve] interferência da pandemia sobre o câmbio, elevando sobremaneira a cotação do dólar frente ao real, [caracterizando-se] a teoria da imprevisão que altera substancialmente as bases negociais, impondo ônus insuportável a uma das partes, enquanto a outra beneficia-se enormemente com a vantagem contratual advinda desse acontecimento posterior não conhecido e nem considerado quando da celebração dos negócios pelas partes (BRASIL, 2020).

Analisando a questão pelo prisma dos arts. 478 e 480 do Código Civil, o magistrado entendeu que “os ajustes estabelecidos são de execução diferida a ambas as partes, tratando-se de compra e venda futura, com entrega da coisa e o pagamento do preço nos prazos estabelecidos, ou seja, para a safra seguinte de grãos; – *prestação excessivamente onerosa a uma das partes, com extrema vantagem para a outra*” (BRASIL, 2020, grifo do autor). A conclusão a que ele chegou foi a de que “não se trata de flutuação cambial provocada por contingências normais do mercado, sendo esta a álea assumida por ambas as partes e que não comporta intervenção judicial” (BRASIL, 2020). Como as partes se compuseram, o debate da questão jurídica não chegou ao STJ, diversamente do que ocorreu com as discussões dos contratos futuros de venda e compra de soja decorrentes das safras 2002/2003 e 2003/2004.

Não obstante os argumentos da sentença em destaque impressionem, *prima facie*, sem se pretender fazer algum juízo de valor favorável ou contrário a qualquer das partes envolvidas no litígio, é necessário observar que há um ponto que, reconhecido tanto no precedente brasileiro do STJ quanto no *case* norte-americano anteriormente retratado, ainda permanece inabalável. Trata-se, como temos visto neste artigo, da inexistência de desequilíbrio contratual na relação jurídica pura entre o produtor rural vendedor da soja e a *trading* compradora do produto, uma vez que, fixado o preço entre as partes, eventuais alterações no valor futuro da saca de soja apenas acarretarão ao vendedor lucro menor, como já anotado quer no precedente do STJ, quer no *case* estrangeiro.

Em síntese, para pleitear a revisão de contrato, o produtor (vendedor) terá de provar, por exemplo, que o preço fixado antes do plantio, se for mantido, causará *prejuízos* a ele, tendo em vista que, desde a contratação, os preços dos insumos, alocados naquela produção, tiveram alta capaz de comprometer a prestação a que se obrigou, tornando-a excessivamente onerosa. A redução do lucro, por si só, sendo parte do risco do negócio, não é suficiente para caracterizar a presença de onerosidade excessiva e o consequente desequilíbrio contratual.

Em notícia veiculada no *site* do STJ, o seu ministro-presidente à época, João Otávio de Noronha, apresentou ponderação segundo a qual “o juiz tem espaço para criar soluções destinadas a conciliar interesses sob os efeitos econômicos da pandemia do novo coronavírus, mas um suposto ‘princípio da Covid-19’ não pode se transformar em pretexto para interferência nas relações contratuais” (PARA..., 2020). O que se extrai da jurisprudência ao analisar pedidos de revisão contratual, sob o argumento de que, ante os efeitos da pandemia, as prestações tornaram-se onerosamente excessivas, é a *possibilidade* – não a obrigatoriedade – da revisão contratual em casos excepcionais, alertando:

Os princípios da função social e da boa-fé contratual devem ser sopesados nesses casos com especial rigor a fim de bem delimitar as hipóteses em que a onerosidade sobressai como fator estrutural do negócio – condição que deve ser reequilibrada tanto pelo Poder Judiciário quanto pelos envolvidos, – e aquelas que evidenciam ônus moderado ou mesmo situação de oportunismo para uma das partes (BRASIL, 2022).

## CONCLUSÃO

Decorridas duas décadas desde as discussões que se travaram sobre eventual onerosidade excessiva nos contratos futuros de venda e compra de soja, a questão voltou à tona, agora sob o argumento de que a pandemia de covid-19 constituiria evento imprevisível e extraordinário, apto a justificar a revisão de contratos. Forçoso seria considerar que um fato dessas proporções, de impacto global, afetou outros preços, não só os da soja, o que o tornaria uma justificativa para o rompimento de inúmeros contratos. Diante dessa circunstância e considerando o *case* norte-americano aqui estudado, no qual se pleiteou revisão contratual com base na variação do preço do petróleo, é possível vislumbrar questionamentos dessa natureza em diferentes mercados.

A jurisprudência mostra-nos que a solução para esse tipo de impasse tem sido a manutenção dos contratos futuros de venda de soja, afastando-se a hipótese de sua ruptura. Não se sustenta o argumento de que a oscilação de preços de mercado das *commodities* agrícolas seria um evento imprevisível e causaria desequilíbrio contratual gerador de prejuízos para um dos contratantes e de enriquecimento ilícito para o outro. Afinal, lucratividade menor não é o mesmo que prejuízo.

A onerosidade excessiva deve ser representada na impossibilidade de o contratante cumprir tudo a que se obrigou, sem que, para tanto, aufira prejuízos, o que não se confunde com a circunstância de poder cumprir a obrigação, mas com uma lucratividade menor. É necessário, portanto, demonstrar que o cumprimento do contrato se tornou demasiado oneroso, ou seja, apresentar prova de que o fato imprevisível o comprometeu e impingiu *prejuízos* ao contratante. Naturalmente, isso não se confunde com redução da lucratividade.

Os casos em que surgirem discussões como a exposta no processo catarinense retratado neste artigo devem ser enfrentados com especial cuidado. Cumpre analisar criteriosamente as provas, de modo a aferir se houve ou não alteração quando da conclusão do contrato na prestação a que se obrigou o contratante, não obstante a existência de um fato inesperado. A possibilidade de revisão de contrato existe, mas está sujeita a rigorosa comprovação dos fatos.

Recomenda-se, por fim, que as partes contratantes planejem com todo o cuidado o seu negócio, considerem os riscos envolvidos e, se for o caso, valham-se da contratação de *hedge*, como uma forma de compensar perdas inesperadas. Nas hipóteses em que houver alteração no preço dos produtos de fato originada por fatos inesperados, aconselha-se aos contratantes que busquem uma solução consensual, de modo a evitar a intervenção judicial nos contratos e preservar a autonomia privada.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília: Presidência da República, [2002]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm#capituloviarrassinal](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm#capituloviarrassinal). Acesso em: 24 maio 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 722.130/GO (2005/0017809-0)**. Comercial. 1. Compra e venda de safra futura a preço certo. A compra e venda de safra futura, a preço certo, obriga as partes se o fato que alterou o valor do produto agrícola (sua cotação no mercado internacional) não era imprevisível. 2. Cédula de produto rural. A emissão de cédula de produto rural, desviada de sua finalidade típica (a de servir como instrumento de crédito para o produtor), é nula. Recurso especial conhecido e provido em parte. Relator: Min. Ari Pargendler. Julgamento: 15 de dezembro de 2015. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200500178090&dt\\_publicacao=20/02/2006](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200500178090&dt_publicacao=20/02/2006). Acesso em: 24 maio 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial 784.056/SP**. Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial. Contrato de compra e venda de safra futura de soja. [...]. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Julgamento: 15 de setembro de 2016. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201502326497&dt\\_publicacao=22/09/2016](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201502326497&dt_publicacao=22/09/2016). Acesso em: 24 maio 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial 945.166/GO**. Direito civil e processual civil. Recurso Especial. Omissão. Inexistência. Contrato de compra e venda de safra futura de soja. Contrato que também traz benefício ao agricultor. Ferrugem asiática. Doença que acomete as lavouras de soja do Brasil desde 2001, passível de controle pelo agricultor. Resolução do contrato por onerosidade excessiva. Impossibilidade. Oscilação de preço da “commodity”. [...]. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento: 28 de fevereiro de 2012. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200700922864&dt\\_publicacao=12/03/2012](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200700922864&dt_publicacao=12/03/2012). Acesso em: 24 maio 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Procedimento Comum Cível 5001941-87. 2020.8.24.0022/SC**. 2020. Disponível em: [https://eproc1g.tjsc.jus.br/eproc/externo\\_controlador.php?acao=consulta\\_autenticidade\\_documentos](https://eproc1g.tjsc.jus.br/eproc/externo_controlador.php?acao=consulta_autenticidade_documentos) (mediante o preenchimento do código verificador 310006342809v104 e do código CRC 1b633946). Acesso em: 25 maio 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível 1027223-38.2019.8.26.0100**. Compra e venda – Embargos à execução – Celebração entre as partes de dois contratos de compra e venda de soja – Mercadoria do segundo contrato não entregue pelo vendedor – Cobrança, por parte da compradora (pela via da execução), de duas multas contratuais, uma referente a cláusula penal moratória e outra referente a cláusula penal compensatória [...]. Relator: Caio Marcelo Mendes de Oliveira. Julgamento: 24 de março de 2022. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do>. Acesso em: 24 maio 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial **1.998.206/DF**. Julgamento: 7 de junho de 2022. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2179971&num\\_registro=202200091689&data=20220804&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2179971&num_registro=202200091689&data=20220804&formato=PDF). Acesso em: 21 dez. 2022.

FLORENTINO, J. Posso quebrar o contrato de venda de grãos para aproveitar a alta do preço? **Canal Rural**, São Paulo, 18 maio 2021. Disponível em: <https://www.canalrural.com.br/noticias/agricultura/grao-quebrar-contrato-venda-antecipada-alta-preco/>. Acesso em: 4 dez. 2022.

FORTE alta do preço da soja no Brasil. **Avicultura Industrial/Valor Online**, 31 jul. 2002 (atualizado em 20 abr. 2016). Disponível em: <https://www.aviculturaindustrial.com.br/imprensa/forte-alta-do-preco-da-soja-no-brasil/20020731-084902-0251>. Acesso em: 24 maio 2022.

PARA o presidente do STJ, “princípio da Covid-19” não pode levar à interferência excessiva nos contratos. **Portal de Notícia, STJ**, 1º jun. 2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalt/Paginas/Comunicacao/Noticias/Para-o-presidente-do-STJ--%E2%80%9Cprincipio-da-Covid-19%E2%80%9D-nao-pode-levar-a-interferencia-excessiva-nos-contratos.aspx>. Acesso em: 25 maio 2022.

REZENDE, C. L.; ZYLBERSZTAJN, D. Quebras contratuais e dispersão de sentenças. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 155-176, jan.-jun. 2011.

STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE; RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP). **Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law**. 2009. Disponível em: <https://sakig.pl/wp-content/uploads/2019/01/dfcr.pdf>. Acesso em: 27 maio 2022.

TIMM, L. B. Por que arbitragem no agronegócio? *In*: REIS, M. H. (coord.). **Arbitragem no agronegócio**. São Paulo: Verbatim, 2018. p. 9-20.

UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE SOUTHERN DISTRICT OF FLORIDA. **Eastern Air Lines, Inc., Plaintiff, v. Gulf Oil Corporation, Defendant. No. 74-335-Civ-JLK**. October 20, 1975. Judge James Lawrence King. Disponível em: <https://h2o.law.harvard.edu/cases/2392>. Acesso em: 24 maio 2022.

# Paralelismo “inteligente”: o uso de sistemas de IA para a prática de condutas anticompetitivas

## “Intelligent” Parallelism: The Use of AI Systems to Practice Anticompetitive Conduct

Lucas Maldonado Diz Latini<sup>1</sup>



**RESUMO:** Este artigo objetiva analisar o potencial anticompetitivo no uso de algoritmos e que, eventualmente, leve a um paralelismo de preços ou a uma colusão tácita, práticas que, a princípio, não são consideradas anticompetitivas *per se*, mas que podem trazer lesões à concorrência. Para tanto, primeiro analisamos o paralelismo de preços e a formação de cartéis à luz da legislação antitruste brasileira. Após, realizamos uma revisão de dois importantes artigos sobre o tema, nos quais são elencadas e analisadas quatro categorias de condutas anticompetitivas mediante uso de algoritmos. Por fim, serão expostas as possíveis soluções para os problemas relacionados ao uso de algoritmos para essas práticas. Em conclusão, constatamos que os desafios para as autoridades antitruste nesse sentido tendem apenas a se multiplicar, tanto em número quanto em complexidade, atraindo a necessidade de ferramentas e arranjos regulatórios mais arrojados, sob pena de uma possível ineficácia das medidas que antes seriam aplicáveis somente ao mundo *off-line*.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito concorrencial, inteligência artificial, algoritmos, paralelismo de preços, colusão tácita.

**ABSTRACT:** This work aims to analyze the anti-competitive potential in the use of algorithms and that, eventually, leads to price parallelism or tacit collusion, practices that, in principle, are not considered anti-competitive *per se*, but that can harm competition. For that, first, we analyze price parallelism and the formation of cartels in the light of Brazilian antitrust legislation. Afterwards, we carried out a review of two important articles on the subject, where four categories of anti-competitive conduct through the use of algorithms are listed and analyzed. Finally, possible solutions to problems related to the use of algorithms for these practices will be exposed. In conclusion, we found that the challenges for antitrust authorities in this sense tend to multiply, both in number and in complexity, attracting the need for bolder regulatory tools and arrangements, under penalty of a possible ineffectiveness of measures that would previously be applicable only to the offline world.

**KEYWORDS:** Competition law, artificial intelligence, algorithms, price parallelism, tacit collusion.



<sup>1</sup> Mestrando em Direito e Tecnologia e especialista em Propriedade Intelectual e Novos Negócios pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO SP). Sócio em Maldonado Latini Advogados. Pesquisador do Centro de Ensino e Pesquisa em Inovação (CEPI/FGV DIREITO SP). Presidente da Comissão de Direito Digital e *Compliance* da 17ª Subseção da OAB/SP.

## INTRODUÇÃO

O crescente uso de novas tecnologias e o advento de uma economia cada vez mais digital vêm impactando e trazendo inúmeros desafios a diversos ramos do Direito. Com a área anticoncorrencial, não seria diferente.

Ao longo dos anos, as tecnologias emergentes (ex.: *e-mails*, aplicativos de mensagens, etc.) passaram a ser usadas como instrumentos de apoio e operacionalização de práticas antitruste. Porém, chegou-se a um novo patamar: o uso de sistemas de Inteligência Artificial (IA) para a prática de condutas anticoncorrenciais, o que tem se mostrado um grande desafio para as autoridades antitruste, tanto pela dificuldade na detecção das práticas quanto pela adoção de ferramentas e falta de conhecimento nas investigações para lidar com essa nova realidade.

A partir desse cenário, o presente artigo tem o objetivo de analisar o potencial anticompetitivo no uso de algoritmos que, eventualmente, leve a um paralelismo de preços ou a uma colusão tácita, bem como quais as implicações dessas condutas para o direito antitruste.

Para tanto, iniciamos o estudo a partir de uma análise do paralelismo de preços e da formação de cartéis à luz da doutrina e da legislação brasileiras.

Após, faremos uma revisão de dois artigos considerados de suma importância sobre essa temática, escritos por Ezrachi e Stucke (2015) e Schwalbe (2018), nos quais são expostas potenciais condutas anticompetitivas a partir do uso de algoritmos.

Por fim, ainda à luz dos mencionados artigos, analisaremos as possíveis soluções para os problemas elencados ao longo do estudo.

## 1. O PARALELISMO DE PREÇOS E A FORMAÇÃO DE CARTÉIS NO “MUNDO OFF-LINE” À LUZ DAS NORMAS BRASILEIRAS

No Brasil, a preocupação com condutas anticoncorrenciais não é nova, e o objetivo central da legislação sempre foi evitar que empresas adotassem, por meio de seus colaboradores, condutas que, de alguma forma, pudessem lesar a livre concorrência ou a livre-iniciativa. Ou seja, a ideia seria reprimir a conduta humana anticoncorrencial.

Especificamente sobre a formação de cartéis clássicos (cartéis *hardcore*), considerada a mais gravosa modalidade de ilícito antitruste, Pereira Neto e Casagrande (2016) lecionam que tanto a antiga Lei n. 8.884/1994 (BRASIL, 1994) quanto a atual Lei n. 12.529/2011 (BRASIL, 2011) não cuidaram de empregar o termo “cartel” de maneira expressa, limitando-se a listar os acordos entre concorrentes como um possível ilícito anticoncorrencial (*vide* art. 36, § 3º, I, da Lei n. 12.529/2011) (PEREIRA NETO e CASAGRANDE, 2016).

Já o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), órgão responsável pela investigação e repressão a práticas antitruste, tratou de trazer uma definição para o termo “cartel”



em dois de seus documentos oficiais (Anexo I da Resolução n. 20/1999 e Cartilha do Cade), nos seguintes termos:

Anexo I – Resolução n. 20/1999:

Cartéis: acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio. (BRASIL, 1999, p. 2-3).

Cartilha do Cade

Cartel é qualquer acordo ou prática concertada entre concorrentes para fixar preços, dividir mercados, estabelecer quotas ou restringir produção, adotar posturas pré-combinadas em licitação pública, ou que tenha por objeto qualquer variável concorrencialmente sensível (BRASIL, 2016, p. 14).

Da leitura de ambos os conceitos trazidos anteriormente, evidencia-se que, para que haja a formação de um cartel, é preciso que haja um acordo, ainda que tácito, ou algum tipo de prática coordenada entre dois ou mais concorrentes, com o objetivo de adotar alguma conduta que prejudique a livre concorrência, como a combinação (paralelismo) de preços.

Pereira Neto e Casagrande (2016) ainda ensinam que o acordo é apenas um dos elementos para caracterização de um cartel. Isso porque, segundo a jurisprudência do Cade, embora os cartéis sejam considerados infrações por objeto (i.e., há presunção dos efeitos negativos da conduta), há a necessidade de comprovação de institucionalização do acordo, o que se dá por meio do “caráter perene da conduta”, de reuniões regulares, de comportamentos determinados e, principalmente, de “mecanismos de *monitoramento* e de *coação*” para garantir a efetividade do acordo (PEREIRA NETO e CASAGRANDE, 2016, p. 111, grifo dos autores).

E, ao lecionar sobre os meios de prova para confirmação da formação do cartel, há uma divisão entre as provas diretas, que são aquelas que comprovam a comunicação entre os envolvidos (ex.: encontros, *e-mails*, testemunhos, etc.) e detalham o teor do que foi acordado, e as provas circunstanciais, que podem trazer ainda mais indícios sobre a conduta praticada (ex.: registros de telefonemas e reuniões em comum) (PEREIRA NETO e CASAGRANDE, 2016).

Portanto, o que se nota é que o elemento central para a configuração de um cartel clássico, nos termos da atual legislação e do próprio posicionamento do Cade, é a conduta humana, ou seja, o *animus* de indivíduos, agindo em nome das empresas que representam, acordarem, de forma expressa ou tácita, em praticar determinadas condutas de maneira coordenada e de forma institucionalizada, prejudicando a livre concorrência, como nos casos de paralelismo de preços.

Contudo, atualmente, as decisões empresariais não são mais tomadas exclusivamente por seres humanos (ATHAYDE e GUIMARÃES, 2020), mas, também, por algoritmos programados para monitorar os preços de mercado e equiparar os preços praticados por determinada empresa àqueles praticados por seus concorrentes. Assim, resta investigar se essa prática pode ser considerada um ilícito anticoncorrencial, o que faremos a seguir.

## 2. PRÁTICAS DE COLUSÃO ALGORÍTMICA

Em uma economia cada vez mais movida por dados, é certo que as novas tecnologias vêm impactando significativamente as nossas vidas. Nesse sentido, de maneira cada vez mais personalizada, empresas conseguem atingir inúmeros consumidores simultaneamente, sobretudo com a utilização de sistemas de IA.

Esses sistemas vêm sendo aperfeiçoados e permitem que as companhias tratem um volume enorme de dados de forma muito dinâmica, gerando um impacto cada vez maior tanto para os usuários quanto para os mercados nos quais as empresas atuam.

Essas práticas, embora benéficas sob alguns pontos de vista, trazem sérias preocupações sociais, inclusive quanto à competitividade e à licitude de determinadas condutas sob a ótica antitruste, área que também vem sendo desafiada pelo advento das novas tecnologias.

Prova disso é que, em 2017, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) publicou um extenso documento com uma análise dos impactos dos algoritmos na seara competitiva (RESENDE, 2021), que demonstra preocupação com os possíveis efeitos negativos, notadamente a possibilidade de colusão por meio dessa tecnologia. Segundo a OCDE (2017, p. 5), “[...] o uso generalizado de algoritmos também levantou preocupações sobre um possível comportamento anticompetitivo, pois eles podem tornar mais fácil para as empresas alcançar e sustentar conluio sem qualquer acordo formal ou interação humana”.

Diante dessa problemática, a partir dos artigos publicados por Ezrachi e Stucke (2015) e Schwalbe (2018), analisaremos potenciais práticas anticompetitivas mediante uso de algoritmos, traçando paralelos entre os ensinamentos trazidos em cada documento.

Logo de início, Ezrachi e Stucke (2015) explanam que os impactos tecnológicos no direito antitruste passaram a levantar preocupações, por exemplo: (i) os conceitos clássicos dos termos “acordo” e “intenção”, que podem ser insuficientes em um ambiente dominado por máquinas; e (ii) a responsabilidade dos desenvolvedores e usuários de algoritmos que cometam infrações anticoncorrenciais.

Nessa linha, Schwalbe (2018) advoga que seria possível punir esse tipo de comportamento sob a ótica antitruste apenas se o conceito do termo “acordo” passasse a abranger condutas ilícitas que envolvam algoritmos.

Entretanto, o autor aponta que, mesmo com um conceito mais abrangente, as autoridades antitruste poderiam enfrentar problemas relacionados à detecção dessa “colusão algorítmica”, dada a ausência de recursos de auditoria e o pouco conhecimento técnico em ciências da computação (SCHWALBE, 2018).

Na sequência, Ezrachi e Stucke (2015) traçam quatro categorias de condutas anticompetitivas mediante uso de algoritmos, são elas: (i) *The Messenger*; (ii) *Hub and Spoke*; (iii) *Predictable Agent*; e (iv) *Autonomous Machine*, que serão aprofundadas a seguir.

### **2.1. The Messenger**

A primeira categoria abordada por Ezrachi e Stucke (2015), nomeada como *The Messenger*, diz respeito ao uso da tecnologia para implementação e monitoramento de um acordo que foi elaborado mediante a conduta humana. Ou seja, o algoritmo funciona apenas como o instrumento de execução automatizada de um acordo humano (ex.: combinação automática de preços entre concorrentes).

Nesse caso, ambos os artigos aqui estudados convergem no sentido de que a legislação e os mecanismos antitruste atualmente existentes já seriam suficientes para punir esse tipo de conduta, visto que houve um acordo entre os agentes quanto à colusão, e a tecnologia só os auxilia a operacionalizar as ações.

Inclusive, Schwalbe (2018) explana que os cartelistas sempre se valerão das novas tecnologias para essa finalidade, e com os algoritmos não seria diferente.

### **2.2. Hub and Spoke**

Na segunda categoria (*Hub and Spoke*), o conjunto de agentes que pretende praticar a conduta ilegal se utiliza de um único algoritmo para determinar os preços a serem praticados no mercado. Geralmente, esse algoritmo é desenvolvido e gerenciado por um terceiro externo ao grupo.

Nesse caso, as companhias envolvidas elegem um desenvolvedor central (chamado de *hub*), que ficará encarregado de programar o algoritmo e operar o esquema a partir das premissas fixadas pelos agentes, levando a uma colusão de preços, por exemplo. Trata-se, assim, de acordos verticais entre as empresas envolvidas com esse agente central, de maneira coordenada e com objetivo comum.

Sobre essa modalidade, Ezrachi e Stucke (2015) apontam que os “indícios de intenção” são importantes na avaliação da natureza desses acordos. Isso porque o fato de haver contratos de diversas empresas de determinado mercado, com um mesmo operador de tecnologia, não significa, necessariamente, uma infração concorrencial.

Ao analisar a prática *Hub and Spoke*, Schwalbe (2018) elenca que, embora possa haver uma suspeita de equilíbrio coordenado pelo uso de um algoritmo central, cada empresa possui incentivos para fornecer soluções diferentes e melhores aos seus respectivos consumidores.

Assim, esse algoritmo central observaria cenários diferentes para cada empresa e, portanto, aprenderia de maneira diferente com cada situação. Para o autor, não se poderia afirmar que a tecnologia faria uma espécie de ação coordenada para aumentar os lucros de todos os agentes (SCHWALBE, 2018).

Além disso, o mesmo texto destaca que, para que uma situação de *Hub and Spoke* ocorra, haveria a necessidade de um acordo, entre as empresas envolvidas, quanto ao agente central que seria responsável por desenvolver e gerenciar o algoritmo (SCHWALBE, 2018). Nesse caso, a atual legislação antitruste já seria suficiente, uma vez que coíbe esse tipo de prática.

### **2.3. Predictable Agent**

Na terceira categoria, conhecida como *Predictable Agent*, cada empresa desenvolverá seu próprio algoritmo, de maneira independente das demais, com resultados previsíveis e comportamentos predeterminados a partir das mudanças do mercado (ex.: acompanhamento dos preços dos concorrentes).

Nessa hipótese, a operacionalização desses algoritmos em cada empresa poderia criar uma interdependência de ações, levando a efeitos anticompetitivos (i.e., colusão tácita).

Ezrachi e Stucke (2015) destacam que a grande dificuldade para as autoridades, nesse tipo de conduta, está na ausência de um acordo entre os concorrentes, bem como na ausência de prova de intenções de alterar as dinâmicas de mercado. Isso porque a colusão tácita, *per se*, não pode ser considerada uma infração anticoncorrencial, o que afastaria a aplicação da atual legislação antitruste.

Na visão dos autores, os agentes somente poderiam ser responsabilizados: (i) se houvesse motivação em atingir resultados anticompetitivos; ou (ii) se eles estivessem cientes de que essa conduta teria probabilidade de causar tais resultados.

Schwalbe (2018) mostra-se mais cético sobre a possibilidade de que o *Predictable Agent* seja um problema. Em sua visão para esse caso, os algoritmos funcionam como mero instrumento usado pelos humanos para a prática da conduta ilícita.

Logo, mesmo que os competidores utilizem algoritmos idênticos, cada um desses algoritmos monitorará cenários diferentes e, portanto, aprenderá de maneira diferente, havendo dúvidas acerca do real aumento nos lucros de maneira coordenada (SCHWALBE, 2018).

Portanto, inexistindo interferência no âmbito concorrencial, não haveria, na visão do autor, necessidade de intervenção das autoridades antitruste.

## 2.4. *Autonomous Machine*

Na quarta e última categoria, os agentes envolvidos, também de maneira unilateral e independente, criam algoritmos para atingir determinado objetivo. Assim, a partir de experiências e aprendizados extraídos do monitoramento de mercado, esses algoritmos tomam decisões independentes (i.e., sem intervenção humana) sobre os meios para atingir o objetivo para o qual foram programados, adotando a melhor estratégia para chegar a esse fim.

A principal diferença entre a quarta (*Autonomous Machine*) e a terceira categorias (*Predictable Agent*) é que, na quarta categoria, não há uma ação coordenada e consciente para facilitar ou viabilizar um paralelismo de preços, já que é a tecnologia quem tomará as decisões, de maneira independente e sem intervenção humana.

Ambos os artigos aqui analisados concordam que, do ponto de vista antitruste, essa é a categoria mais problemática.

Em sua análise, Ezrachi e Stucke (2015) elencam que o algoritmo de cada competidor será projetado com um objetivo específico, apenas com limitações sobre atividades ilegais (ex.: proibição de *market sharing*).

Logo, a partir de suas próprias experiências, a tecnologia encontrará sozinha o melhor caminho para atingir o objetivo para o qual foi programada, o que poderia levar a efeitos anticompetitivos, mesmo sem a interferência humana (EZRACHI e STUCKE, 2015).

Nesse caso, os autores consignam que os atuais conceitos de “acordo” e de “intenção” seriam completamente inaplicáveis, bem como nem sequer haveria evidência desses elementos, já que as decisões são integralmente tomadas pela IA, o que dificulta as investigações pelas autoridades (EZRACHI e STUCKE, 2015).

Já na visão de Schwalbe (2018), hipóteses que envolvem algoritmos autônomos e que aprendem sozinhos trazem diversos desafios para o direito antitruste, e uma opção para lidar com esses problemas seria estender o conceito do termo “acordo” para que também abranja práticas relacionadas a essa “colusão algorítmica”.

Porém, mesmo que isso ocorresse, outros empecilhos surgiriam, tais como: (i) a dificuldade de prova, pelas autoridades, acerca da prática do ilícito; e (ii) quem seria responsabilizado pela conduta (SCHWALBE, 2018).

E, para além dos pontos trazidos pelos artigos ora analisados, entendemos que há, ainda, outro complicador quando se trata de investigações que envolvem algoritmos: o segredo de negócio.

A esse respeito, as questões adicionais que se colocam são: (i) os competidores seriam obrigados a abrir suas estratégias de negócio e permitir que autoridades tivessem acesso, por

exemplo, ao código fonte dos algoritmos envolvidos no possível conluio?; e (ii) qual seria a limitação desse acesso?

No Brasil, ainda não há notícias de investigações promovidas pelo Cade envolvendo uso de algoritmos, porém, recentemente, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) suspendeu a produção de uma prova pericial a respeito da análise do algoritmo utilizado por um aplicativo de transporte de passageiros, justamente acolhendo a tese de que essa perícia revelaria informações sigilosas da empresa que gerencia o aplicativo (MINISTRO..., 2021).

Assim, em nosso entendimento, poderia haver limitações às investigações conduzidas pelas autoridades antitruste relacionadas ao uso de algoritmos, o que levanta questionamentos sobre a própria efetividade de uma operação nesse sentido.

Portanto, o que se verifica é que os desafios às autoridades não são poucos e muito menos simples de se resolver. Assim, ainda a partir da revisão dos artigos de Ezrachi e Stucke (2015) e Schwalbe (2018), abordaremos as possíveis soluções para os problemas aqui elencados.

### 3. POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA A COLUSÃO ALGORÍTMICA

Para Ezrachi e Stucke (2015), três são as possíveis soluções que poderiam auxiliar as autoridades nas investigações que envolvem uso de algoritmos para práticas anticompetitivas.

A primeira solução diz respeito à adoção de salvaguardas para: (i) exigir que as empresas compartilhem com o público os dados utilizados por seus algoritmos, o que poderia reduzir a assimetria informacional existente; e (ii) programar os algoritmos para que eles ignorem “informações comercialmente sensíveis” que possuam pouco ou nenhum valor para os consumidores, mas que seriam relevantes na estratégia das empresas.

Contudo, os próprios autores apontam que essas soluções apresentam problemas, já que a questão da assimetria de informação se tornou mais relevante em tempos de *machine learning*, e programar um algoritmo para ignorar determinado conjunto de informações poderia reduzir a eficiência da ferramenta.

A segunda potencial solução trazida pelos autores está no campo da responsabilização. Para Ezrachi e Stucke (2015), os seres humanos envolvidos no desenvolvimento e na operacionalização do algoritmo poderiam vir a ser responsabilizados se, ao tomarem ciência dos efeitos anticompetitivos gerados pela tecnologia, continuassem a utilizá-la da mesma forma, sem adotar nenhum tipo de conduta para interromper a ação.

Porém, também há empecilhos nessa solução: por exemplo, se o mecanismo de preços do algoritmo estiver aliado a outras funcionalidades do sistema (ex.: melhoria na alocação de recursos internos), desligá-lo pode trazer prejuízos incalculáveis para a empresa (EZRACHI e STUCKE, 2015), já que haveria perda da funcionalidade “benéfica” do algoritmo.

A terceira e última possível solução trazida por Ezrachi e Stucke (2015) relaciona-se a uma “intervenção ativa”, isto é, em casos predeterminados, poderia ser exigido que as empresas reportassem às autoridades o uso de algoritmos antes de sua implementação (intervenção *ex ante*).

Além disso, os autores também elencam a possibilidade de que, nos casos em que houvesse indícios de uma operação orquestrada, também poderia ser exigido que as empresas revelassem a natureza de seus algoritmos (intervenção *ex post*).

Nesses casos, um dos pontos negativos fica por conta da atração de novos custos para as agências de regulação e fiscalização, já que haveria necessidade de análise dos sistemas e de maior monitoramento. Também é preciso achar um ponto de equilíbrio dessa intervenção, justamente a fim de não tornar inviável o uso da tecnologia.

Já na visão de Schwalbe (2018), a primeira possível solução seria estender o conceito do termo “acordo” para que também abranja práticas relacionadas a essa “colusão algorítmica”. Nesse caso, remanescem as ressalvas já traçadas sobre os pontos negativos dessa solução, principalmente como as autoridades poderiam provar tal colusão e quem seria responsabilizado pela conduta.

Outra possível solução para Schwalbe (2018) seria proibir o uso de algoritmos de fixação de preços que aprendessem com as próprias experiências. No entanto, segundo o próprio autor, isso seria inviável, já que essa proibição também minaria as eficiências decorrentes desse tipo de tecnologia.

No mesmo norte, Schwalbe (2018) sugere que, em vez de proibir completamente o uso, poderia haver uma restrição apenas a determinadas classes de algoritmos ou uma proibição a certas funcionalidades nas tecnologias.

Por fim, a última solução apresentada sugere que sejam incorporadas provisões legais e restrições dentro de cada algoritmo, “semelhante às três leis da robótica propostas por I. Asimov” (SCHWALBE, 2018, p. 23).

De acordo com o autor, o problema seria nos casos de algoritmos suficientemente sofisticados e que eventualmente conseguissem contornar essas ordens. Porém, em nossa opinião, essa dificuldade seria facilmente evitável por meio de um monitoramento constante da tecnologia, e, havendo qualquer mínimo desvio, as necessárias correções poderiam ser executadas pelos desenvolvedores.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisar o paralelismo de preços e a formação de cartéis à luz do ordenamento jurídico brasileiro, verificamos que o elemento central para a configuração de um cartel clássico é, justamente, a ação humana, ou seja, o *animus* de indivíduos em praticar determinadas condutas de maneira coordenada e de forma institucionalizada, prejudicando a livre concorrência.

Avançando para a revisão dos artigos de Ezrachi e Stucke (2015) e Schwalbe (2018), verificamos quatro categorias de possíveis práticas anticompetitivas mediante uso de algoritmos: *The Messenger*, *Hub & Spoke*, *Predictable Agent* e *Autonomous Machine*.

Para as duas primeiras categorias, concluiu-se que a atual legislação antitruste seria suficiente para punir os agentes. Já nas duas últimas, o uso de algoritmos pelos competidores revela-se um elemento complicador para as autoridades antitruste.

Por fim, analisamos as possíveis soluções trazidas pelos autores em seus textos, elencando a viabilidade e os pontos negativos de cada uma delas.

Isso tudo posto, concluímos que os desafios para as autoridades antitruste quanto ao uso de novas tecnologias para a execução de atos anticompetitivos tendem apenas a se multiplicar, tanto em número quanto em complexidade. Portanto, ferramentas e arranjos regulatórios mais arrojados certamente serão necessários em um futuro não tão distante, sob pena de uma possível ineficácia das medidas que, antes, seriam aplicáveis somente ao mundo *off-line*.

## REFERÊNCIAS

ATHAYDE, A.; GUIMARÃES, M. *Bumblebee* antitruste? A inteligência artificial e seus impactos no direito da concorrência. In: FRAZÃO, A.; MULHOLLAND, C. (coord.). **IA e Direito: ética, regulação e responsabilidade**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 437-461.

BRASIL. Conselho Administrativo da Defesa Econômica. **Cartilha do Cade**. Atualização: maio de 2016. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/aceso-a-informacao/perguntas-frequentes/cartilha-do-cade.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo da Defesa Econômica. **Resolução n. 20, de 9 de junho de 1999**. Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art. 51 da Lei 8.884/94. Brasília, DF, 1999. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/normas-e-legislacao/resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%2020%2C%20de%209%20de%20junho%20de%201999.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2022.

BRASIL. Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 13 jun. 1994.

BRASIL. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei n. 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 1, 1º dez. 2011.



EZRACHI, A.; STUCKE, M. E. Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition. 8 abr. 2015. **University of Illinois Law Review**, v. 2017, 2017, Oxford Legal Studies Research Paper n. 18/2015, University of Tennessee Legal Studies Research Paper n. 267. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2591874>. Acesso em: 23 jun. 2022.

MINISTRO do TST suspende perícia técnica em algoritmo da Uber. **Conjur**, 1º jun. 2021. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2021-jun-01/ministro-tst-suspende-pericia-tecnica-algoritmo-uber#:~:text=Na%20%C3%BAltima%20sexta%2Dfeira%20\(28,reconhecimento%20do%20v%C3%ADnculo%20de%20emprego](https://www.conjur.com.br/2021-jun-01/ministro-tst-suspende-pericia-tecnica-algoritmo-uber#:~:text=Na%20%C3%BAltima%20sexta%2Dfeira%20(28,reconhecimento%20do%20v%C3%ADnculo%20de%20emprego). Acesso em: 27 jun. 2022.

OCDE. **Algorithms and Collusion**: Competition Policy in the Digital Age. 2017. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/algorithms-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.htm>. Acesso em: 23 jun. 2022.

PEREIRA NETO, C. M. S.; CASAGRANDE, P. L. **Direito concorrencial**: doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2016.

RESENDE, G. M. Precificação e colusão algorítmica: evidências e implicações para concorrência. **Conjur**, 28 maio 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-28/defesa-concorrenca-precificacao-colusao-algoritmica-evidencias-implicacoes-concorrenca>. Acesso em: 27 jun. 2022.

SCHWALBE, U. **Algorithms, Machine Learning, and Collusion**. 1º jun. 2018. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3232631>. Acesso em: 27 jun. 2022.

# Tecnologia e sustentabilidade no agronegócio brasileiro: um futuro desafiador

## Technology and Sustainability in Brazilian Agribusiness: A Challenging Future

Marcelo Costa Soares<sup>1</sup>



**RESUMO:** Este artigo analisa a relação entre tecnologia e sustentabilidade no que diz respeito ao uso de inovação no setor brasileiro de agronegócio, que visa ao aumento de produtividade de modo sustentável diante do crescimento da demanda global por alimentos e da restrição da oferta de terras cultiváveis. Vale dizer que o objetivo é refletir sobre dados que apontam ser a tecnologia mera ferramenta auxiliar para resolver problemas ambientais, mas ao mesmo tempo um desafio para questões socioeconômicas, devido à falta de capital humano especializado, em especial e não somente, em áreas rurais do país. A proposição de alternativas em políticas públicas e investimentos privados passa pela necessidade de se enxergar o agronegócio brasileiro não somente dentro de uma esfera ambiental, mas, sobretudo, diante de um cenário socioeconômico que poderá impactar o futuro do atual destaque do Brasil nesse setor.

**PALAVRAS-CHAVE:** Agronegócio, capital humano, conhecimento, desenvolvimento sustentável, tecnologia.

**ABSTRACT:** This article analyzes the relationship between technology and sustainability with regard to the use of innovation in the Brazilian agribusiness sector, which aims to increase productivity in a sustainable way in the face of the growing world demand for food and the current limitations of arable land. It is noteworthy that the intention is to reflect on data that indicate that technology is a mere auxiliary tool to solve environmental problems, but at the same time, a socioeconomic challenge, due to the lack of specialized human capital, mainly and not only, in rural areas of the country. The proposition of alternatives in public policies and private investments involves the need to see the Brazilian agribusiness industry not only in the environmental sphere, but, above all, in the face of a socioeconomic scenario that may impact the future of Brazil's current prominence in this sector.

**KEYWORDS:** Agribusiness, human capital, knowledge, sustainable development, technology.



---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito e Tecnologia pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO SP). Pós-graduado em Compliance Digital pela Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo, com MBA Executivo em Marketing pela Escola Superior de Propaganda e Marketing de São Paulo (ESPM/SP). Bacharel em Direito pela Universidade Paulista (Unip). Bachelor of Science in Business Administration pela American University of Rome (AUR) na Itália e especialista em Executive Management pela Ohio University - Athens, nos Estados Unidos. Advogado e orientador no Centro de Estudos Jurídicos Júnior (CEJUR FGV).

## INTRODUÇÃO

Terras férteis são cada vez mais escassas. Isso se torna um desafio para o uso sustentável de recursos naturais, que visa ao aumento da produtividade agrícola para atender à demanda global por alimentos sem agressão ao meio ambiente. Tal cenário faz com que o agronegócio brasileiro passe à busca racional por estratégias de desenvolvimento que o levem a conquistar objetivos sustentáveis para enfrentar os percalços ao longo do caminho. Nesse sentido, por um lado, como importante *player*, o Brasil necessita de políticas públicas e investimentos privados que exerçam a sustentabilidade do agronegócio ligada não somente a questões ambientais, mas também a questões socioeconômicas de difícil solução a curto prazo. Vale dizer que, se a visão do agronegócio brasileiro considerar somente a falta de terras férteis devidamente protegidas por lei e o manuseio da terra de forma sustentável como problemas, a sustentabilidade ficará presa apenas à questão ambiental.

Entretanto, o manuseio de tecnologias disponíveis no mercado e a falta de capital humano são questões pouco abordadas, o que pode afetar a atual posição de destaque internacional do Brasil no setor futuramente, pois, em um país em que o capital humano não acompanha a velocidade da inovação, o protagonismo setorial tende a desaparecer.

O uso da tecnologia como ferramenta de auxílio é fundamental para a sustentabilidade. No entanto, por si só, ele não é suficiente. É preciso que, além do uso, existam objetivos claros. Somente assim a relação entre tecnologia e sustentabilidade poderá dar bons frutos no agronegócio. Nesse sentido, o artigo traz relatos jornalísticos *ad hoc* sobre o tema, expõe suas fragilidades e destaca alternativas para as combater.

## 1. RELAÇÃO ENTRE TECNOLOGIA E SUSTENTABILIDADE

De acordo com pesquisa da McKinsey & Company, a população mundial está a caminho de atingir 9,7 bilhões<sup>2</sup> de pessoas até 2050, o que exige aumento correspondente de 70% nas calorias disponíveis para consumo – preocupação que aflige sociólogos de vários países.

O uso da tecnologia, com equipamentos inovadores, ajuda produtores agrícolas a estarem em conformidade com as exigências legais ambientais e colabora com o aumento da produção. Nesse aspecto, teoricamente, o Brasil apresenta certa vantagem, pois, diferentemente de outros países mais desenvolvidos e com economias mais maduras, possui infraestrutura tecnológica em desenvolvimento,<sup>3</sup> o que possibilita a adoção de inovação para atender às exigências de sustentabilidade sem demandar muitas mudanças na infraestrutura.

---

2 De acordo com a pesquisa da McKinsey & Company, realizada em outubro de 2020, cerca de 1/4 de terra arável está em situação ruim, ou seja, degradável, e necessita de restauração significativa antes de poder ser cultivada em grande escala. Pressões ambientais e sociais crescentes exigem práticas agrícolas mais éticas, sustentáveis e eficientes (KATZ *et al.*, 2022).

3 De acordo com Isak Kruglianskas e Vanessa Pinsky (2019), a infraestrutura industrial e tecnológica do Brasil ainda está em construção em relação a outros países mais desenvolvidos, o que facilitaria a implantação de novas tecnologias ligadas à sustentabilidade.

Contudo, é importante ter noção da dimensão global do mercado do agronegócio para entender a contribuição que o Brasil pode lhe oferecer. O mercado global da agricultura de precisão, baseada em informações temporais e espaciais, associadas à tecnologia para melhorar a produção agrícola, faturou US\$ 7 bilhões em 2021, e deve alcançar US\$ 12,8 bilhões até 2025,<sup>4</sup> previsão de alta de quase 83%. Portanto, teoricamente, nota-se que a sustentabilidade ambiental tende a ganhar mais espaço na consciência dos agricultores, visto que a tecnologia disponível ao setor começa a ser utilizada para analisar e atender à necessidade por alimentos das gerações atuais e futuras sem comprometer a saúde dos ecossistemas no entorno.

Ao examinar as áreas de cultivo em âmbito global, verifica-se que até 2017 havia 1,87 bilhão de hectares cultiváveis e uma população mundial de 7,6 bilhões de pessoas, ou seja, uma equação desproporcional, que, se não for desde já acuradamente analisada, acarretará enormes problemas nos âmbitos ambiental, econômico e social.<sup>5</sup> Nesse contexto, a racionalidade ambiental<sup>6</sup> passa a ser um desafio global importante, dada a existência de terras impróprias para produção.

Se, por um lado, o Brasil apresenta uma possível e mais rápida adaptabilidade no tocante à infraestrutura produtiva agrícola (até 2019, conforme estudos da McKinsey & Company, 47% dos agricultores brasileiros usavam algum tipo de tecnologia com Inteligência Artificial [IA] – MAIORES..., 2021), por outro lado, ainda deve ampliar esforços para conferir cortes de vegetação em seu território. Em 2021, apenas 0,87% de áreas desmatadas no país atenderam às exigências legais (PAJOLLA, 2022), o que mostra uma realidade longe da almejada, conforme estabelece o art. 4º, V, da Lei n. 6.938/1981.<sup>7</sup> Eis o motivo para se ter uma noção clara de metodologia produtiva sustentável.

Recentes relatórios indicam que *players* do agronegócio devem ter em mente que a relação entre tecnologia e sustentabilidade terá de dar conta de aumentar a produção agrícola global em cerca de 1 bilhão de toneladas de cereais/ano até 2050, em comparação à produção atual.<sup>8</sup> Sendo o Brasil um país em desenvolvimento, como fazer parte, de modo sustentável, dessa meta global daqui para a frente sem perder a atual posição de destaque internacional?

## 2. DESAFIO SOCIOECONÔMICO

A pergunta da seção anterior leva-nos a refletir que, ao mesmo tempo em que se fala de investimento em tecnologia, o desenvolvimento sustentável deve ser instigado e continuamente monitorado para atingir seus objetivos. Nesse sentido, o desenvolvimento sustentável pode ser

4 Dados divulgados em 2021 pela empresa norte-americana Market & Markets (TAGUCHI, 2021).

5 Dados publicados pelo *Global Food Security Support Analysis Data at 30 Meters* (GFSAD30) (MIRANDA, 2018).

6 Racionalidade ambiental pode ser entendida como trazer para a sociedade a necessidade de preservação e de recuperação de determinados locais (CEMBRANEL, 2015, p. 145).

7 A Lei n. 6.938/1981, em seu art. 4º, V, dispõe que a Política Nacional do Meio Ambiente visará “à difusão de tecnologias de manejo do meio ambiente, à divulgação de dados e informações ambientais e à formação de uma consciência pública sobre a necessidade de preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico” (BRASIL, 1981).

8 Dados publicados pelo relatório *Agriculture 4.0: The Future of Farming Technology* (BIEL, CLERCQ e VATS, 2018).

descrito como um processo pelo qual são liberadas certas potencialidades para que determinado objetivo seja alcançado de forma madura (VILHENA e LIMA, 2014). Essas potencialidades envolvem reflexões não apenas econômicas,<sup>9</sup> com o intuito de preservação ambiental, mas também sociais, pois ajudam a entender a tecnologia somente como ferramenta – estando por trás o capital humano<sup>10</sup> como suporte – para conectar o conceito de sustentabilidade<sup>11</sup> ao agronegócio.

Uma vez que o desenvolvimento sustentável é multidimensional, de que maneira se pode analisar a dicotomia tecnologia e capital humano? Ou seja, como o Brasil pode lidar com a inovação e a falta de mão de obra qualificada para o agronegócio? E como isso pode ser trabalhado para não acarretar futuramente perdas econômicas ao país? Nessa toada, o uso da tecnologia pode ser entendido como conhecimento aplicado e difundido. Aqui está, possivelmente, a solução para o problema do agronegócio brasileiro.

Apesar da expansão do setor, devido a investimentos em tecnologias de automação – com base em IA – e à demanda por alimentos produzidos com menos produtos químicos,<sup>12</sup> de certa forma, a procura por mão de obra qualificada na área rural é contínua e desafiadora. De acordo com o censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) realizado em 2010, somente 16% da população brasileira<sup>13</sup> vivia no campo. Além disso, ainda é difícil compatibilizar o nosso sistema econômico<sup>14</sup> com as desigualdades existentes em diferentes áreas do país no tocante ao conhecimento. Recente pesquisa realizada pela Agência Alemã de Cooperação Internacional (GIZ) – em parceria com o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (Senai) e o Núcleo de Engenharia Organizacional (NEO) da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) – enfatiza que, nos próximos dois anos, oito novas carreiras do agronegócio devem gerar 178,8 mil oportunidades de emprego, mas somente 32,5 mil pessoas estarão qualificadas para as preencher; mostra, portanto, uma defasagem de 82% para preenchimento de vagas nesse setor (VEJA..., 2021). A constatação da falta de formação acadêmica existente, especialmente na área rural, é um desafio no momento do preenchimento de vagas – como as do Quadro 1 – e com difícil solução a curto prazo.<sup>15</sup>

---

9 Na teoria econômica, o imposto pigouviano – do economista Arthur Pigou – é concebido como um imposto capaz de corrigir externalidades. Um tributo ambiental, por exemplo, tem motivo extrafiscal, ou seja, não tem como objetivo o aumento da arrecadação. O que se propõe é estabelecer incentivos ou desincentivos para que determinada produção de bens ou serviços seja sustentável, conferindo efetividade às políticas econômicas e sociais, e proteção ambiental (OLIVEIRA e VALIM, 2018, p. 137).

10 O capital humano, compreendido como força motriz do desenvolvimento econômico, do bem-estar social e da sustentabilidade ambiental, torna-se fundamental para aquisição de conhecimento necessário à organização social de um país (RAMOS, LUCAS e REGO, 2019, p. 246).

11 “Sustentabilidade [...] conjunto de ideias, estratégias e demais atitudes ecologicamente corretas, economicamente viáveis, socialmente justas e culturalmente diversas” (SIGNIFICADOS..., 2011).

12 Até 2019, 47% dos produtores agrícolas no Brasil já usavam algum tipo de tecnologia com base em IA (MAIORES..., 2021).

13 Dado divulgado pelo IBGE em 2010. Matéria publicada pela empresa Jacto em 2017 (COMO..., 2017).

14 “Através do mercado, os produtores competem entre si, e dessa forma o mercado aloca recursos e determina a distribuição da renda. No papel de alocador de recursos, o mercado é um mecanismo maravilhoso, porém, ao mesmo tempo, cheio de falhas, dependendo da ação regulatória do Estado para poder ser efetivo. Como instrumento distribuidor de renda, é cego e injusto. Por isso, a ação deliberada da sociedade através do Estado está sempre presente na regulamentação do mercado, e na tentativa de correção das suas falhas” (BRESSER-PEREIRA, 2005, p. 16).

15 Conforme a Genesis Group, “[a] formação acadêmica é outro desafio no momento de preencher as vagas” (TÁ SOBRANDO..., 2022).

**Quadro 1 - Profissões emergentes no agronegócio**

Profissão	Descrição	Requisitos
Operador de <i>drones</i>	Manejar aviões não tripulados para monitoramento de plantações e pulverização contra pragas e doenças.	<i>Drones</i> , aviação, rotas, velocidade, aceleração.
Técnico em agricultura digital	Entender de processos do campo e de Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs) para encontrar soluções práticas na produção rural.	Agricultura e plantio, recirculação de águas, tecnologias sustentáveis e digitais.
Designer de máquinas agrícolas	Buscar soluções conforme padrões <i>Environmental, Social and Governance</i> (ESG) para as máquinas agrícolas.	Desenvolvimento de produto, tecnologias digitais, conhecimento de sustentabilidade e <i>design</i> .
Agricultor urbano	Desenvolver o cultivo de alimentos nas grandes cidades.	Tecnologias digitais, plantas e formas de cultivo, análise de dados, relevo e topografia.
Engenheiro agrônomo digital	Conciliar conhecimentos agrônômicos com as tecnologias digitais, para aplicação tanto nos processos quanto nos negócios.	Tecnologia digital, plantas e formas de cultivo, análise de dados, relevo e topografia.
Técnico em agronegócio digital	Trabalhar com TICs para encontrar soluções em plantio, cuidado com animais e clima.	Análise de dados, programação e gestão.
Cientista de dados agrícola	Entender de mercado agrícola, <i>softwares</i> , plantio e geoprocessamento.	Análise de dados, programação, estatística, mercado agrícola.
Engenheiro de automação agrícola	Trabalhar nos diversos <i>fronts</i> de automação para a agricultura.	Tecnologias de automação, cultivos, processos, trabalho remoto, conectividade.

Fonte: Semesp (2018) e *experts* entrevistados.<sup>16</sup>

### 3. BUSCA POR MÃO DE OBRA QUALIFICADA COM INVESTIMENTOS PRIVADOS E POLÍTICAS PÚBLICAS

Se a utilização de novas tecnologias no agronegócio necessita de conhecimento – como apresenta o Quadro 1 –, a agricultura de precisão passa a ser uma estratégia de gestão com processos e análises de dados que busca as melhores decisões para os produtores agrícolas. Consequentemente, refletir e encontrar maneiras de fazer com que mão de obra qualificada chegue até a área rural do Brasil faz todo sentido. Sendo assim, políticas públicas são necessárias e devem ser intensificadas, pois, diante desse cenário, há dois desafios a serem superados.

O primeiro desafio é o quantitativo, ou seja, à medida que o tempo passa, é mais difícil encontrar cidadãos que aceitem enfrentar o repto de trabalhar no campo. Isso porque a mão de obra, mesmo que não qualificada, encontra teoricamente mais oportunidades na área urbana. Quem está na cidade dificilmente retorna ao campo, mesmo em um quadro de desemprego.

<sup>16</sup> Relatos de *experts* entrevistados explicando as profissões do agronegócio futuramente (MUDANÇAS ..., 2022).

A análise do parágrafo anterior leva ao segundo desafio, o da qualidade, certamente o maior desafio para o agronegócio do Brasil nos próximos anos. A acelerada evolução tecnológica do agronegócio impõe a necessidade de conhecimentos e uma dinâmica de permanente reciclagem dos indivíduos voltada para os estudos. Como resolver o problema daqueles que permanecem no campo sem conhecimento e sem oportunidades de encaixe nessa nova economia, ou daqueles que querem voltar ao campo sem enfrentar os mesmos problemas relacionados à falta de oportunidades decorrentes de uma educação ineficiente?

Essa reflexão é fundamental para termos consciência de que a redução de contingente de habitantes em áreas rurais confere, de certa forma, mesmo que involuntariamente, um impulso adicional à automação e à mecanização das lavouras. Vale dizer que se cria um ciclo retroalimentador, no qual, quanto menor a oferta de mão de obra, maiores os motivos para automatizar tarefas no campo. O campo, no entanto, passa agora a exigir mão de obra qualificada para lidar com o uso de tecnologia – o que é mais difícil de ser encontrado. Então, o agronegócio do Brasil precisa de clareza nas políticas públicas e nos investimentos privados a serem direcionados à superação de ambos os desafios.

Ao analisar o Programa de Desenvolvimento Sustentável do Agronegócio no Brasil,<sup>17</sup> nota-se um discurso ainda genérico de proteção ambiental e desenvolvimento sustentável. Fala-se em apoio e uso sustentável de recursos naturais e fomento à inovação sem mencionar diretrizes de como isso pode ser feito. É como se a palavra “inovação” fosse utilizada em um país onde não houvesse enorme diferença de acesso ao conhecimento. É como se as modificações no perfil da mão de obra no campo não estivessem diretamente associadas às exigências da sociedade moderna e à busca por desenvolvimento sustentável para a agricultura.

Aos poucos, é essencial que comecem a surgir projetos mais específicos, que lidem diretamente com a falta de capital humano especializado em áreas destinadas ao agronegócio. Focado nesse aspecto, o Serviço de Aprendizagem Rural de Minas Gerais (Senar Minas) tem trabalhado para capacitar trabalhadores.<sup>18</sup> Nesse mesmo contexto, encaixa-se o trabalho que o Centro de Integração Empresa-Escola (CIEE) vem realizando desde 2019, com oferta de programas específicos para formação de jovens aprendizes nos diversos elos da cadeia do agronegócio.<sup>19</sup>

Portanto, políticas públicas com objetivos específicos e direcionamentos claros tornam-se meios essenciais para remediar a lacuna entre o avanço do mercado – com disponibilização de

---

17 O Programa Desenvolvimento Sustentável do Agronegócio tem como política pública ações voltadas para o desenvolvimento sustentável, tais como “aplicação de mecanismos de garantia da qualidade orgânica, o fomento à inovação no agronegócio, o apoio a sistemas de rastreabilidade agroalimentar em cadeias produtivas agrícolas, o apoio ao uso e manejo sustentável dos recursos naturais em agrossistemas, o apoio às cadeias produtivas pecuárias e ao cooperativismo e associativismo rural” (MORAES, 2017, p. 128).

18 De acordo com o Senar Minas, em 2021, 60 mil pessoas receberam treinamento no Estado – que fez parcerias e desenvolveu polos tecnológicos em Viçosa (na Zona da Mata) e em Varginha (Sul de Minas) para capacitação de mão de obra. Porém, outras instituições precisam ser engajadas nesse processo (OLIVEIRA, 2022).

19 “Essas formações específicas permitem grandes possibilidades de alocação dos aprendizes nas áreas fim das empresas parceiras e contribuem para aumentar as chances de efetivação de jovens qualificados, engajados e com muita vontade de se desenvolverem na carreira, contribuindo assim para o crescimento das empresas que os abraçaram e ofereceram uma chance de desenvolvimento profissional” (AGRONEGÓCIO..., 2021).

tecnologias – e a falta de mão de obra qualificada em nosso país. O diferencial para continuar a manter o Brasil em posição de destaque no setor será o capital humano qualificado.

Um estudo da Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (Embrapa) realizado em parceria com a empresa Homo Ludens Research and Consulting e a SP Ventures<sup>20</sup> indicou que, em 2020, foi criada uma *agtech* por dia no Brasil. Atualmente, são 1.574 *startups* desenvolvendo soluções digitalizadas para a área rural; porém, falta mão de obra qualificada. A pergunta, portanto, é: como equacionar a disponibilidade de tecnologia no mercado sem ter um número suficiente de pessoas preparadas para lidar, manusear e interpretar dados provenientes de tecnologias de ponta? Os primeiros passos, como se vê, parecem ter começado: (1) pela conscientização de que a falta de mão de obra qualificada na área rural é um problema para o futuro do agronegócio do Brasil; (2) pelo surgimento de políticas públicas que, aos poucos e em parceria com investimentos privados, visam direcionar como o problema deve ser enfrentado. Ambos os passos, no entanto, ainda estão no começo.

É preciso mencionar que competidores externos com menos recursos naturais, mas com mais tecnologia e, sobretudo, com mão de obra qualificada, podem desbancar a atual posição de destaque do Brasil. A China é o maior cliente internacional do agronegócio brasileiro, responsável por aproximadamente 20% de tudo o que o país asiático importa,<sup>21</sup> fato que impõe ao Brasil a não confrontação com esse país. A China atualmente abriga 20% da população mundial e dispõe apenas de 8% das terras aráveis do planeta.<sup>22</sup> Em razão de sua situação geográfica, não para de medir esforços para aumentar a produtividade agrícola de maneira moderna e vertical, o que demonstra haver um projeto de nação em desenvolvimento sustentável, que almeja possível autossuficiência agrícola.

Diante de países como a China, fica evidente a falta de visão holística do Brasil sobre seu agronegócio. É preciso não só enxergar o presente e a sua posição de destaque a curto prazo, mas ter ciência de que o agronegócio que atualmente lhe dá orgulho é acometido, sim, por vulnerabilidades. Isso já será um bom começo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento sustentável conecta dimensões que envolvem reflexões ambientais, econômicas e sociais. Pautado em aspectos legais e baseado no princípio republicano, o Estado sempre terá como objetivos sustentáveis o bem-estar ambiental e o desenvolvimento econômico e social.

---

20 Dados divulgados pelo estudo da Embrapa, Home Ludens Research e SP Ventures (GALINARI, 2021).

21 Dado afirmado pela especialista Larissa Wachholz em entrevista concedida para o Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper) em 6 de abril de 2022 (CORDEIRO, 2022).

22 Dados divulgados pela matéria do jornal *Folha de S.Paulo*, publicada em 9 de outubro de 2022 (LEMOS, 2022).



No entanto, diante do problema inicialmente levantado – demanda global *versus* restrições de terras cultiváveis – e dos dados aqui apresentados, fica evidente que o Brasil precisa de um desenvolvimento sustentável mais consciente. Apesar de sua vastidão geográfica, o agronegócio brasileiro vem utilizando terras de forma inapropriada. Além do aspecto ambiental, legalmente protegido por lei, há necessidade de mais iniciativas ligadas às políticas públicas e a investimentos privados, necessários para que questões relativas à falta de mão de obra qualificada, especialmente na área rural, possam acompanhar o avanço tecnológico do setor.

Contudo, políticas públicas precisam ser delineadas com objetivos determinados e específicos e não de maneira genérica, como no caso do Programa de Desenvolvimento Sustentável do Agronegócio no Brasil. Isso porque é a qualidade da metodologia pautada em estratégia de gestão do capital humano qualificado que gerará desenvolvimento sustentável e perene no agronegócio brasileiro. Algumas políticas públicas aos poucos têm surgido nesse sentido.

Enquanto ainda se olha para o agronegócio no Brasil enfatizando a abundância de água, terra fértil e sol – motivo de orgulho para o país –, a ciência e a tecnologia são usualmente pouco valorizadas. Isso porque o futuro do agronegócio apresenta a tendência de que o protagonismo não será mais de quem tiver os melhores recursos naturais, mas sim de quem fizer o melhor uso da ciência e da tecnologia, utilizando mão de obra qualificada, independentemente da dimensão dos espaços aráveis para se obter melhor vantagem competitiva. Aqui talvez exista uma grande chance para o Brasil remediar a falta de terras aráveis devidamente protegidas por lei.

A agricultura vertical – na qual plantações ficam empilhadas em vários níveis alocados em prédios e galpões –, utilizada em países como a China, mas ainda pouco implementada no Brasil, pode ser uma ótima alternativa para que cidades brasileiras comecem a ter um novo modelo de sustentabilidade agrícola. Essa produção poderá trazer segurança alimentar, por abastecer cidades, e, se utilizada em larga escala, contribuir para a exportação de alimentos. A tecnologia, já disponível no mercado brasileiro, pode ser ferramenta essencial para a manutenção da qualidade da produção e de sua automação em instalações de grande escala.

A alternativa é promissora; porém, diante da falta de mão de obra qualificada, a questão deve ser considerada e trabalhada desde o início dos projetos. Nesse tipo de agricultura, em que tecnologias de iluminação são importantes e muitas vezes automatizadas, a *Internet das Coisas* pode ser utilizada para monitoramento de safras a qualquer momento, o que permite o controle do ambiente, já que sensores inteligentes podem ser usados para medir detalhes na produção. No entanto, se não houver no mercado pessoas capacitadas para trabalhar com esse tipo de tecnologia, o treinamento e o acompanhamento dos futuros funcionários para os projetos têm de ser algo essencial e prioritário.

Diante desse cenário desafiador, o agronegócio brasileiro sempre poderá se orgulhar de suas potencialidades, porém, deve evitar que elas minorizem a autocrítica das fragilidades existentes.

Há a preocupação de que o futuro do país como importante *player* possa ser impactado se nada for feito. Vale dizer que a tecnologia disponível no mercado não deve ser enxergada simplesmente com o foco na esfera ambiental, mas também aliada à esfera socioeconômica do setor, em que o capital humano de qualidade será o seu maior ativo.

## REFERÊNCIAS

BIEL, A.; CLEECQ, M.; VATS, A. **Agriculture 4.0: The Future of Farming Technology**. 2018. Disponível em: <https://www.oliverwyman.com/content/dam/oliver-wyman/v2/publications/2021/apr/agriculture-4-0-the-future-of-farming-technology.pdf>. Acesso em: 15 out. 2022.

BRASIL. **Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [1981]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16938.htm). Acesso em: 15 out. 2022.

BRESSER-PEREIRA, L. C. O sistema econômico brasileiro. **Conjuntura Econômica**, Rio de Janeiro, v. 59, n. 4, p. 16-17, 2005. Disponível em: [https://pesquisa-eaesp.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/arquivos/bresser\\_0\\_sistemaeconomicobrasileiro-conjec.p.pdf](https://pesquisa-eaesp.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/arquivos/bresser_0_sistemaeconomicobrasileiro-conjec.p.pdf). Acesso em: 15 out. 2022.

CEMBRANEL, P. Teoria da complexidade e racionalidade ambiental: um estudo bibliométrico acerca dos estudos de Leff e Morin. **Revista Ciências Sociais Unisinos**, São Leopoldo, v. 51, n. 2, p. 144-151, 2015.

AGRONEGÓCIO: formação de mão de obra qualificada é segredo para manter liderança brasileira no setor. **CIEE**, 29 jul. 2021. Disponível em: <https://portal.ciee.org.br/institucional/artigos/agronegocio-formacao-de-mao-de-obra-qualificada-e-segredo-para-manter-lideranca-brasileira-no-setor/>. Acesso em: 15 out. 2022.

COMO encontrar mão de obra qualificada no campo? **Blog Jacto**, 6 nov. 2017. Disponível em: <https://blog.jacto.com.br/como-encontrar-mao-de-obra-qualificada-no-campo/>. Acesso em: 15 out. 2022.

CORDEIRO, T. Precisamos usar a capacidade de planejamento da China e sua visão de longo prazo. **Insper**, 6 abr. 2022. Disponível em: <https://www.insper.edu.br/noticias/precisamos-usar-a-capacidade-da-china-de-planejamento-e-sua-visao-de-longo-prazo/>. Acesso em: 15 out. 2022.

TÁ SOBRANDO empregos no agro por falta de mão de obra especializada. **CompreRural**, 30 jan. 2022. Disponível em: <https://www.comprerural.com/ta-sobrando-empregos-no-agro-por-falta-de-mao-de-obra-especializada/>. Acesso em: 15 out. 2022.

GALINARI, G. Embrapa vai selecionar empresas parceiras para o laboratório vivo de inovação AgNest. **Embrapa**, 23 dez. 2021. Disponível em: [https://www.embrapa.br/busca-de-noticias?p\\_p\\_id=buscanoticia\\_WAR\\_pcebusca6\\_1portlet&p\\_p\\_lifecycle=0&p\\_p\\_state=pop\\_up&p\\_p\\_mode=view&p\\_p\\_col\\_id=column-1&p\\_p\\_col\\_count=1&\\_buscanoticia\\_WAR\\_pcebusca6\\_1portlet\\_groupId=1355331&\\_buscanoticia\\_WAR\\_pcebusca6\\_1portlet\\_articleId=67342711&\\_buscanoticia\\_WAR\\_pcebusca6\\_1portlet\\_viewMode=print](https://www.embrapa.br/busca-de-noticias?p_p_id=buscanoticia_WAR_pcebusca6_1portlet&p_p_lifecycle=0&p_p_state=pop_up&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1&_buscanoticia_WAR_pcebusca6_1portlet_groupId=1355331&_buscanoticia_WAR_pcebusca6_1portlet_articleId=67342711&_buscanoticia_WAR_pcebusca6_1portlet_viewMode=print). Acesso em: 15 out. 2022.

KATZ, J. *et al.* O futuro conectado da agricultura: como a tecnologia pode gerar um novo crescimento. **McKinsey & Company**, 9 out. 2022. Disponível em: <https://www.mckinsey.com/industries/agriculture/our-insights/agricultures-connected-future-how-technology-can-yield-new-growth>. Acesso em: 15 out. 2022.

KRUGLIANSKAS, I.; PINSKY, V. **Gestão estratégica da sustentabilidade**: experiências brasileiras. Rio de Janeiro: Altabooks, 2019.

LEMOS, R. O futuro do agronegócio é a ciência. **Folha de S.Paulo**, 9 out. 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/ronaldolemos/2022/10/o-futuro-do-agronegocio-e-a-ciencia.shtml>. Acesso em: 15 out. 2022.

MAIORES produtores agrícolas do mundo e o que eles ensinam sobre agricultura digital. **Blog FieldView**, 27 out. 2021. Disponível em: <https://blog.climatefieldview.com.br/maiores-produtores-agricolas-mundo>. Acesso em: 15 out. 2022.

MIRANDA, E. Potência agrícola e ambiental: áreas cultivadas no Brasil e no mundo. **Agroanalysis**, fev. 2018. Disponível em: <https://ainfo.cnptia.embrapa.br/digital/bitstream/item/174066/1/4942.pdf>. Acesso em: 15 out. 2022.

MORAES, G. **Políticas públicas do agronegócio**. Santa Catarina: Ed. Uniasselvi, 2017.

MUDANÇAS tecnológicas no agro criam ondas de empregos digitais. **Valeon**, 31 jul. 2022. Disponível em: <https://valeonnoticias.com.br/2022/07/31/mudancas-tecnologicas-no-agro-criam-onda-de-empregos-digitais-veja-onde-sobram-vagas/>. Acesso em: 15 out. 2022.

OLIVEIRA, C. Agronegócio vive apagão de mão de obra qualificada. **O Tempo**, 4 jul. 2022. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/economia/agronegocio-vive-apagao-de-mao-de-obra-qualificada-1.2693444>. Acesso em: 15 out. 2022.

OLIVEIRA, T. S.; VALIM, B. F. C. A. Tributação ambiental: a incorporação do meio ambiente na reforma do sistema tributário nacional. *In*: SACHSIDA, Adolfo; SIMAS, Erich Endrillo Santos (org.). **Reforma tributária**: Ipea-OAB/DF. Rio de Janeiro: Ipea, 2018. p. 129-148.

PAJOLLA, M. Agronegócio foi responsável por 97% do desmatamento no Brasil em 2021. **Brasil de Fato**, 19 jul. 2022. Disponível: <https://www.brasildefato.com.br/2022/07/19/agronegocio-foi-responsavel-por-97-do-desmatamento-no-brasil-em-2021>. Acesso em: 15 out. 2022.

RAMOS, I.; LUCAS, M.; REGO, M. Capital Humano, Desenvolvimento Sustentável e Ensino Superior. *In*: CONFERÊNCIA FORGES, 9, 2019, Brasília. **Anais...** Brasília: UnB, IFB, 2019. p. 246-257.

SIGNIFICADO de sustentabilidade. **Significados**, 2011. Disponível em: <https://www.significados.com.br/sustentabilidade/>. Acesso em: 15 out. 2022.

TAGUCHI, V. Máquinas com inteligência. **UOL Economia**, 8 jul. 2021. Disponível: <https://economia.uol.com.br/reportagens-especiais/agronegocio-agricultura-de-precisao-40/#cover>. Acesso em: 15 out. 2022.

VEJA 8 novas profissões do agronegócio em crescimento. **G1**, 28 jun. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/agronegocios/noticia/2021/06/28/veja-8-novas-profissoes-do-agronegocio-em-crescimento.ghtml>. Acesso em: 15 out. 2022.

VILHENA, L.; LIMA, F. As teorias econômicas e suas interfaces com o desenvolvimento sustentável e a agroecologia. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE AGROECOLOGIA, 11, 2014, São Cristóvão. **Anais...** São Cristóvão: CBA, 2014. Disponível em: <https://cadernos.aba-agroecologia.org.br/cadernos/article/view/4760>. Acesso em: 15 out. 2022.

# Neutralidade tributária como norma acionável no controle de constitucionalidade

## Tax Neutrality as Actionable Standard in Judicial Review

Thiago Buschinelli Sorrentino<sup>1</sup>



**RESUMO:** Este artigo investiga o modo como a neutralidade tributária pode ser empregada no controle de constitucionalidade brasileiro, de acordo com algumas das principais racionalidades ou dos modelos que orientam a tomada de decisão por um juiz. Para tanto, descrevem-se as abordagens procedimentalista e substantivista do controle de constitucionalidade (com as vertentes do procedimentalismo estrito, a analítico-semântica, o simbolismo e o adesismo, o realismo e o substantivismo em sentido estrito), para então esquadrihar um conceito pragmático de neutralidade tributária. Por fim, analisam-se a neutralidade e a sua acionabilidade pelo Judiciário no curso de controle de constitucionalidade, com o estabelecimento de limites e de eventuais parâmetros orientadores.

**PALAVRAS-CHAVE:** controle de constitucionalidade, parâmetro de controle, neutralidade, tributo, racionalidade.

**ABSTRACT:** This article investigates how tax neutrality can be used in Brazilian judicial review, according to some of the main rationales or models that guide a judge's decision-making. In order to do so, the proceduralist and substantivist approaches to judicial review are described (with the strands of strict proceduralism, semantic-analyticalism, symbolism and adherence, realism and substantivism in the strict sense), and then scrutinize a pragmatic concept for tax neutrality. Finally, the neutrality and its actionability by the Judiciary in the course of judicial review are analyzed, with the establishment of limits and eventual guiding parameters.

**KEYWORDS:** Judicial Review, legal parameters, neutrality, tax, rationality.



<sup>1</sup> Pesquisador do Núcleo de Estudos Fiscais (NEF) da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO SP). Professor de Tributação sobre a Produção e o Consumo do IBMEC/BSB. Ex-assessor de Ministros do STF por dez anos. Mestre em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Conselheiro do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - Ministério da Fazenda (CARF/MF). Advogado licenciado.

## INTRODUÇÃO

Este artigo investiga o modo como a neutralidade tributária pode ser empregada no controle de constitucionalidade brasileiro, de acordo com algumas das principais racionalidades ou dos modelos que orientam a tomada de decisão por um juiz.

Na formulação mais simples, um sistema tributário tenderá à neutralidade à medida que o modo como a carga tributária é distribuída deixa de condicionar a tomada de decisões sobre como os negócios deveriam ser formatados. Em outras palavras, em um sistema idealmente neutro, o formato das operações não aumenta, nem diminui o valor devido a título de tributo. Nesse contexto, o senso comum sugere que a neutralidade é uma matéria de interesse à reforma tributária, a cargo de economistas, no campo acadêmico, e de políticos, no âmbito da atuação estatal. Porém, contraintuitivamente, demonstraremos que a neutralidade tributária também tange o controle de constitucionalidade, a cargo dos juízes. De fato, a tensão entre os limites de atuação do Legislativo, de um lado, e do Judiciário, do outro, é questão perene.

Para tanto, partiremos de um modelo-base, que contenha o mínimo denominador comum para a identificação de um sistema tributário neutro, ou, ao menos, tendente à neutralidade. Identificadas as características essenciais à neutralidade, exporemos o papel do controle de constitucionalidade e algumas das principais racionalidades que definem a legitimidade e o escopo de atuação jurisdicional. Por fim, concluiremos que há dois aspectos imprescindíveis ao controle de constitucionalidade com parâmetro na neutralidade tributária: (a) no campo material ou substantivo, a violação ocorrerá sempre que dois fatos com as mesmas dimensões econômicas forem tributados de modo diverso; e (b) no campo da resposta institucional, o Judiciário pode corrigir tal erro, sem contrariar a legalidade nem a separação de poderes, ao conceder ao fato com tratamento mais gravoso o mesmo tratamento concedido ao seu análogo.

## 1. NEUTRALIDADE TRIBUTÁRIA SEGUNDO O MODELO DE RACIONALIDADE SUBJACENTE AO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Em sua essência histórica e primitiva, o Estado surge concomitantemente ao tributo (ELIAS, 1993; BOURDIEU, 2012), no exato momento em que o agrupamento vencedor percebe ser mais proveitoso submeter o agrupamento vencido a extorsões periódicas do que, simplesmente, aniquilá-lo para tomar seus bens (OPPENHEIMER, 1922; OLSON, 1971).

Desde então, há um constante esforço humano para distanciar o Estado de sua configuração primária, uma mera quadrilha de venda de proteção amparada por reivindicações de legitimidade (TILLY, 2009, p. 169), rumo a uma entidade capaz de suprir as expectativas legítimas da população, com a participação política do indivíduo.

A manutenção da liberdade individual e da capacidade do Estado para prover as expectativas da população depende de dois mecanismos essenciais, que são as eleições universais,

livres e periódicas, e um conjunto normativo repartidor e limitador do poder (BRENNAN e BUCHANAN, 2000).

Nesse arranjo institucional, o Judiciário pode assumir diversos papéis, de acordo com as concepções de justiça, eficiência e legitimidade dos diversos agentes relevantes. Por exemplo, a formação histórica de um Judiciário independente tem origem remota em circunstâncias aparentemente improváveis. A doutrina inglesa do *habeas corpus*, essencial para a fixação das competências que viriam a assegurar a independência dos juízes, deve-se à utilização do Judiciário como um instrumento centrípeto de consolidação do poder (HALLIDAY, 2010). Já no curso da formação dos Estados Unidos da América, a existência de um Judiciário independente foi vislumbrada como essencial à repartição do poder, para que a “ambição combatesse ambição” (HAMILTON, MADISON e JAY, 2006, p. 288, tradução nossa), dada a certeza de que o poder sempre corrompe (DAHBERG, 1887; MONTESQUIEU, 2000).

Evidentemente, há diversos modos possíveis de enxergar o papel do Judiciário e do alcance de sua competência, especialmente na hipótese em que a legitimidade da atuação estiver em jogo. Nem sempre houve consenso sobre a competência do Judiciário para anular ou modificar normas criadas por outros poderes. Em alguns sistemas, a própria ideia de controle de constitucionalidade é contraditória (BITTENCOURT, 1949). Em outros, apenas alguém com inequívoca e suprema autoridade popular poderia exercer qualquer tipo de controle baseado na interpretação constitucional (SCHMITT, 2007).

Em resumo, algumas das principais racionalidades subjacentes ao controle de constitucionalidade são: (a) o procedimentalismo, (b) a analítico-semântica, (c) o simbolismo e o adesismo, (d) o realismo e (e) o substantivismo.

De acordo com o procedimentalismo, a função do controle de constitucionalidade é assegurar a abertura ampla dos canais de participação política. Compete ao Legislativo definir o sentido das normas que regerão a vida em comum, os limites e os deveres da atuação do Estado, sem a interferência do Judiciário. A fixação do alcance do sentido das palavras do texto constitucional pertence ao Legislativo, pois são os políticos eleitos que possuem legitimidade democrática para conduzir o destino da população.

Assim, a legitimidade de uma norma jurídica é construída nos embates políticos e com o auxílio dos respectivos instrumentos, como os debates, as audiências públicas e o voto majoritário. Se uma palavra constante na Constituição admite mais de um sentido possível, o legislador é livre para escolher qualquer deles, *desde que obedeça ao devido processo político*.

Nessa racionalidade, o conteúdo da norma não é tão relevante quanto a disputa pela respectiva aprovação, isto é, se os grupos afetados pelo novo texto legal foram bem representados politicamente. Enquanto a arena de combate político tiver regras justas de ingresso e de concorrência, o Judiciário deverá deferência ao resultado.

Como o procedimentalismo toma o processo político como critério determinante da legitimidade da atuação estatal, eventuais desequilíbrios na eleição dos legisladores podem implicar a inconstitucionalidade do texto legal produzido sem amparo democrático (ELY, 2002). O marco procedimentalista é o julgamento de *Carolene Products* pela Suprema Corte dos Estados Unidos (SUPREME COURT OF THE UNITED STATES [SCOTUS], 1938). Na oportunidade, a SCOTUS firmou que não competiria ao Tribunal aplicar padrões muito rígidos de controle sobre normas pertinentes à seara econômica (o que incluiria normas tributárias), a não ser que tais normas prejudicassem minorias insulares identificáveis ou afetassem negativamente o processo eleitoral (como nos casos de *gerrymandering*, ou manipulação dos distritos eleitorais).

O principal obstáculo da aplicação pura e simples da racionalidade procedimentalista à matéria tributária, inclusive em relação à neutralidade, é a circunstância de o processo político não ser caracterizado pelo embate entre uma maioria e uma minoria estáveis e bem identificadas. A observação empírica revela que se decidem debates políticos por coalisões de minorias, constantemente formadas e desconstituídas conforme a matéria em exame (DAHL, 1957, 2000, 2015). Não raro, oponentes ideológicos unem-se em torno de interesses em comum, como a manutenção do sistema que lhes garante permanência (DOWNS, 2013), ou mediante promessa de reciprocidade (*logrolling* – BUCHANAN e TULLOCK, 1999).

O risco da aplicação linear do procedimentalismo à matéria tributária está na adoção do preconceito de que sujeitos passivos sempre estarão bem representados politicamente, e, portanto, deve-se deferência irrefletida ao resultado das deliberações políticas. Especialmente no campo da neutralidade, há espaço para que ações ou omissões do Legislativo prejudiquem agentes que deveriam contar com as mesmas condições concorrenciais, sem que a tributação oferecesse vantagem competitiva artificial.

A racionalidade analítico-semântica enfoca a linguagem e as respectivas ferramentas de determinação ou escolha de sentido para o texto legal. Estamos no terreno da hermenêutica, da exegese, da teleologia, do originalismo (SCALIA *et al.*, 2018; SCALIA, 2008) e da evolução linguística. Buscam-se as características do uso da linguagem, natural ou técnica, do momento em que o texto jurídico foi criado, ou do momento em que a interpretação é feita, para precisar-lhe o sentido.

Diante da ambiguidade e da vacuidade (vagueza) inerente às palavras, a racionalidade analítico-semântica está em constante tensão entre a liberdade criativa do intérprete (BARTHES, 2012) e certo direito do texto a uma interpretação coerente, e não a qualquer interpretação (ECO, 2004). Conquanto diferentes, as racionalidades do simbolismo e do adesismo dividem pontos em comum, motivo pelo qual é pertinente apresentá-las conjuntamente.

Tomadas de empréstimo as observações de Arnold (1935) e Kindermann (1988) sobre o simbolismo na legislação, a jurisdição constitucional simbólica frustra a aplicação concreta de uma norma constitucional ou de uma norma infraconstitucional sem que se reconheça ostensivamente o despreço do Tribunal pela primeira, nem a inconstitucionalidade da segunda. Na aparência, o



Tribunal Constitucional está aplicando a constituição em seu máximo alcance, quando, em verdade, o objetivo é a manutenção de outro estado de coisas. Talvez o exemplo mais eloquente de jurisdição simbólica seja o célebre julgamento de *Marbury v. Madison*, com o qual a SCOTUS livrou-se do risco de retaliação posto por Thomas Jefferson, ao mesmo tempo em que afirmava a supremacia judicial sobre matéria de interpretação legal.

O adesismo é baseado no conceito de legitimidade de Stinchcombe (1970), que é mensurado à razão do apoio qualificado que uma proposta recebe. Por exemplo, Dahl (1957) observou empiricamente que a SCOTUS tenderia a cancelar as políticas públicas do Executivo em períodos nos quais houvesse estabilidade política, isto é, em que o presidente incumbente contasse com apoio da maioria no Congresso (Legislativo). Em sentido diverso, o Tribunal tenderia a derrubar as políticas públicas em períodos de acomodação das forças políticas, nos quais o presidente ainda não contasse com o apoio da maioria dos membros do Congresso. Nesse contexto, o adesismo é um modo de justificar a legitimação ou a deslegitimação de uma administração (governo) pela participação de um órgão supostamente externo e desinteressado, mas que, em realidade, funciona em ressonância às forças políticas estabelecidas.

A postura realista e as suas derivações, como o pragmatismo, entendem a jurisdição constitucional como um instrumento de mudança e evolução social. A existência de um texto constitucional prévio, de observância obrigatória pelo juiz, reduz-se a simples pretexto, dada a sua maleabilidade. A aplicação do Direito não segue o modo silogístico ensinado nas instituições de ensino, pois os critérios decisórios determinantes derivam das idiossincráticas percepção e intenção do juiz (FRANK e BIX, 2009), embora se negue que o Direito se reduza à política (ACKERMAN, 2007). Em uma sociedade complexa e pluralista, o foco nos textos legais deve ceder a uma dogmática mais fluida, capaz de acomodar os diversos valores de uma população heterogênea (ZAGREBELSKY, 2007).

Por fim, a abordagem substantivista busca atribuir ao texto constitucional a maior eficácia possível, mediada por duas salvaguardas: a eficiência, de um lado, e um núcleo de direitos individuais fundantes da responsabilidade e da responsividade estatal, do outro. No substantivismo, as consequências são levadas a sério, com o cuidado para que a identificação de beneficiados e sacrificados seja abrangente, precisa e sopesada. O apelo a lugares-comuns e a observações rasas ou imediatistas é descartado. Não raro, o apelo a palavras vagas, associadas aos valores fundantes da sociedade, tem por objetivo tão somente enganar (SCHMITT, 2015) ou ocultar as preferências pessoais do autor (NIETZSCHE, 2017).

Para esta pesquisa, tomaremos a racionalidade analítico-semântica como limite, pois o texto legal produzido pelo Legislativo não admite toda, qualquer ou cada uma das interpretações mais convenientes ao aplicador do Direito. Para usar o jargão aeronáutico, as possibilidades razoáveis do texto serão nosso *envelope operacional*, isto é, os parâmetros que não devem ser cruzados, sob pena de transformação de um esforço analítico em um estratagema sofista.

No cerne, adotaremos o substantivismo, pois interessa-nos o efeito da tributação nas escolhas dos agentes, i.e., como o modo que o tributo incide e é calculado induz a alocação de recursos em um mercado que se crê de livre ingresso, com plenas condições de concorrência.

## 2. A DÚPLICE DIMENSÃO DA NEUTRALIDADE TRIBUTÁRIA

### 2.1. Neutralidade como obrigação imposta ao legislador infraconstitucional

No estudo das disposições constitucionais acerca de matéria tributária, é bastante comum reconstruir as ideias de *isonomia* e de *adaptação do tratamento segundo características especiais* (*equality*) a partir do texto dos arts. 1º, IV; 3º, II e III; 6º, *caput*; 146-A e 170, IV, VII e VIII, da Constituição Federal de 1988 (CF/88). Exemplificativamente, pode-se superar os conceitos tradicionais de capacidade contributiva simbólica e proporcional para se propor um modelo de capacidade contributiva marginal (MUSGRAVE, 1959). Porém, esse mesmo texto legal dá azo a outro vetor importante, inconfundível com os dois anteriores, que é a *neutralidade*.

Um sistema tributário neutro é imparcial, de modo a impedir o tratamento desigual de sujeitos passivos semelhantes, bem como o tratamento igual a sujeitos passivos diferentes em essência (GROVES, 1948). De todo modo, ainda é necessário definir qual seria o critério determinante para reconhecer essa semelhança ou a desigualdade relevante para justificar a identidade ou a disparidade de tratamentos.

De modo simplificado, a neutralidade implica a irrelevância da tributação para a tomada de decisão pelos indivíduos, empreendedores ou investidores. Apenas questões ligadas à aversão ao risco, à probabilidade de retorno, aos custos, etc. acabariam por condicionar as escolhas racionais.

Com o nível de complexidade atual das operações empresariais, financeiras e econômicas, torna-se necessário elaborar conceitos de neutralidade adaptados para cada tributo ou modelo de tributação. Para ilustrar, dada a possibilidade de uma pessoa optar pela vida profissional como empreendedor ou como empregado assalariado, desconsiderados os riscos, Kannianen e Panteghini (2013) propõem que os métodos atualmente empregados tendem a afetar essa escolha, especialmente nos estágios de início e liquidação.

Condicionar a neutralidade tributária à discricionariedade do legislador infraconstitucional implicaria reduzir a Constituição ao papel de legislação simbólica, com a retirada de qualquer efetividade. Conforme visto, o bom funcionamento do Estado não se esgota na guarda do processo eleitoral, pois, apesar de imprescindível, ele é insuficiente para impedir a usurpação das funções públicas por pessoas ou por grupos bem representados politicamente. A observância ao conjunto de normas que positivam os valores e os vetores caros à sociedade complementa indissociavelmente a proteção conferida pelas eleições universais, livres e periódicas.

Nesse sentido, a neutralidade tributária é uma imposição ao legislador infraconstitucional que não pode ser ignorada sob o pretexto de autonomia política do representante, tampouco de conveniência, nem oportunidade, da pessoa que está exercendo temporariamente um mandato.

## 2.2. Neutralidade como norma acionável no controle de constitucionalidade

Na hipótese de o legislador inconstitucional (a) quedar inerte ou (b) legislar em prol de um sistema capaz de violar a neutralidade, o Judiciário teria competência para corrigir essa inconstitucionalidade, e, em caso positivo, qual o tipo de provimento adequado?

Por brevidade, concentremo-nos em *b*, quer dizer, em um cenário especulativo em que dois sujeitos passivos, ou duas operações equivalentes, recebam tratamento tributário diverso. Primeiro, é necessário fixar o critério determinante da similitude. Duas operações serão consideradas análogas se tiverem o mesmo resultado econômico, conforme explicita o art. 150, II, da CF/88. Por princípio, a dimensão financeira será relevante, sem sofrer a influência de vicissitudes ligadas ao formato da operação.

Essa racionalidade não é inédita no sistema jurídico brasileiro. Na exposição de motivos da Lei n. 6.099/1974, constante da Mensagem 52/1974, o mandato de neutralidade é explícito, na medida em que o ministro Mário Henrique Simonsen afirma que a adoção do arrendamento mercantil (*leasing*) deveria pautar-se por suas *virtudes intrínsecas*, e não por um suposto regime tributário mais favorecido. Isso porque o arrendamento mercantil comungava o cerne de seu objetivo com outros instrumentos jurídicos, como a locação ou o mútuo vinculado à aquisição de bem (compra financiada). Em complemento, se esses instrumentos alternativos possuísem vantagens tributárias inextensíveis ao arrendamento mercantil, como a inserção do valor total da operação em eventual base de cálculo do Imposto sobre Operações de Circulação de Mercadorias e Serviços de Transporte Intermunicipal, Interestadual e Comunicações (ICMS), sem a dedução dos custos operacionais representados pelas parcelas periódicas (*aluguéis*), o *leasing* tornar-se-ia inviável financeiramente.

A dimensão econômica também foi considerada relevante pelo Supremo Tribunal Federal (STF) ao julgar o Recurso Extraordinário (RE) 112.947 (BRASIL, 1987), o RE 113.383 (BRASIL, 1988a) e o RE 115.103 (BRASIL, 1988b), que discutiam a incidência do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) sobre operações de locação. Nesses precedentes, o STF entendeu que o critério determinante para a tributação era a característica econômica da operação, juridicizada pela legislação de regência, em prejuízo de eventuais obstáculos semânticos próprios ao vocábulo “serviços”, ou pelo conceito jurídico de “serviços” tal qual derivado do uso dessa palavra nos textos legais de direito civil. Segundo se lê no voto condutor do RE 112.947, deve-se ignorar “todo o formalismo” e “todas as aparências” para encontrar a “realidade econômica subjacente” (BRASIL, 1987) ao fato jurídico tributário.

Após um breve lapso de tempo em que vigeu orientação diversa (RE 116.121 [BRASIL, 2000]), o Tribunal voltou a firmar a prevalência da dimensão econômica sobre a forma jurídica como critério de tributação do ISSQN, como se vê nos precedentes relativos à incidência desse tributo sobre o arrendamento mercantil financeiro (RE 547.245 [BRASIL, 2009]) e sobre a operação de planos de saúde complementar (RE 651.703 [BRASIL, 2016]).

Mais recentemente, a neutralidade tributária foi tema de julgamentos sobre o alcance da imunidade tributária recíproca. No julgamento do RE 773.992 (BRASIL, 2014), o STF assegurou a imunidade tributária de imóveis de propriedade da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) afetados à exploração de atividade econômica lucrativa, apesar de essa empresa pública concorrer com outras empresas, privadas, no oferecimento de transporte de bens. Para o Tribunal, a diminuição da carga tributária funcionaria como uma espécie de subsídio cruzado, destinado a custear a atividade pública de transporte de correspondência, essencial à integração nacional.

O mesmo tipo de racionalidade animou o julgamento do RE 405.267 (BRASIL, 2018), que reconheceu a imunidade tributária da Caixa de Assistência dos Advogados, cujo tratamento tributário deveria equivaler àquele dos demais órgãos da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), como os Conselhos Federal e Seccionais. Em sentido diverso, o STF afastou a imunidade recíproca de imóveis de propriedade de entes federados, cujo uso fora cedido onerosamente a particulares, para a exploração de atividade econômica lucrativa privada (RE 601.720 [BRASIL, 2017]).

No exame do RE 580.264 (BRASIL, 2010), a constituição da pessoa jurídica como empresa de economia mista foi desconsiderada para se reconhecer a imunidade tributária, revelada pelo modo como um grupo de hospitais atuava. Submetidos integralmente ao Sistema Único de Saúde (SUS), e sem finalidade lucrativa pragmática, os hospitais foram reconhecidos como instrumentalidades estatais e, portanto, imunes à tributação. Independentemente do resultado de tais julgamentos, parece seguro afirmar que o STF se aproxima da equivalência econômica para construir seu critério determinante destinado a aferir eventual violação da neutralidade.

A segunda questão de fundo que deve ser enfrentada, não menos importante, é o tipo de postura que o juiz deve adotar diante de uma violação da neutralidade. Aqui, há dois modos de pensar o problema. Em um deles, a estruturação da neutralidade depende de escolhas políticas, cuja legitimidade recai sobre o Legislativo, de modo a impedir o Judiciário de tomar qualquer atitude corretiva, a não ser confirmar a existência de uma violação constitucional, sem remédio. No outro, parte-se da constatação de que as normas constitucionais possuem um núcleo de significado mínimo, que não pode ser ignorado pelo legislador em nenhuma hipótese. Essa reserva de salvaguarda contra a omissão ou a atuação estatal necessariamente deve contar com um instrumento de concreção eficaz e eficiente, sob pena de redução do papel da jurisdição às racionalidades simbólica ou adesista.

De fato, as normas constitucionais baseadas nesses textos de direito positivo detêm densidade normativa suficiente para provocar o controle de constitucionalidade, isto é, possuem um conteúdo semântico e material mínimo que não pode ser ignorado nem contrariado pelo legislador de regência.

Já em matéria tributária, conforme observou o ministro Célio Borja, o legislador não pode diminuir, nem anular uma garantia concedida pela Constituição ao sujeito passivo, sob pretexto de regulá-la (Mandado de Injunção 232 [BRASIL, 1991]). Nesse contexto, a neutralidade excede a dimensão de mera recomendação ao legislador, pois violações a si são corrigíveis pela intervenção do juiz. Em outras palavras, a neutralidade é uma norma *acionável* no controle de constitucionalidade, à qual se deve conferir a maior efetividade possível. Contudo, não há risco à legalidade nem à separação de poderes.

Inicialmente, observa-se que a dinâmica do julgamento de constitucionalidade concebe que cabe ao Judiciário garantir prestações ativas (*services*) aos indivíduos, em decorrência de garantias fundamentais (SCHLINK, 1996, p. 1233). Por exemplo, é nesse sentido o pleno cabimento das sentenças aditivas (NOBRE JÚNIOR, 2006, p. 121).

A doutrina do juiz reduzido a “legislador negativo” há muito foi abandonada pelo STF.<sup>2</sup> Em síntese, há dois aspectos imprescindíveis ao controle de constitucionalidade com parâmetro na neutralidade tributária: (a) no campo material ou substantivo, a violação ocorrerá sempre que dois fatos com as mesmas dimensões econômicas forem tributados de modo diverso; e (b) no campo da resposta institucional, o Judiciário pode corrigir tal erro, sem contrariar a legalidade nem a separação de poderes, ao conceder ao fato com tratamento mais gravoso o mesmo tratamento concedido ao seu análogo.

## CONCLUSÕES

A neutralidade tributária possui duas dimensões, uma voltada para o legislador, ao obrigá-lo a estruturar um sistema imparcial, cujos modos de incidência da exação não afetem, ou afetem na menor medida possível, a alocação de investimentos e a tomada de decisões pelos agentes; e a outra voltada para o Judiciário, como norma acionável no controle de constitucionalidade, para correção de eventuais distorções.

No campo material ou substantivo, a neutralidade é aferida pela comparação entre as dimensões econômicas dos fatos tributados, com o descarte de características tópicas como a simples formatação jurídica dos negócios.

No campo da resposta, diante da violação, a expectativa legítima é a de que o Judiciário reequilibrará o quadro ao garantir ao fato prejudicado o mesmo tratamento de seu análogo privilegiado.

---

2 Por todos, confira-se a decisão proferida nos autos da AO 1.773.

A correção da contrariedade constitucional não viola a legalidade nem a separação de poderes, pois a neutralidade tributária possui densidade própria e suficiente para garantir expectativas legítimas aos indivíduos, não apenas como sujeitos passivos, mas também como investidores, empregadores e empregados.

A tomada da neutralidade como norma acionável no controle de constitucionalidade segue duas racionalidades: de um lado, o respeito aos limites interpretativos do próprio texto constitucional; do outro lado, o vetor de máxima efetividade e eficiência do tratamento tributário neutro para a concreção dos objetivos determinados também pela Constituição, no campo da criação das condições ao pleno emprego, da redução das desigualdades regionais, do combate à pobreza e do desenvolvimento econômico.

## REFERÊNCIAS

ACKERMAN, B. A. The Living Constitution. *Harvard Law Review*, [s. l.], v. 120, n. 7, p. 1737-1812, 2007.

ARNOLD, T. W. **The Symbols of Government**. New Haven: Yale University Press, 1935.

BARTHES, R. **O rumor da língua**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

BITTENCOURT, L. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1949.

BOURDIEU, P. **Sobre o Estado**: Cursos no Collège de France (1989-92). São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Mandado de Injunção 232/RJ**. Mandado de injunção. – Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no par. 7. do artigo 195 da Constituição Federal. – Ocorrência, no caso, em face do disposto no artigo 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional. [...]. Relator: Min. Moreira Alves. Data do julgamento: 2 de agosto de 1991. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur76123/false>. Acesso em: 6 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Recurso Extraordinário 112.947/SP**. Tributário. ISS na locação de bens móveis. O que se destaca, “*utilitatis causa*”, na locação de bens móveis, não é apenas o uso e gozo da coisa, mas sua utilização na prestação de um serviço. Leva-se em conta a realidade econômica, que é a atividade que se presta com o bem móvel, e não a mera obrigação de dar, que caracteriza o contrato de locação, segundo o artigo 1.188 do Código Civil. [...]. Relator: Min. Carlos Madeira. Data do julgamento: 19 de junho de 1987. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur65866/false>. Acesso em: 6 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Recurso Extraordinário 113.383/SP**. ISS – Locação de bens móveis, expressamente incluída no item 52 da Lista de Incidência. “*In casu*”, caracterizada

como locação de móveis e não “leasing”. Conceito de “serviços”. Art. 18, § 5º, da Constituição Federal não prequestionado; art. 24, II, não violado. Cabimento pela alínea “c” indemonstrado. Recurso Extraordinário não conhecido. Relator: Min. Oscar Correa. Data do julgamento: 22 de março de 1988a. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur145227/false>. Acesso em: 6 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Recurso Extraordinário 115.103/SP**. ISS – Locação de bens móveis, expressamente incluída no item 52 da Lista de Incidência. Inexistência de inconstitucionalidade. Conceito de serviços. Art. 24, II, da Constituição Federal não violado. Textos não prequestionados. Cabimento pela alínea “c” indemonstrado. Recurso Extraordinário não conhecido. Relator: Min. Oscar Correa. Data do julgamento: 22 de março de 1988b. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur146147/false>. Acesso em: 6 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 116.121/SP**. Tributo – Figurino constitucional. A supremacia da Carta Federal é conducente a glosar-se a cobrança de tributo discrepante daqueles nela previstos. Imposto Sobre Serviços – Contrato de locação. A terminologia constitucional do Imposto Sobre Serviços revela o objeto da tributação. [...]. Relator: Min. Octavio Gallotti. Redator: Min. Marco Aurélio. Data do julgamento: 11 de outubro de 2000. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur104127/false>. Acesso em: 6 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 405.267/MG**. Recurso Extraordinário. Matéria afetada para julgamento no Tribunal Pleno pela Segunda Turma. Artigos 11, I, parágrafo único C/C 22, parágrafo único, “b”, ambos do RISTF. Direito tributário. Imunidade recíproca. Art. 150, VI, “a”, da Constituição Federal. Ordem dos Advogados do Brasil. Caixa de Assistência dos Advogados. [...]. Relator: Min. Edson Fachin. Data do julgamento: 6 de setembro de 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur392925/false>. Acesso em: 6 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 547.245/SC**. Recurso Extraordinário. Direito tributário. ISS. Arrendamento mercantil. Operação de *leasing* financeiro. Artigo 156, III, da Constituição do Brasil. O arrendamento mercantil compreende três modalidades, [i] o *leasing* operacional, [ii] o *leasing* financeiro e [iii] o chamado *lease-back*. [...]. Relator: Min. Eros Grau. Data do julgamento: 2 de dezembro de 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur174278/false>. Acesso em: 6 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 580.264/RS**. Constitucional. Tributário. Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. Imunidade tributária recíproca. Sociedade de economia mista. Serviços de saúde. [...]. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Redator: Min. Ayres Britto. Data do julgamento: 16 de dezembro de 2010. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur199639/false>. Acesso em: 6 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 601.720/RJ**. IPTU – Bem público – Cessão – Pessoa jurídica de direito privado. Incide o imposto Predial e Territorial Urbano considerado bem público cedido a pessoa jurídica de direito privado, sendo esta a devedora. Relator: Min. Edson Fachin. Redator: Min. Marco Aurélio. Data do julgamento: 19 de abril de 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur372799/false>. Acesso em: 6 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 651.703/PR**. Recurso Extraordinário. Constitucional. Tributário. ISSQN. Art. 156, III, CRFB/88. Conceito constitucional de serviços de qualquer natureza. Artigos 109 e 110 do CTN. As operadoras de planos privados de assistência à saúde (plano de saúde e seguro-saúde) realizam prestação de serviço sujeita ao Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza-ISSQN, previsto no art. 156, III, da CRFB/88. [...]. Relator: Min. Luiz Fux. Data do julgamento: 29 de setembro de 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur366612/false>. Acesso em: 6 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 773.992/BA**. Recurso Extraordinário. Repercussão Geral reconhecida. Tributário. IPTU. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT). Imunidade recíproca (art. 150, VI, *a*, da CF). [...]. Relator: Min. Dias Toffoli. Data do julgamento: 15 de outubro de 2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur292564/false>. Acesso em: 6 dez. 2022.

BRENNAN, G.; BUCHANAN, J. M. **The Power to Tax: Analytical Foundations of a Fiscal Constitution**. Indianapolis: Liberty Fund, 2000. v. 9. (The Collected Works of James M. Buchanan).

BUCHANAN, J. M.; TULLOCK, G. **The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy – Portable Library of Liberty**. Indianapolis: Liberty Fund, 1999. v. 3 (The Collected Works of James M. Buchanan). Disponível em: [http://files.libertyfund.org/files/1063/Buchanan\\_0102-03\\_EBk\\_v6.0.pdf](http://files.libertyfund.org/files/1063/Buchanan_0102-03_EBk_v6.0.pdf). Acesso em: 2 jul. 2019.

DAHBERG, J. E. E. **Acton-Creighton Correspondence**. Indianapolis: Liberty Fund, 1887. Disponível em: [https://oll.libertyfund.org/titles/2254#acton\\_powercorrupts1524\\_3](https://oll.libertyfund.org/titles/2254#acton_powercorrupts1524_3). Acesso em: 18 jul. 2019.

DAHL, R. A. Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Police Maker. **Journal of Public Law**, [s. l.], v. 6, p. 279-295, 1957.

DAHL, R. A. **On Democracy**. New Haven: Yale University Press, 2000. (Yale Nota Bene).

DAHL, R. A. **Poliarquia: participação e oposição**. São Paulo: Edusp, 2015. v. 9. (Clássicos).

DOWNS, A. **Uma teoria econômica da democracia**. São Paulo: Edusp, 2013. v. 15. (Clássicos).

ECO, U. **Os limites da interpretação**. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 2004. v. 135. (Estudos).

ELIAS, N. **O processo civilizador: formação do estado e civilização**. Rio de Janeiro: Zahar, 1993. v. 2.

ELY, J. H. **Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review**. 14. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

FRANK, J.; BIX, B. H. **Law & The Modern Mind**. New Brunswick: Transaction Publishers, 2009.



- GROVES, H. Neutrality in Taxation. **National Tax Journal**, [s. l.], v. 1, n. 1, p. 18-24, 1948.
- HALLIDAY, P. D. **Habeas Corpus: From England to Empire**. Cambridge Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 2010.
- HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. **The Federalist**. New York: Barnes & Noble Books, 2006.
- KANNIAINEN, V.; PANTEGHINI, P. M. Tax Neutrality: Illusion or Reality? The Case of Entrepreneurship. **Finanzarchiv**, [s. l.], v. 69, n. 2, p. 167-193, 2013.
- KINDERMANN, H. Symbolische Gesetzgebung. *In*: GRIMM, D.; MAIHOFER, W. **Gesetzgebungstheorie Und Rechtspolitik**. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1988. p. 222-245.
- MONTESQUIEU, C. S. B. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MUSGRAVE, R. A. **The Theory of Public Finance: A Study in Public Economy**. New York: Mc-Graw-Hill, 1959.
- NIETZCHE, F. **Grandes obras de Nietzsche: Assim falava Zaratustra; O Anticristo; Ecce Homo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017.
- NOBRE JÚNIOR, E. P. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 43, n. 170, p. 111-142, 2006.
- OLSON, M. **The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups**. Cambridge, London: Harvard University Press, 1971. X. v. 124. (Harvard Economic Studies).
- OPPENHEIMER, F. **The State: Its History and Development Viewed Sociologically**. New York: B.W. Huebsch, 1922.
- SCALIA, A. *et al.* **A Matter of Interpretation: New Edition: Federal Courts and the Law: An Essay**. Princeton, Oxford: Princeton University Press, 2018. (The University Center for Human Values Series).
- SCALIA, A. **Making Your Case: The Art of Persuading Judges**. Canada: Thomson West, 2008.
- SCHLINK, B. The Dynamics of Constitutional Adjudication. **Cardozo Law Review**, [s. l.], v. 17, p. 1231-1238, 1996.
- SCHMITT, C. **O conceito do político**. Lisboa: Edições 70, 2015.
- SCHMITT, C. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- STINCHCOMBE, A. L. **La construcción de teorías sociales**. Buenos Aires: Ediciones Buena Vision, 1970.
- SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **United States v. Carolene Products Co. Stone, J.**, 1938, Actual. 1938-04-25.
- TILLY, C. War and State Making as Organized Crime. *In*: EVANS, P. B.; RUESCHEMEYER, D.; SKOCPOL, T. (org.). **Bringing the State Back In**. Cambridge Cambridgeshire, New York: Cambridge University Press, 2009. p. 169-187.
- ZAGREBELSKY, G. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007. (Colección Estructuras y Procesos).

# ICMS nas transferências – ADC 49: decisão do STF não significou surpresa ou criou situação sem solução na legislação tributária

## ICMS on Transfers – ADC 49: Supreme Court Decision Was Not Surprise or Created Situation without Solution in Tax Legislation

Reginaldo Angelo dos Santos<sup>1</sup>

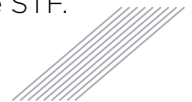


**RESUMO:** O artigo busca trazer para reflexão aspectos acerca da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 49/2017, que discute a não incidência do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) no mero deslocamento físico de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, seus efeitos e as preocupações das empresas, por se tratar de decisão cuja vinculação alcança além das partes envolvidas. Utiliza, para tanto, método empírico de pesquisa, fundamentado na própria decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), na jurisprudência dos tribunais superiores, na lei complementar que dispõe sobre as regras gerais do ICMS e na legislação que rege o Sistema Nacional Integrado de Informações Econômico-Fiscais (Sinief). Ao fazer tal reflexão, o texto aborda eventuais impactos da decisão final a ser proferida na referida ação declaratória, trazendo pontos específicos acerca de cada situação descrita, antes de apontar soluções práticas visando evitar perdas fiscais e financeiras pelas empresas, qualquer que seja o entendimento final manifestado pelo STF.

**PALAVRAS-CHAVE:** ADC 49, transferência de mercadorias, não incidência de ICMS.

**ABSTRACT:** The article aims to bring for reflection aspects about Declaratory Action for Constitutionality (ADC) No. 49/2017, which discuss if State Sales tax (ICMS) could be assessed on mere physical movement of goods between branches, its effects, and concerns of companies, since such decision is binding beyond the parties involved. For this purpose, it uses an empirical research method, based on the decision handed down by the Federal Supreme Court (STF), jurisprudence of superior courts, the supplementary law that provides for general rules of ICMS and the legislation that governs the National Integrated System of Economic and Fiscal Information (SINIEF). In making such reflection, the article addresses possible impacts of the final decision to be rendered in the referred to declaratory action, bringing specific points about each situation described, before pointing out practical solutions aiming at avoiding tax and financial losses by companies, regardless the final understanding of the STF.

**KEYWORDS:** ADC 49, transfer of goods, non-assessment of ICMS.



<sup>1</sup> Mestrando em Direito pela Escola Paulista de Direito (EPD), em São Paulo. Especialista em Direito Empresarial pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO SP) e em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Graduado em Direito pelas Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Membro do Grupo de Pesquisa “Métodos Alternativos de Resolução de Controvérsia em Matéria Tributária” do Núcleo de Direito Tributário do mestrado profissional da FGV DIREITO SP. Membro da Comissão Especial de Direito Tributário da Ordem dos Advogados do Brasil de São Paulo (OAB/SP). Advogado tributarista e professor de MBA em Gestão Tributária em São Paulo.

## INTRODUÇÃO

Por mais de vinte anos, contribuintes e autoridade fiscal têm convivido pacificamente com as diversas manifestações dos tribunais superiores acerca da não incidência do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) nas transferências de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa.

Por falta de uma decisão que produzisse efeitos além das partes envolvidas, as empresas, de maneira geral, considerando o efeito suspostamente nulo na tributação das operações de transferência por conta do sistema de débito e crédito do imposto, não viam interesse em discutir o tema, apesar de pacificado nos tribunais superiores.

Com o advento da decisão na Ação Declaratória de Constitucionalidade 49/2017 (ADC 49), movida pelo então governador do estado do Rio Grande do Norte, as atenções voltaram-se ao tema, haja vista o efeito *erga omnes* da decisão proferida na referida ação.

Este artigo tem como objetivo trazer uma breve síntese da mencionada ADC, suas possíveis consequências e as principais preocupações das empresas ao serem obrigadas a seguir o que foi decidido pela Suprema Corte.

Ao final, tentará demonstrar quão infundadas são tais preocupações, considerando que, qualquer que seja a decisão final na citada ADC, a legislação tributária em vigor já dispõe de mecanismos para que as empresas não incorram em perdas tributárias.

Sendo assim, independentemente das consequências decorrentes do resultado final do julgamento, tais como estorno, acúmulo, manutenção e/ou transferência de eventuais créditos de ICMS, o artigo buscará responder à seguinte indagação: A decisão na ADC 49 representou alguma surpresa para fisco e contribuinte, bem como criou alguma situação que já não tenha solução prevista na legislação do mencionado imposto?

## 1. CONTEXTO HISTÓRICO DO TEMA A PARTIR DA SÚMULA 166 DO STJ

“Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.” Esse verbete, editado pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em 14 de agosto de 1996 e publicado no *Diário da Justiça* de 23 de agosto de 1996 (p. 29382), representa a Súmula 166 do STJ. A referência legislativa a essa súmula é o Decreto-Lei n. 406, de 31 de dezembro de 1968 (arts. 1º, I, §§ 2º e 6º, e 6º, § 2º), que então regulava o ICMS.

Desde a edição da Súmula 166 até os dias de hoje, tem sido pacífica a posição do STJ, favorável aos sujeitos passivos, no que diz respeito à não incidência do ICMS nas transferências de mercadorias entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, prevalecendo em discussão apenas temas secundários.

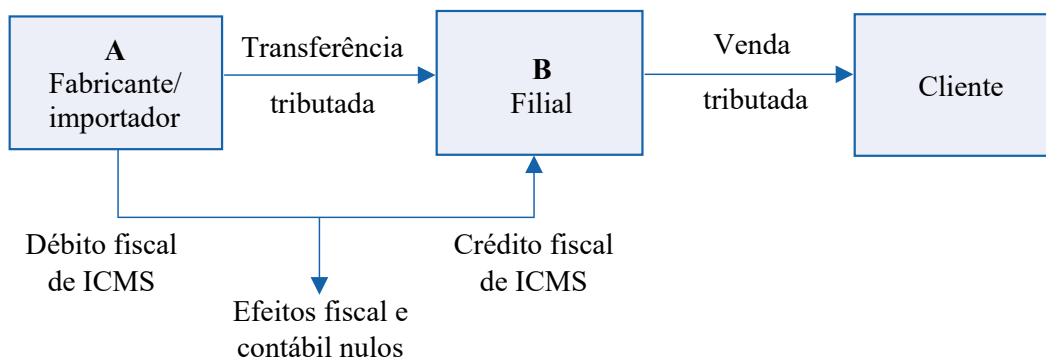
No âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), pode-se afirmar que o tribunal tem entendimento similar ao do STJ, muito antes da decisão proferida na ADC 49. Verifica-se pronunciamento da Suprema Corte, por exemplo, já em 2012, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 466.526/GO, no qual o tribunal se posicionou no sentido de que o “simples deslocamento da mercadoria de um estabelecimento para outro da mesma empresa, sem a transferência de propriedade, não caracteriza a hipótese de incidência do ICMS” (BRASIL, 2012, p. 1).

Cerca de oito anos depois, ao julgar o tema 1.099, sob o rito da repercussão geral, já sob a égide da ADC 49 (Recurso Extraordinário com Agravo [ARE] 1.255.885), o STF fixou a seguinte tese: “Não incide ICMS no deslocamento de bens de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte localizados em estados distintos, visto não haver a transferência da titularidade ou a realização de ato de mercancia” (BRASIL, 2020).

Não há, portanto, surpresa no posicionamento do STF sobre a não incidência do ICMS no mero deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular. O que acontece, na prática, é o exercício de planejamento pelas empresas, que escolhem discutir o tema quando a não incidência lhes pareça favorável. A aceitação da exigência, no entanto, ocorre na hipótese em que a transferência, tributada pelo ICMS, proporciona suposto resultado fiscal e contábil nulo, pelo sistema de débito e crédito, como se observa na Figura 1.

**Figura 1 - Transferência de mercadoria - efeito nulo - sistema de débito e crédito**

O estabelecimento A transfere, com destaque de ICMS, mercadorias para o estabelecimento B. O ICMS destacado na nota fiscal de A, e recolhido ao estado de origem, é compensado pelo crédito a ser recuperado pela sua filial B, fazendo que com que o efeito fiscal e contábil da tributação na transferência seja nulo.



Fonte: Elaborada pelo autor.

## 2. ADC 49 E A PREOCUPAÇÃO DAS EMPRESAS<sup>2</sup>

O STF finalizou, em 16 de abril de 2021, o julgamento do mérito da ADC 49, que buscava a declaração de constitucionalidade de dispositivos da Lei Complementar (LC) n. 87/1996 que preveem a ocorrência do fato gerador do ICMS na transferência interestadual de mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo contribuinte.

Ao analisar o caso, o STF decidiu que, segundo a Constituição, a circulação de mercadorias que gera incidência de ICMS é a jurídica, entendendo, assim, que o mero deslocamento entre estabelecimentos do mesmo titular, na mesma unidade federada ou em localidades distintas, não é fato gerador de ICMS.

Em artigo publicado no Portal *Jota*, Tathiane Piscitelli, Vinícius Jucá Alves e Thuany Campbell Brisolla (2021) argumentam que o debate não é novo, já que, “há mais de 20 anos, o entendimento no Superior Tribunal de Justiça (STJ) é consolidado: não deve haver a incidência do ICMS, pois não se verifica circulação jurídica da mercadoria”.

No mesmo sentido, Luiz Roberto Peróba e João Rafael L. Gandara de Carvalho (2021), citando o ministro do STF Luís Roberto Barroso, lembram que “o Brasil é um país em que as pessoas se surpreendem com o que elas já sabiam”.

O fato é que muitas empresas, especialmente as que praticam transferência de mercadorias entre seus estabelecimentos em montante significativo, passaram a ter preocupação com a decisão do STF por ser a primeira a ser exarada com efeitos *erga omnes*.

A preocupação dessas empresas é que, a partir dessa nova decisão, elas não terão mais a opção de escolha e serão obrigadas a não tributar as operações de transferência, incorrendo em possível perda de benefícios fiscais, acúmulo de créditos de ICMS ou obrigatoriedade de estorno de créditos decorrentes das saídas a título de transferência sem a incidência do imposto.

## 3. STATUS DA ADC 49

Em 13 de maio de 2021, o estado do Rio Grande do Norte interpôs recurso denominado embargos de declaração no julgamento da ADC 49, requerendo, em síntese, o seguinte:

- (a) concessão de efeito suspensivo, de forma a sobrestar os efeitos da decisão embargada enquanto pendentes de exame os embargos;
- (b) provimento dos embargos para determinar a produção de efeitos da pronúncia de nulidade apenas a partir do exercício financeiro subsequente à conclusão do julgamento e esclarecer a amplitude da decisão quanto à autonomia dos estabelecimentos, declarando a sua incidência apenas em caso de transferências de mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo titular.

---

<sup>2</sup> Adaptado de Santos (2021).

Esse recurso ainda está pendente de julgamento, portanto, a ação não pode ser considerada encerrada até que essas questões sejam esclarecidas pelo STF.

Em 17 de dezembro de 2021, data em que o caso poderia ser encerrado, o julgamento dos embargos de declaração na ADC 49 foi excluído do julgamento virtual por pedido de destaque efetuado pelo ministro Gilmar Mendes. Ocorre que o ministro desistiu do pedido de destaque, de modo que o julgamento prosseguiria em nova data, da forma que se encontra.

Após nova inclusão em pauta, em sessão de 29 de abril de 2022 a 6 de maio de 2022, em voto-vista, o ministro Dias Toffoli divergiu do ministro Edson Fachin (relator) para acolher os embargos de declaração e propor, a título de modulação de efeitos, que a decisão de mérito tenha eficácia após o prazo de dezoito meses, contados da data de publicação da ata de julgamento dos embargos de declaração, ficando ressalvadas as ações judiciais propostas até a data de publicação da ata de julgamento do mérito, caso os sujeitos passivos optem ou já tenham optado por não destacar e recolher o ICMS nas operações de transferência de mercadorias entre estabelecimentos de mesma titularidade.

O voto do ministro Toffoli ainda fez esclarecimento pontual do acórdão de mérito para afirmar a declaração de inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do art. 11, § 3º, II, da LC n. 87/1996, excluindo de seu âmbito de incidência apenas a hipótese de cobrança do ICMS sobre as transferências de mercadorias entre estabelecimentos de mesmo titular. O ministro Toffoli foi acompanhado pelo ministro Alexandre de Moraes, em voto reajustado, e pelo ministro Luiz Fux.

Nessa mesma sessão, foi proferido voto pelo ministro Ricardo Lewandowski, que acompanhou o relator Edson Fachin. Em seguida, porém, pediu vista dos autos o ministro Nunes Marques, suspendendo o julgamento. Em 19 de dezembro de 2022, o julgamento dos embargos de declaração foi novamente incluído na pauta do tribunal, sendo agendado para início em 10 de fevereiro de 2023 e término em 17 de fevereiro de 2023.

#### **4. O QUE PODE ACONTECER APÓS O JULGAMENTO DO RECURSO**

Após a finalização do julgamento, as empresas não poderão mais destacar ICMS nas notas fiscais de transferência para as suas filiais. A depender da decisão final no recurso, as seguintes situações concretas poderão se apresentar:

- (a) empresas teriam de estornar os créditos decorrentes das saídas em transferência sem incidência de ICMS? (possível consequência: perdas fiscais);
- (b) seria permitida a manutenção dos créditos, sem possibilidade de transferência para outro estado? (possível consequência: acúmulo de créditos no estabelecimento de origem);
- (c) seria permitida a manutenção dos créditos, com a possibilidade de transferência desses créditos para outro estado, em razão do fim da autonomia dos estabelecimentos nas transferências? (possível consequência: resolveria, em tese, o problema dos créditos).

## 5. PONTOS DE PREOCUPAÇÃO DAS EMPRESAS:<sup>3</sup> POSSÍVEL PERDA DE BENEFÍCIOS FISCAIS NO ESTABELECIMENTO QUE EFETUA A TRANSFERÊNCIA SEM ICMS

Ao não tributar as transferências, os estabelecimentos que detêm incentivos fiscais, ensejando pagamento menor de ICMS via redução de base de cálculo, crédito presumido ou outorgado, por exemplo, passariam a não mais recolher o imposto nas transferências. Em termos financeiros, isso seria mais vantajoso do que pagar qualquer valor, a título de ICMS, ainda que incentivado.

Ocorre que os estados não poderiam, de uma hora para outra, revogar os incentivos atualmente em vigor apenas pelo fato de a operação de transferência não sofrer incidência do ICMS. Isso porque os incentivos fiscais desse imposto foram recentemente adaptados ao que dispõe a LC Federal n. 160/2017, editada com fundamento no art. 155, XII, “g”, da Constituição Federal (CF), que não foi objeto de discussão na ADC 49.

### 5.1. Tributação cheia no estabelecimento recebedor da mercadoria, na posterior saída, por não haver ICMS na entrada por transferência

Para que se tenha melhor entendimento do efeito prático da tributação de ICMS nas transferências, recorreremos à questão contábil, haja vista que o crédito do recebedor da mercadoria em transferência é mera ficção, uma vez gerado por uma transação não mercantil, cujo crédito é concedido por um estabelecimento do mesmo titular, sem nenhuma contrapartida financeira.

Portanto, não tributar as transferências na origem e efetuar a tributação cheia na operação comercial subsequente pode ser vantajoso para a empresa. A autonomia dos estabelecimentos é questão tributária, enquanto a despesa de ICMS é tratada de forma consolidada na contabilidade das empresas.

### 5.2. Possível acúmulo de créditos nos estabelecimentos que transferem mercadorias e risco de glosa de tais créditos

Quanto a esse aspecto, se observarmos como ocorre a operação de débito e crédito do ICMS em indústrias, importadores e revendedores atualmente, verificaremos que tais estabelecimentos agregam vários custos às mercadorias recebidas e que estão sujeitos a despesas diversas antes que essas mercadorias sejam transferidas a outras filiais com incidência de ICMS

Referidos custos, denominados indiretos, bem como as despesas, agregadas posteriormente à aquisição, podem não gerar direito a crédito do imposto, tais como folha de salários, *fringe benefits*, alugueis, armazenagem, manutenção das instalações prediais e alimentação de funcionários.

Desse modo, trocar a incidência do ICMS sobre o preço de custo ou de venda nas transferências, que agrega diversos valores que não geram direito a crédito do imposto, pelo mero estorno do crédito dos insumos, das mercadorias importadas ou adquiridas para revenda, pode ser

<sup>3</sup> Adaptado de Santos (2021).

financeiramente vantajoso. Isso porque o valor do ICMS incorrido no mero estorno dos insumos ou das mercadorias adquiridas, no estabelecimento de origem, será menor que o ICMS destacado na nota fiscal de transferência, cuja base de cálculo agrega outros custos e despesas, já mencionados, que podem não ser passíveis de crédito.

Cumprido ressaltar, entretanto, que as vantagens desse procedimento em comparação às transferências tributadas, como ocorre atualmente, poderão variar considerando as particularidades da operação e o regime tributário a que ficam sujeitas as operações mercantis de cada pessoa jurídica, especialmente eventuais incentivos e benefícios fiscais nos estados de origem e de destino.

### **5.3. Impossibilidade de transferência de créditos entre estabelecimentos e contribuintes localizados em estados distintos**

O art. 25, § 2º, I e II, da LC n. 87/1996 assegura, mediante deliberação de cada estado, a transferência de créditos do imposto entre estabelecimentos do mesmo contribuinte ou a outros contribuintes, em ambos os casos, desde que localizados no mesmo estado.

Por seu turno, a CF determina, no art. 155, § 2º, II, “a”, que a isenção ou não incidência, salvo determinação em contrário da legislação, não implicará crédito do ICMS para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes, no que foi seguida pelo art. 20, § 3º, I e II, da LC n. 87/1996.

No voto vencedor na ADC 49, o ministro Edson Fachin assinala que a circulação de mercadorias que gera incidência de ICMS é a jurídica. *A contrario sensu*, portanto, afirma que a mera circulação física da mercadoria está fora do campo de incidência do ICMS, dando margem para que os Estados exijam a não tomada do crédito, seu estorno ou glosa, nas entradas de insumos ou mercadorias que geraram saídas a título de transferência sem incidência do imposto.

Em seu voto nos embargos de declaração, o ministro Roberto Barroso propôs que ficasse reconhecido o direito dos sujeitos passivos de transferirem tais créditos caso os estados não disciplinassem o assunto até a produção de efeitos da decisão definida em eventual modulação do julgado.

Peróba e Carvalho (2021) entendem que, se não há incidência de ICMS na operação, “não parece haver qualquer outro reflexo tributário na transferência entre estabelecimentos que não a própria cessão (ou melhor seria dizer consolidação) do crédito correspondente”. Ponderam ainda que “exigir o estorno do crédito, no caso de transferência, seria violar o princípio da não cumulatividade”, e que “a glosa de crédito nessa hipótese não faz qualquer sentido, e nada há na ADC 49 que altere essa conclusão” (PERÓBA e CARVALHO, 2021).

Entretanto, Piscitelli, Alves e Brisolla (2021) adotam posição mais cautelosa e concluem ser imprescindível que o STF, por ocasião do julgamento dos embargos, esclareça que a declaração de



inconstitucionalidade dos dispositivos da LC n. 87/1996 se deu “apenas para afastar a obrigação dos estados de lavrarem autos de infração quando o contribuinte não utilizar a opção de destacar o ICMS nas transferências”. Também pontuam que, “na hipótese de o contribuinte optar pela incidência, continuará com o direito de transferir o crédito para o estabelecimento de destino, observados os limites da LC n. 87/1996 e das Resoluções do Senado Federal” (PISCITELLI, ALVES e BRISOLLA, 2021).

Somos a favor da posição mais cautelosa, porém discordamos dos últimos autores citados, entendendo não ser mais possível tributar as transferências a partir da data da finalização do julgado, bem como pela necessidade de alteração da LC n. 87/1996 para permitir a transferência de créditos entre estabelecimentos localizados em estados distintos.

Nesse sentido, compactuamos com o entendimento do ministro Dias Toffoli nos embargos de declaração, quando enfatiza que o art. 155, § 2º, XII, “c”, do texto constitucional estabelece caber a lei complementar disciplinar o regime de compensação do imposto, e que essa compensação também envolve o crédito de ICMS conectado com a mercadoria que sai de um estabelecimento para outro do mesmo titular, inclusive quando tais estabelecimentos estiverem localizados em estados diferentes.

## **6. POSSÍVEIS ALTERNATIVAS ÀS OPERAÇÕES DE TRANSFERÊNCIA: APURAÇÃO CENTRALIZADA DO ICMS EM ESTABELECIMENTOS NO MESMO ESTADO**

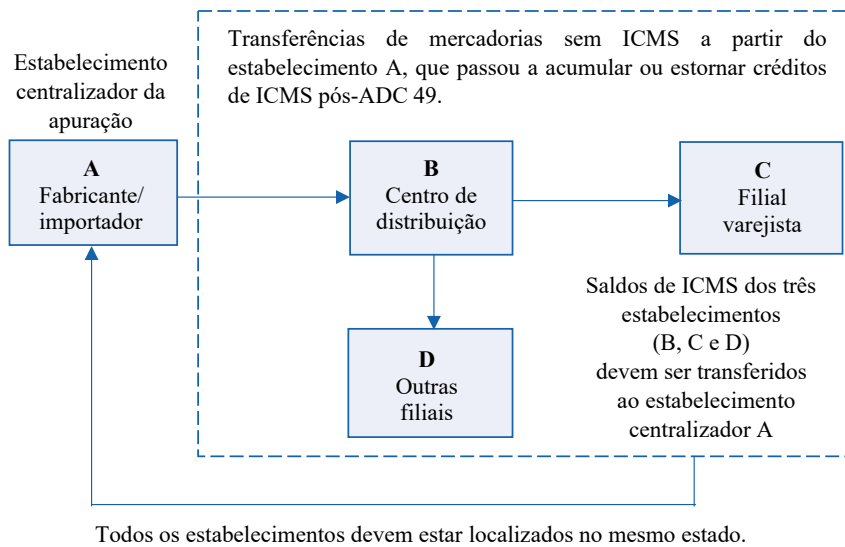
Partindo para as possíveis soluções diante da decisão proferida na ADC 49, observamos que o art. 25 da LC n. 87/1996 determina que poderão ser compensados saldos credores e devedores entre estabelecimentos do mesmo sujeito passivo no mesmo estado.

Assim, trata da possibilidade de apuração centralizada do ICMS em um único estabelecimento, procedimento previsto na LC n. 87/1996 e que impede o acúmulo de créditos em empresas que operam com mais de um estabelecimento, localizados no mesmo estado, conforme demonstrado na Figura 2.

### **6.1. Transformação de filiais ou centros de distribuição em depósitos fechados**

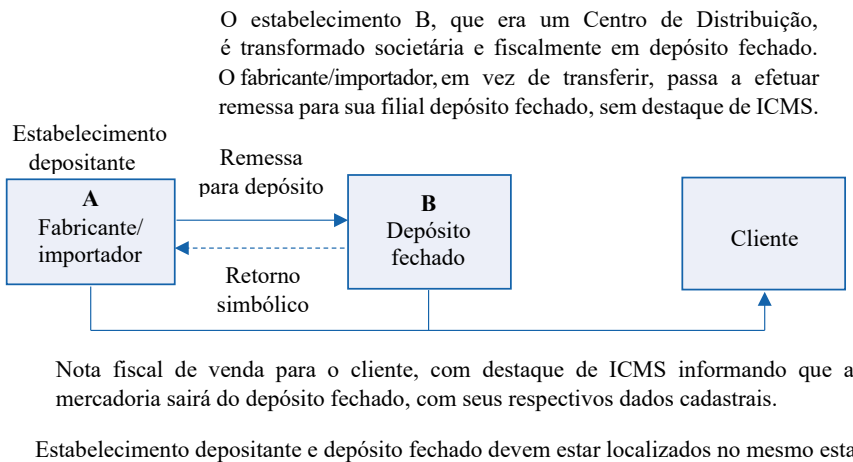
Outra possível solução, como alternativa às operações de transferência, seria transformar a filial recebedora das mercadorias, localizada no mesmo estado do remetente, em depósito fechado. A remessa para o depósito é efetuada sem incidência de ICMS, assim como o retorno, que poderá ser simbólico, podendo a mercadoria sair diretamente do depósito para o cliente, sendo sempre o depositante o responsável pela venda (arts. 22 a 25 do Convênio s/n., de 15.12.1970), garantindo, assim, o sistema de débito e crédito, sem o risco de estorno ou glosa de créditos (Figura 3).

**Figura 2 - Apuração centralizada do ICMS**



Fonte: Elaborada pelo autor.

**Figura 3 - Operação com depósito fechado**



Fonte: Elaborada pelo autor.

## 6.2. Operação com armazém geral (AG)

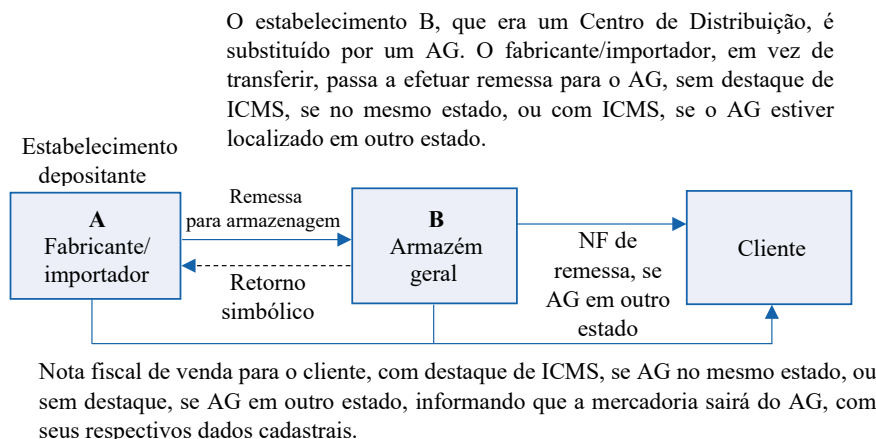
Outra alternativa para evitar perda de créditos seria, em vez de operar com transferências de mercadorias entre filiais, a empresa remeter suas mercadorias para armazém geral (AG) (arts. 26 a 39 do Convênio s/n., de 15.12.1970), podendo a própria empresa depositante ser a detentora do armazém, ainda que preste serviços exclusivamente para a empresa do grupo.

Caso o AG esteja localizado no mesmo estado do depositante, a remessa será efetuada com isenção do ICMS, assim como o retorno, que poderá ser simbólico na hipótese de a mercadoria ser remetida diretamente do AG para o cliente, por ocasião da venda.

Se AG e depositante estiverem localizados em estados distintos, a remessa para o AG deverá ser tributada. Em qualquer caso, AG no mesmo estado ou em estado distinto do depositante, o

sistema de débito e crédito de ICMS estará assegurado, sem a obrigatoriedade de estorno ou glosa de créditos (Figura 4).

**Figura 4 - Operação com armazém geral**

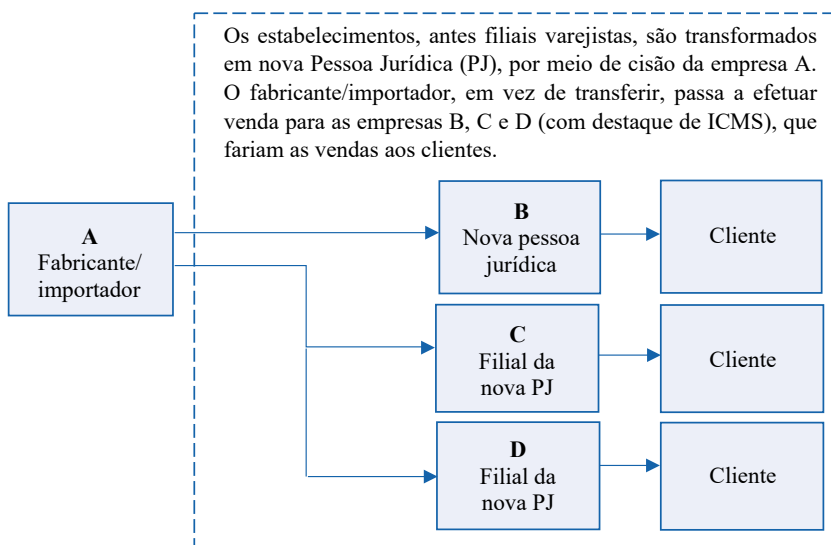


Fonte: Elaborada pelo autor.

### 6.3. Transformação de estabelecimentos varejistas em pessoa jurídica distinta

Se a operação incluir transferência de mercadorias para estabelecimento varejista, que efetuará a posterior revenda aos clientes, as alternativas de transformação em depósito fechado ou AG não serão aplicáveis. Nesse caso, uma opção seria a reorganização societária, transformando os estabelecimentos varejistas em pessoa jurídica distinta, hipótese em que ocorreria uma operação de venda entre empresas do mesmo grupo, tomando-se cuidado com o valor da operação, especialmente para fins de incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), se for o caso (Figura 5).

**Figura 5 - Transformação de filial em pessoa jurídica distinta**



Fonte: Elaborada pelo autor.

### 6.4. Industrialização por encomenda

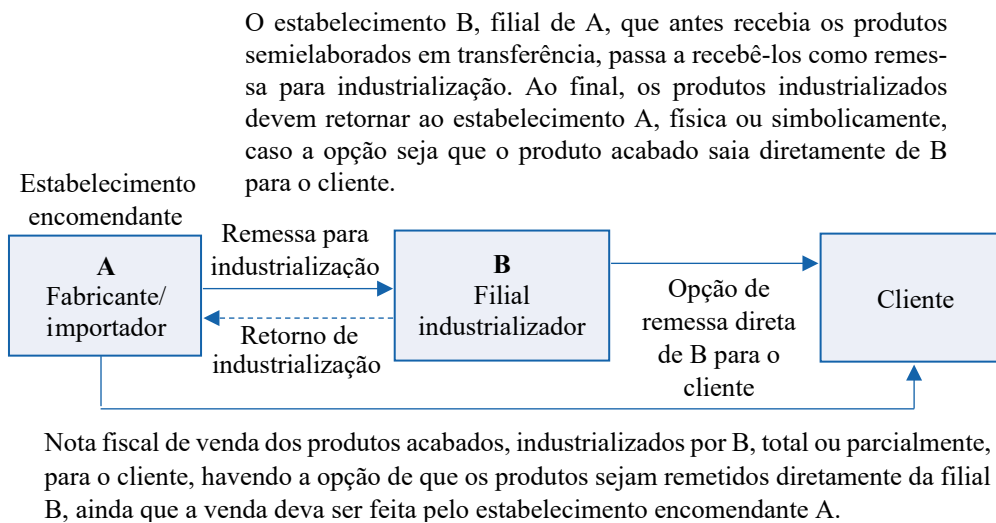
Inicialmente, cumpre ressaltar que não é vedado pela legislação tributária que operações de industrialização por encomenda sejam efetuadas entre estabelecimentos da mesma empresa. Inclusive, a Consultoria Tributária do estado de São Paulo já se posicionou a respeito, orientando que estabelecimentos paulistas pertencentes ao mesmo titular (matriz e filial) podem agir como autor e executor da encomenda, valendo-se das regras previstas para a sistemática da industrialização por conta de terceiro (Resposta à Consulta Tributária [RCT] 24.995, de 18.03.2022).

Quanto à restrição de que a operação só pode ser realizada entre estabelecimentos do mesmo titular localizados no mesmo estado, a questão poderá ser solucionada por meio de pedido de Regime Especial direcionado a todas as unidades da federação envolvidas no processo. Nesse sentido, a citada RCT 24.995/2022 do estado de São Paulo orienta que a disciplina da industrialização por conta de terceiros, instituída pela celebração de convênio entre todos os estados da Federação, a princípio, é aplicável tanto a operações internas quanto a interestaduais.

Da mesma forma, as mercadorias industrializadas poderão seguir diretamente para o cliente, no caso de venda, a partir do estabelecimento industrializador, sem a necessidade de retorno físico ao encomendante, observadas as disposições específicas da legislação de cada estado.

Assim, as empresas que transferem produtos semielaborados entre filiais, para que a filial recebedora proceda a qualquer forma de industrialização prevista na legislação do IPI, poderão avaliar a conveniência de substituir operações de transferência por remessa para industrialização, garantindo, de tal forma, o sistema de débito e crédito de ICMS, sem o risco de glosa ou acúmulo de créditos (Figura 6).

Figura 6 - Industrialização por encomenda entre estabelecimentos da mesma empresa



Fonte: Elaborada pelo autor.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base na jurisprudência dos tribunais superiores, que datam de 26 anos a partir da Súmula 166, de 1996, do STJ, culminando com a decisão na ADC 49, não houve nenhuma surpresa, tanto para o fisco quanto para os contribuintes, sobre a não incidência do ICMS no mero deslocamento físico de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular.

Para além disso, as empresas que efetuam transferências com tributação de ICMS têm diversas opções para adotar a decisão do STF na ADC 49 sem incorrer em perdas fiscais, que vão da manutenção das operações de transferência com estorno de crédito dos insumos ou mercadorias adquiridas – considerando a vantagem do estorno quando comparado à tributação das transferências a preço de custo ou de venda – à utilização de apuração centralizada, estrutura de depósito fechado, AG, transformação de filiais varejistas em pessoa jurídica interdependente e operação de industrialização por encomenda entre filiais.

O inconformismo em relação à decisão do STF não se sustenta, haja vista que os tribunais superiores têm posição consolidada há mais de duas décadas acerca da matéria. Nesse sentido, empresas sempre se utilizaram do melhor dos dois mundos, na medida de sua conveniência. Ou seja, tributação das transferências, quando assim lhes for conveniente, ou judicialização do tema, quando a tributação das transferências puder causar alguma perda fiscal ou financeira.

Nesse contexto, independentemente da decisão nos embargos de declaração, que não se prestam a alterar a decisão de mérito proferida, o acórdão do STF deve ser obedecido integralmente na sua essência, qual seja, que o mero deslocamento físico de mercadorias ou bens entre estabelecimentos do mesmo titular, na mesma unidade federada ou em unidades diferentes, não é fato gerador de ICMS.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 31 jul. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 406, de 31 de dezembro de 1968**. Estabelece normas gerais de direito financeiro, aplicáveis aos impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre serviços de qualquer natureza, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1968]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del0406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0406.htm). Acesso em: 31 jul. 2022.

BRASIL. **Lei Complementar n. 87, de 13 de setembro de 1996**. Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências.

(LEI KANDIR). Brasília, DF: Presidência da República, [1996]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp87.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp87.htm). Acesso em: 31 jul. 2022.

BRASIL. **Lei Complementar n. 160, de 7 de agosto de 2017**. Dispõe sobre [...] a reinstituição das respectivas isenções, incentivos e benefícios fiscais ou financeiro-fiscais; e altera a Lei n. 12.973, de 13 de maio de 2014. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp160.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp160.htm). Acesso em: 31 jul. 2022.

BRASIL. Ministério da Economia. Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ. **Convênio s/n., de 15 de dezembro de 1970**. Cria o Sistema Nacional Integrado de Informações Econômico-Fiscais. Brasília, DF: Ministério da Fazenda, [1970]. Disponível em: [https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/ajustes/sinief/cvs\\_n\\_70](https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/ajustes/sinief/cvs_n_70). Acesso em: 31 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 166**. Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [1996]. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2010\\_12\\_capSumula166.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2010_12_capSumula166.pdf). Acesso em: 31 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Declaratória de Constitucionalidade 49/RN**. Direito Constitucional e Tributário. Ação Declaratória de Constitucionalidade. ICMS. Deslocamento físico de bens de um estabelecimento para outro de mesma titularidade. Inexistência de fato gerador. Precedentes da Corte. Necessidade de operação jurídica com tramitação de posse e propriedade de bens. Ação julgada improcedente. [...]. Reqte.: Governador do Estado do Rio Grande do Norte. Intdos.: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Edson Fachin, 19 de abril de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755741172>. Acesso em: 31 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário com Agravo 1.255.885/MS**. Recurso extraordinário com agravo. Direito Tributário. [...] Não incide ICMS no deslocamento de bens de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte localizados em estados distintos, visto não haver a transferência da titularidade ou a realização de ato de mercancia. Recorrente: Ana Fumie Yokoyama e outro (a/s). Recorrido: Estado de Mato Grosso do Sul. Relatora: Min. Presidente, 14 de agosto de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753826308>. Acesso em: 31 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 466.526/GO**. 1. O simples deslocamento da mercadoria de um estabelecimento para outro da mesma empresa, sem a transferência de propriedade, não caracteriza a hipótese de incidência do ICMS. Agravante: Município de São Simão. Agravado: Estado de Goiás [...]. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 18 de setembro de 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2874764>. Acesso em: 31 jul. 2022.

PERÓBA, L. R.; CARVALHO, J. R. L. G. A ADC 49 e o museu de grandes novidades. **Conjur**, 23 maio 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-23/peroba-gandara-adc-49-museu-grandes-novidades>. Acesso em: 31 jul. 2022.

PISCITELLI, T.; ALVES, V. J.; BRISOLLA, T. C. Novos caminhos para a ADC 49. **Jota**, 30 jun. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/novos-caminhos-para-a-adc-49-30062021>. Acesso em: 31 jul. 2022.

SANTOS, R. A. As transferências e o falso dilema criado pela decisão do STF na ADC 49/17. **Jota**, 15 jun. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/as-transferencias-e-o-falso-dilema-criado-pela-decisao-do-stf-na-adc-49-17-15062021>. Acesso em: 31 jul. 2022.

SÃO PAULO (SP). Secretaria da Fazenda e Planejamento. **Resposta à Consulta Tributária 24.995/2022, de 18 de março de 2022**. Disponibilizado no *site* da SEFAZ em 19.03.2022. ICMS – Industrialização por conta de terceiro – Estabelecimentos paulistas do mesmo titular (matriz e filial). [...]. Disponível em: [https://legislacao.fazenda.sp.gov.br/Paginas/RC24995\\_2022.aspx](https://legislacao.fazenda.sp.gov.br/Paginas/RC24995_2022.aspx). Acesso em: 1º ago. 2022.

# A contribuição de *Americold Realty Trust v. Conagra Foods, Inc., et al.* para a ADI 5.835/DF quanto às administradoras de fundos de investimento

The Contribution of *Americold Realty Trust v. Conagra Foods, Inc., et al.* to ADI 5.835/DF Regarding Investment Funds Administrators

Felipe Lourenço Moura Lima<sup>1</sup>



**RESUMO:** O presente texto discute a territorialidade como atributo da personalidade jurídica por meio de um caso da jurisprudência norte-americana (*Americold Realty Trust v. Conagra Foods, Inc.*) e outro da brasileira (Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 5.835/DF). O primeiro é uma discussão processual sobre a utilização do instituto da *diversity* por entidades despersonalizadas, e o segundo trata da lei complementar que mudou o critério de recolhimento do ISS para o domicílio da administradora de fundos de investimento. Ambos os casos impulsionam a reflexão sobre o domicílio como critério de competências, processual ou de incidência espacial de tributo. Pretende-se expor como o precedente dos Estados Unidos pode contribuir com a discussão da ADI 5.835/DF no Brasil.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Diversity*, ISS, administração de fundos de investimento, personalidade jurídica, territorialidade.

**ABSTRACT:** This text discusses territoriality as an attribute of legal personality through a case of North American jurisprudence (*Americold Realty Trust v. Conagra Foods, Inc.*) and another case of Brazilian jurisprudence (*Direct Unconstitutionality Action - ADI 5.835/DF*). The first is a procedural discussion about the use of diversity by depersonalized entities and the second is about the Brazilian Complementary Act that changed the ISS collection criterion for the domicile of the investment fund administrator. Both cases encourage reflection on domicile as a criterion of competence, procedural or spatial incidence of tax. It is intended to expose how the United States precedent can contribute to the discussion of *ADI 5.835/DF* in Brazil.

**KEYWORDS:** Diversity, service tax, investment funds administration, legal personality, territoriality.



<sup>1</sup>Mestrando em Direito dos Negócios pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO SP). Pós-graduado em Direito Empresarial pela mesma escola e em Direito Societário pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper). Advogado de fundos de investimento imobiliários na BRL Trust Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S.A.



## INTRODUÇÃO

O presente texto discute a valoração da personalidade jurídica sob a ótica do seu domicílio de constituição por meio de dois casos, o primeiro, da jurisprudência norte-americana, e o segundo, da brasileira; este trata de questão tributária e aquele, de problema processual.

O precedente dos Estados Unidos da América (EUA), *Americold Realty Trust v. Conagra Foods, Inc., et al.*, é um *leading case* julgado em 2016 que reforça o entendimento que a Suprema Corte tem desde o século XIX quanto à possibilidade de entidades despersonalizadas utilizarem o instituto da *diversity* para encaminhar litígios das cortes estaduais às cortes federais, que superou os desafios e arranjos atuais para justificar a manutenção da posição consolidada.

Já o caso brasileiro trata da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.835 do Distrito Federal (ADI 5.835/DF), a qual ataca Lei Complementar (LC) que mudou o critério de recolhimento do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) para o domicílio do tomador do serviço, quando este exercer, entre outros serviços, a administração de fundos de investimento.

Embora bastante diferentes, ambos os casos impulsionam a reflexão sobre o domicílio das entidades como critério de estabelecimento de competências, seja processual, seja de incidência espacial de tributo, e, por conseguinte, sobre a responsabilidade das entidades como um centro de imputação a partir do local onde estão constituídas.

Feita a análise dos casos, pretende-se expor como o julgado norte-americano pode contribuir com a discussão da ADI em curso no Brasil, uma vez que a principal decisão do processo é uma medida cautelar que suspende os efeitos da LC n. 157/2016, e da eventual legislação municipal que trata da cobrança do ISS.

Por fim, serão feitas recomendações sobre como as entidades devem agir, considerando a cautelar em vigor, e sobre como o Supremo Tribunal Federal (STF) pode usar o exemplo da Suprema Corte estrangeira para promover um aprofundamento maior na definição do caso usando o racional e o histórico apresentados em *Americold Realty Trust v. Conagra Foods, Inc., et al.* no Brasil, onde a legislação é mais centralizada e rigorosa quanto ao detalhamento de exigências.

### 1. AMERICOLD REALTY TRUST V. CONAGRA FOODS, INC., ET AL.

*Americold Realty Trust v. Conagra Foods, Inc., et al.* (*Americold v. Conagra*) é um caso que foi levado à Suprema Corte dos EUA devido a uma questão processual, qual seja, se *Americold Realty Trust*, por se tratar de um *Real Estate Investment Trust* (REIT) (SABINO, SABINO e SABINO, 2017),<sup>2</sup> poderia se beneficiar da jurisdição federal para discutir o conflito que tinha com a empresa que ocupava o galpão de sua propriedade, *Conagra Foods Inc.*

---

2. “The Court found that Maryland law specifies that a REIT is an unincorporated trust or association, holding and managing property for the benefit of owners classified as ‘shareholders’” (SABINO, SABINO e SABINO, 2017, p. 197). Em tradução livre: A Corte verificou que a Lei de Maryland especifica que REIT é uma entidade sem personalidade jurídica que detém e administra ativos para os seus participantes.

Nos EUA, existem dois cenários em que uma demanda pode ser levada às cortes federais. O primeiro ocorre quando o assunto é essencialmente de caráter federal, nos termos das *Federal Rules of Civil Procedures* (SOARES, 1999), já o segundo ocorre a partir da solicitação do réu e desde que (a) o litígio seja entre partes de diferentes estados com capacidade processual própria<sup>3</sup> e (b) o valor discutido exceda o mínimo de US\$ 75.000,00.

A segunda possibilidade é chamada de *diversity jurisdiction*, instituto do direito processual norte-americano cuja função é garantir o julgamento imparcial de uma corte menos suscetível a regionalismos e julgamentos “caseiros”, desde que obedecidos os critérios da lei para tanto.

Pois bem, a princípio, *Americold v. Conagra* parece pertencer à jurisdição estadual por se referir a uma disputa contratual e de responsabilização por danos decorrentes de um incêndio ocorrido no armazém da Americold Realty Trust que destruiu os alimentos armazenados pertencentes à Conagra Foods Inc. e às demais sociedades envolvidas no caso.

O foro escolhido para o ajuizamento da ação é o do local do armazém, no estado do Kansas, embora o REIT tenha sido constituído em Maryland e o dos outros litigantes em Delaware, Nebraska e Illinois. Não obstante estar situado em estado diverso dos locais de constituição das partes, a Americold Realty Trust solicitou a transferência da ação para a corte federal, sob o argumento de cumprir os requisitos para a utilização do *diversity*.

O caso foi julgado no mérito em benefício da Americold Realty Trust; porém, em sede de recurso, a Corte de Apelações apontou que a *diversity jurisdiction* foi aplicada de maneira inadequada, porque o REIT, conforme a legislação de Maryland, onde foi constituído, trata-se de uma entidade sem personalidade jurídica, que não possui separação patrimonial ou regulatória dos *shareholders* (PARGENDLER, 2021).

Por esse motivo, a ação foi levada à Suprema Corte Americana, que reforçou o entendimento de que o REIT é uma entidade sem personalidade jurídica, e, em linha com a sua já consolidada jurisprudência,<sup>4</sup> determinou que o foro a ser considerado deveria ser aquele pertencente a qualquer dos detentores de participação na entidade.

Dado que a Americold Realty Trust possui participação pulverizada e inclui pessoas residentes no estado do Kansas, onde se iniciou a ação, a Suprema Corte dos EUA entendeu que o caso deveria ser devolvido à jurisdição estadual.

O critério da Suprema Corte é simples: apenas as pessoas físicas e as entidades nas quais há a separação de patrimônio ou regulatória na sua constituição (*incorporation*) possuem capacidade

---

3 Em *Americold v. Conagra*, esse conceito é apresentado com o termo “*citizenship*”.

4 Desde o século XIX, a jurisprudência da Suprema Corte americana rejeita o recurso da *diversity* por entidades despersonalizadas (SABINO, SABINO e SABINO, 2017).

processual própria para pleitear a mudança para as cortes federais pela aplicação do instituto da *diversity*. No caso das demais entidades, o foro é estabelecido no domicílio dos seus participantes.

A *Americold Realty Trust* ainda tentou argumentar com o fato de que se enquadraria na definição de um *trust*, cuja capacidade processual é exercida por sua administradora fiduciária (*trustee*); no entanto, a Suprema Corte rechaçou o argumento, pois a administradora fiduciária atua em nome próprio. Além disso, embora a palavra “*trust*” seja parte da sigla “REIT”, a legislação de Maryland não estabelece que a entidade deve ser constituída por meio de uma relação de fidúcia, mediante contrato com uma administradora, mas que se trata de uma entidade legal com capacidade processual, porém sem patrimônio separado, o que não lhe confere personalidade jurídica (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2016).<sup>5</sup>

## 2. MEDIDA CAUTELAR CONCEDIDA NA ADI 5.835/DF

A ADI 5.835/DF foi movida ante o art. 1º da LC n. 157/2016, na parte que modificou o art. 3º, XXIII, XXIV, XXV, e o art. 6º, §§ 3º e 4º, da LC n. 116/2003. Uma das alterações determina que o ISS será devido no município do tomador do serviço em relação à administração de fundos quaisquer e de carteira de clientes, entre outros serviços, dada que a nova redação do art. 3º, XXIV,<sup>6</sup> menciona o subitem 15.01 da LC n. 116/2003<sup>7</sup> (BRASIL, 2016).

Nesse sentido, diferentemente do modelo anterior da LC n. 116/2003, que estipulava que o critério espacial de incidência tributária dos serviços de administração de fundos era o local do estabelecimento prestador, a LC n. 157/2016 não definiu com clareza o conceito de “tomador de serviços”, além de ter mudado a figura responsável pelo recolhimento.

No âmbito do processo, os requerentes solicitaram medida cautelar para suspender a aplicação do art. 1º da Lei n. 157/2016 até que o Congresso Nacional edite as normas necessárias para dar completude aos dispositivos impugnados,<sup>8</sup> pois os municípios vinham publicando atos normativos com padrões fiscais distintos em relação aos serviços discutidos na ação, fato que causou conflitos de competência entre eles, já que não havia consenso na definição de quem seriam os tomadores dos serviços tributados na administração de fundos de investimento.

Dessa forma, o Tribunal entendeu que a ausência da definição e a existência de diversas leis, decretos e atos normativos municipais antagônicos já vigentes ou prestes a entrar em vigência acabariam por prejudicar a aplicação da LC n. 157/2016 e ampliar os conflitos de competência

5 Caso *Navarro Savings Assn. v. Lee* (1980), citado na decisão da Suprema Corte dos EUA.

6 “Art. 3º O serviço considera-se prestado, e o imposto, devido, no local do estabelecimento prestador ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador, exceto nas hipóteses previstas nos incisos I a XXV, quando o imposto será devido no local: [...]”

XXIV – do domicílio do tomador do serviço no caso dos serviços prestados pelas administradoras de cartão de crédito ou débito e demais descritos no subitem 15.01 [...]”

7 “15.01 – Administração de fundos quaisquer, de consórcio, de cartão de crédito ou débito e congêneres, de carteira de clientes, de cheques pré-datados e congêneres.”

8 Mais uma similaridade com *Americold v. Conagra*, pois os julgamentos da Suprema Corte dos EUA ao longo dos anos frequentemente informavam a necessidade do Congresso de regular a possibilidade do uso da *diversity* para entidades despersonalizadas (SABINO, SABINO e SABINO, 2017).

entre os municípios, o que comprometeria a atividade econômica. Ademais, enfatizou que na jurisprudência da corte havia precedente de invalidação de norma de direito tributário com base na dificuldade de sua aplicação.

Sendo assim, o STF concedeu a medida cautelar para suspender a eficácia do art. 1º da LC n. 157/2016 e de toda legislação local editada para sua complementação. Vale salientar que tal caso é considerado o *leading case* nacional sobre o assunto, em razão da concessão de liminar que suspende os efeitos das referidas leis.

## 2.1. Lei Complementar n. 175, de 23 de setembro de 2020

Na pendência do julgamento definitivo da ADI 5.835/DF,<sup>9</sup> foi publicada a LC n. 175/2020, que estabelece que, nos serviços de administração de carteira de valores mobiliários e nos serviços de administração e gestão de fundos e clubes de investimento, o tomador é o cotista.

Importante destacar que os dispositivos da LC n. 175/2020 que alteram a LC n. 157/2016 não afetam a decisão que concedeu a Medida Cautelar na ADI 5.835/DF, pois a norma suspensa não produz efeitos, de modo que não repercute nas modificações promovidas por norma superveniente.

Por esse motivo, atualmente, o ISS segue não sendo exigível no domicílio dos cotistas dos fundos, até porque a própria LC n. 175/2020 não definiu como estabelecer os critérios do domicílio do tomador. Ressalta-se que nesse ponto a lei não se atentou ao princípio do sigilo bancário dos cotistas dos fundos de investimento, pela aplicação do qual as operações firmadas no âmbito dos mercados financeiros e de capitais devem ter caráter sigiloso, e não podem, por conseguinte, ser reveladas, nos termos do art. 5º, X e XII, da Constituição Federal (DOTTA, 2018).

## 3. CONTRIBUIÇÃO DO CASO ESTRANGEIRO AO DEBATE POSTO NO DIREITO BRASILEIRO

No Brasil, a discussão quanto ao conflito de competência havida em *Americold v. Conagra* não existiria, visto que as regras do direito processual brasileiro são mais rígidas e têm limites mais bem definidos em relação ao modelo mais autônomo estabelecido entre os estados norte-americanos. Entretanto, a reflexão feita pela Suprema Corte dos EUA clarifica conceitos que podem ser importantes para as discussões no âmbito da ADI 5.835/DF.

A ideia do *trustee* como condutor da competência para o estado da federação em que foi constituído se assemelha ao que é aplicado no Brasil na representação legal de determinadas entidades despersonalizadas.

---

9 A última manifestação do STF na ADI 5.835/DF é de 4 de junho de 2020, enquanto o último andamento é de 23 de outubro de 2020 (BRASIL, 2022).

Nesse contexto, o instrumento mais próximo do REIT é o Fundo de Investimento Imobiliário (FII), que também não possui personalidade jurídica, porque constituído sob a forma de condomínio, conforme dispõe o art. 1.368-C do Código Civil,<sup>10</sup> e administrado por entidade autorizada pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), que, inclusive, exerce a propriedade fiduciária dos imóveis, nos termos dos arts. 7º a 9º da Lei n. 8.668/1993, conforme trechos destacados a seguir:

Art. 7º Os bens e direitos integrantes do patrimônio do Fundo de Investimento Imobiliário, **em especial os bens imóveis mantidos sob a propriedade fiduciária da instituição administradora [...]**

Art. 8º **O fiduciário administrará os bens adquiridos em fidúcia e deles disporá na forma e para os fins estabelecidos no regulamento do fundo ou em assembleia de quotistas, respondendo em caso de má gestão, gestão temerária, conflito de interesses, descumprimento do regulamento do fundo ou de determinação da assembleia de quotistas.**

Art. 9º **A alienação dos imóveis pertencentes ao patrimônio do fundo será efetivada diretamente pela instituição administradora [...]** (BRASIL, 1993, grifo nosso).

É possível verificar que, como entidade despersonalizada, o FII necessita de uma administradora fiduciária que responda como proprietário do patrimônio imobiliário, isto é, a própria regulação do instituto induz a ideia de *trust* na concepção norte-americana, no que diz respeito à relação de fidúcia entre a entidade e a sua administradora.

Em linha com o entendimento da Suprema Corte dos EUA quanto ao caso *Navarro Savings Assn v. Lee*, utilizado por *Americold Realty Trust* como estratégia de defesa para equiparar o REIT à figura do *trust*, quando uma administradora fiduciária ingressa com ação em seu nome, sua capacidade processual está no estado da federação ao qual tem endereço, assim como seria para qualquer pessoa natural (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2016).<sup>11</sup>

No entanto, a ideia de personalidade jurídica, por meio da separação da entidade da figura dos seus *shareholders* e sob o prisma do atributo do domicílio como complemento da separação, não foi trabalhada na ADI 5.835/DF.

O art. 75 do Código Civil define o domicílio como atributo da personalidade jurídica para fins de imputação de responsabilidade, sendo determinante a separação entre os detentores de participação e a própria entidade para fins de personificação (bem como dos cotistas de FII, cujo patrimônio é de propriedade fiduciária da administradora).

---

<sup>10</sup> “Art. 1.368-C. O fundo de investimento é uma comunhão de recursos, constituído sob a forma de condomínio de natureza especial, destinado à aplicação em ativos financeiros, bens e direitos de qualquer natureza” (BRASIL, 2002).

<sup>11</sup> “Rather, *Navarro* reaffirmed a separate rule that when a trustee files a lawsuit in her name, her jurisdictional citizenship is the State to which she belongs – as is true of any natural person” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2016).

A administradora tem personalidade jurídica, e a sua contratação é determinada por lei para que possa haver a representação legal do ente despersonalizado e, no caso dos FIs, para atuar como proprietário fiduciário em nome do condomínio especial, além de responder em nome próprio pelas obrigações do fundo sem que haja responsabilização dos cotistas, nos limites do regulamento ou de decisões tomadas em assembleia geral, nos termos do art. 8º da Lei n. 8.668/1993, já mencionado anteriormente.

Isso significa que há, inclusive, um reforço na proteção patrimonial por meio da separação regulatória entre o representante e os cotistas, uma vez que existe uma entidade personalizada que responde perante terceiros sob o escudo (*entity shielding*) não só da sua própria personalidade jurídica, mas também da relação havida com o fundo por meio do seu regulamento, nos termos da legislação.

Considerando a estruturação jurídica das atividades das administradoras e as consequentes responsabilidades por elas assumidas, o recolhimento do ISS deve ocorrer no local de domicílio do representante legal, pois não só é o local de constituição da empresa, como o local de onde os serviços são prestados.

Sob o aspecto fiscal, deve ser considerado o local onde a prestação de serviço é efetivamente realizada. O fato de cotistas de fundo de investimento usufruírem da prestação de serviços da administradora não significa que a atividade sobre a qual deve ser cobrado o tributo está sendo executada em domicílio diverso de onde a administradora estabeleceu que a sua pessoa jurídica deve atuar (BARONI e BIFANO, 2019).

No caso das administradoras de fundos de investimento, o serviço é prestado na sua sede, sobretudo em função da infraestrutura necessária à prestação, e, ainda que não fosse exatamente no local de sua constituição, este seria designado por meio de filial, o que exige a inclusão no respectivo contrato ou no estatuto social e o devido registro na Junta Comercial para que se tenha efeitos perante terceiros.

Caso não houvesse a figura do representante legal do fundo, faria sentido definir como local de cobrança o domicílio dos cotistas, pois não haveria a concentração de responsabilidades e contratos (*nexus for contracts*) destinada a uma entidade específica para esse fim (KRAAKMAN *et al.*, 2010).

Isso significa que tanto a utilização do *diversity* quanto o recolhimento do ISS pelo tomador seriam convergentes na plausibilidade. Contudo, a legislação brasileira é mais clara na definição de quem possui personalidade e de quem pode exercê-la em representação de entes despersonalizados.

Portanto, o local onde a sociedade administradora foi constituída ou de onde presta seus serviços, conforme filial registrada em ato societário pertinente, deve ser levado em consideração para o critério espacial de incidência do ISS.

## CONCLUSÃO

Em vista do exposto, a conclusão a que se chega é de que *Americold Realty Trust v. Conagra Foods, Inc., et al.* trata de questão bastante diversa e afastada do direito brasileiro; contudo, os fundamentos utilizados para solucionar a divergência sobre territorialidade em *diversity* devem ser considerados para a aferição do critério espacial da cobrança do ISS.

Importante evidenciar que aqui não se faz um juízo de direito financeiro sobre a arrecadação dos municípios e suas eventuais disputas em busca de igualdade fiscal, apenas se sugere uma abordagem voltada para a natureza jurídica do contribuinte, na figura da administradora fiduciária, a fim de evitar a perpetuação de argumentos como a “dificuldade de aplicação da norma”, conforme verificado na decisão que concedeu a Medida Cautelar na ADI 5.835/DF.

Dessa forma, entende-se existir duas condutas que devem ser adotadas. A primeira, sob a ótica do contribuinte, de que não é necessário realizar o recolhimento ou cumprir qualquer obrigação fiscal na pendência do julgamento da ADI 5.835/DF; a segunda, relacionada à conduta do STF, para a qual se recomenda observar atentamente os cânones da personalidade jurídica e refletir sobre esse direito enquanto está em conflito com as normas de arrecadação dos municípios.

Por fim, as condutas recomendadas têm o objetivo de valorizar os arranjos em vigor no Brasil, pois, se nos EUA – onde há maior flexibilidade na formação das entidades, dada a autonomia da legislação estadual – a Suprema Corte chega à conclusão de que o local da constituição da entidade é atributo fundamental da personalidade jurídica, como em *Americold v. Conagra*, as exigências da legislação brasileira, que é mais rigorosa e centralizada, não podem ser esquecidas na definição de questões fiscais, a exemplo do local de recolhimento do ISS, como discutido na ADI 5.835/DF.

## REFERÊNCIAS

BARONI, A. C.; BIFANO, E. Aspecto espacial da incidência do ISS sobre serviços prestados por administradoras de cartão de crédito, débito e congêneres, a partir da Lei Complementar n. 157/2016. **FGV Direito SP Research Paper Series**, n. TL007, 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3332453>. Acesso em: 18 maio 2022.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários (CVM). **Instrução CVM n. 472, de 31 de outubro de 2008**. Dispõe sobre a constituição, a administração, o funcionamento, a oferta pública de distribuição de cotas e a divulgação de informações dos Fundos de Investimento Imobiliário – FII. Revoga as Instruções CVM n. 205, de 14 de janeiro de 1994, n. 389, de 3 de junho de 2003, n. 418, de 19 de abril de 2005 e n. 455, de 13 de junho de 2007. Acrescenta o Anexo III-B à Instrução CVM n. 400, de 29 de dezembro de 2003. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/instrucoes/anexos/400/inst472consolid.pdf>. Acesso em: 15 maio 2022.

BRASIL. **Lei Complementar n. 116, de 31 de julho de 2003.** Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2003]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp116.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp116.htm). Acesso em: 22 maio 2022.

BRASIL. **Lei Complementar n. 157, de 29 de dezembro de 2016.** Altera a Lei Complementar n. 116, de 31 de julho de 2003, que dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa), e a Lei Complementar n. 63, de 11 de janeiro de 1990, que “dispõe sobre critérios e prazos de crédito das parcelas do produto da arrecadação de impostos de competência dos Estados e de transferências por estes recebidos, pertencentes aos Municípios, e dá outras providências”. Brasília: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp157.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp157.htm). Acesso em: 22 maio 2022.

BRASIL. **Lei Complementar n. 175, de 23 de setembro de 2020.** Dispõe sobre o padrão nacional de obrigação acessória do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN), de competência dos Municípios e do Distrito Federal, incidente sobre os serviços previstos nos subitens 4.22, 4.23, 5.09, 15.01 e 15.09 da lista de serviços anexa à Lei Complementar n. 116, de 31 de julho de 2003; altera dispositivos da referida Lei Complementar; prevê regra de transição para a partilha do produto da arrecadação do ISSQN entre o Município do local do estabelecimento prestador e o Município do domicílio do tomador relativamente aos serviços de que trata; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/Lcp175.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp175.htm). Acesso em: 22 maio 2022.

BRASIL. **Lei n. 8.668, de 25 de junho de 1993.** Dispõe sobre a constituição e o regime tributário dos Fundos de Investimento Imobiliário e dos Fundos de Investimento nas Cadeias Produtivas Agroindustriais (Fiagro); e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [1993]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8668.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8668.htm). Acesso em: 15 maio 2022.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília: Presidência da República, [2002]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 15 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.835/Distrito Federal (ADI 5.835).** Relator: Min. Alexandre de Moraes. Data de julgamento: 23 de março de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5319735>. Acesso em: 11 dez. 2022.

DOTTA, E. M. **Responsabilidade civil dos administradores e gestores de fundos de investimento.** São Paulo: Almedina, 2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Court of Appeal of Kansas. **Conagra Foods Inc. v. Americold Logistics, LLC.** 497 P3d 574 (Kan. Ct. App. 2021). Disponível em: <https://casetext.com/case/conagra-foods-inc-v-mericold-logistics-llc-3>. Acesso em: 10 maio 2022.



ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. **Americold Realty Trust v. Conagra Foods Inc., et al. No. 14–1382.** SOTTOMAYOR J., Delivered the Opinion. Data de julgamento: 7 de março de 2016. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/577/14-1382/case.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2022.

KRAAKMAN, R. *et al.* **The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach.** 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.

PARGENDLER, M. Apontamentos sobre a desconsideração regulatória da personalidade jurídica (*veil peeking*): função e critérios. In: BARBOSA, H.; FERREIRA, J. C. **A evolução do direito empresarial e obrigacional: os 18 anos do Código Civil.** São Paulo: Quartier Latin, 2021. v. 1. p. 573-593.

SABINO, A. M.; SABINO, M. A.; SABINO, J. N. Americold, Diversity Jurisdiction, and Modern Business Entities: Reconciling Two Centuries of Supreme Court Precedent with Today's Domestic and Global Forms of Business Organizations. **Journal of International Business and Law**, [s. l.], v. 16, n. 2, p. 165-213, article 5, 2017. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.hofstra.edu/jibl/vol16/iss2/5>. Acesso em: 10 maio 2022.

SOARES, G. F. S. **Common law: uma introdução ao direito dos EUA.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

# Caso Lake River

## Lake River Case

Osny da Silva Filho<sup>1</sup>



**RESUMO:** O Caso Lake River diz respeito ao conflito estabelecido entre as empresas norte-americanas Carborundum e Lake River em torno de contrato de fornecimento, ensacamento e distribuição de ferro-carbono por elas celebrado em 1979. A disputa foi judicializada em 1984 e decidida em grau recursal pelo Juiz Richard Posner em 1985. O cerne da controvérsia é a qualificação da “cláusula de quantidade mínima” contratada pelas partes. Carborundum alega que a disposição se configura como cláusula penal, figura proibida pela jurisprudência então aplicável; Lake River argumenta que se trata de cláusula de liquidação antecipada de prejuízos, figura pacificamente admitida. O Caso também envolve divergência sobre a regularidade da retenção, por Carborundum, de parte do ferro-carbono fornecido por Lake River. O roteiro da atividade proposta sugere a discussão de diferentes alternativas de decisão e o confronto entre as soluções admitidas pelo direito norte-americano e pelo direito brasileiro.

**PALAVRAS-CHAVE:** cláusula penal; liquidação antecipada de prejuízos; Richard Posner; direito de retenção; direito comparado.

**ABSTRACT:** The Lake River learning case concerns the dispute between two North American companies, Carborundum and Lake River, regarding an agreement for supply, bagging and distribution of iron-carbon signed in 1979. The dispute was filed in 1984 and decided on appeal by Judge Richard Posner in 1985. The Case focuses on the qualification of the so-called “minimum quantity clause” agreed upon by the parties. Carborundum alleges it is unenforceable because it is a penal clause, while Lake River argues it is a regularly enforceable liquidated damages clause. The Case also involves disagreement over the impounding by Carborundum of part of the iron-carbon supplied by Lake River. The activity proposed suggests the discussion of different judgement alternatives and a comparison between solutions admitted by the US law and Brazilian law.

**KEYWORDS:** penalty clause; liquidated damages; Richard Posner; impounding; comparative law.



---

<sup>1</sup> Doutor, mestre e bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Pesquisador visitante na Faculdade de Direito de Harvard, no Instituto Max Planck para Direito Comparado e Direito Privado Internacional, nas Faculdades de Direito e de Filosofia da Universidade da Califórnia, Berkeley, e nas Faculdades de Direito das Universidades de Roma I “La Sapienza” e II “Tor Vergata”. Professor da graduação e do mestrado profissional da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO SP). Consultor em Salama, Silva Filho.

## 1. NARRATIVA DO CASO<sup>2</sup>

Em meados da década de 1970, período marcado por instabilidade política e recessão econômica – anos do caso Watergate, do fim da Guerra do Vietnã e da Segunda Crise do Petróleo –, Carborundum Company, empresa de grande porte do setor de engenharia de materiais, buscava expandir sua atuação no mercado norte-americano de materiais abrasivos. Embora detivesse posição dominante em seu segmento de mercado e já contasse com grandes plantas industriais no Noroeste dos Estados Unidos da América (EUA), a empresa não dispunha de uma rede de distribuição organizada no Centro-Oeste do país, e particularmente no estado de Illinois.

A fim de expandir sua presença nessa região, Carborundum celebra, em 1979, um contrato com a processadora e distribuidora de materiais Lake River Corporation, instalada em Chicago. Lake River compromete-se a receber, ensacar e distribuir, ao longo de três anos, 22.500 toneladas de ferro-carbono, um abrasivo usado na fabricação de aço. Por meio do mesmo contrato, Carborundum determina que Lake River adquira uma máquina de ensacamento avaliada em \$ 89.000 (todos os números serão arredondados para o milhar mais próximo). A cláusula central do instrumento diz respeito à quantidade mínima de ferro-carbono que deveria ser enviada por Carborundum a Lake River (daqui em diante, Cláusula de Quantidade Mínima, ou CQM):

Considerando o equipamento especial [máquina de ensacamento] que deve ser adquirido e instalado por Lake River para ensacar o produto, Carborundum deve, ao longo do período inicial de três anos desse contrato, enviar para que Lake River ensaque uma quantidade mínima de [22.500 toneladas]. Se no final do período de três anos essa quantidade de ferro-carbono não tiver sido enviada, Lake River deve cobrar de Carborundum a diferença, em valores presentes, entre a quantidade enviada e ensacada e o mínimo garantido (UNITED STATES, 1985, parágrafo 4, tradução nossa).

O início da década de 1980 é marcado por uma significativa queda na demanda doméstica por aço – inclusive ferro-carbono. Diante disso, Carborundum envia, ao longo dos três anos, apenas 12 mil das 22.500 toneladas acordadas, ou 55% do total. Se Carborundum tivesse enviado a quantidade mínima de ferro-carbono estabelecida na CQM, seriam devidos \$ 533.000 a Lake River. Carborundum pagou \$ 292.000 pela quantidade efetivamente enviada e ensacada. Diante disso, Lake River notifica Carborundum, argumentando que esta ainda lhe deve \$ 241.000 (\$ 533.000 – \$ 292.000). Carborundum rejeita o argumento. A fim de reforçar sua posição e compelir Carborundum ao pagamento da quantia que entende devida, Lake River adota uma medida de autotutela, e retém 500 toneladas de ferro-carbono que ainda mantinha em seus armazéns.

Em 1984, o caso é levado a juízo por Lake River. Carborundum apresenta resposta e formula novos pedidos. Duas questões ganham relevância. A primeira, levantada por Carborundum, diz

---

2 Informações extraídas da decisão de *Lake River Corp. v. Carborundum Co.*, 769 F.2d 1284 (UNITED STATES, 1985).

respeito à legalidade da retenção (*impounding*) de 500 toneladas de ferro-carbono por Lake River. A segunda e mais importante, levantada por Lake River, refere-se à qualificação e às consequências jurídicas da CQM. Nos EUA, e particularmente em Illinois, onde o caso foi julgado, cláusulas penais (*penalty clauses*) são proibidas, ao passo que cláusulas de pré-liquidação de danos ou de liquidação antecipada de prejuízos (*pre-liquidated damages*) são permitidas. Se a CQM fosse considerada uma cláusula penal, Lake River não teria direito aos \$ 241.000. Se a CQM fosse considerada uma cláusula de liquidação antecipada de prejuízos, Lake River teria direito aos \$ 241.000.

No que toca à primeira questão, o juízo de primeira instância (*trial judge*) considerou a retenção indevida, porque se volta para reforçar o adimplemento da contraparte, e não para evitar seu enriquecimento injustificado (*unjust enrichment*). Quanto à segunda questão, o juízo qualificou a CQM como uma cláusula de pré-liquidação de danos – figura válida, portanto, no estado de Illinois. “No momento em que as partes chegaram a um acordo,” decidiu-se,

o valor dos prejuízos que poderiam ser experimentados por Lake River em caso de inadimplemento de Carborundum era incerto e de difícil mensuração, seja pela imprevisibilidade do envio de ferro-carbono, seja pela impossibilidade de estipular com precisão o fluxo de vendas do produto ensacado. A quantidade mínima acordada pelas partes não era nem irrealista, nem desarrazoadamente grande (UNITED STATES, 1984, p. 4, tradução do autor).

Os termos empregados para resolver a segunda questão revelam uma tentativa de adequação do juízo de primeira instância à jurisprudência de Illinois. Para ser válida no estado, uma cláusula de pré-liquidação de danos deve (i) trazer uma “estimação razoável” dos prejuízos decorrentes do inadimplemento e (ii) dar conta de prejuízos “que não poderiam ser mensurados satisfatoriamente” após o inadimplemento (UNITED STATES, 1985, p. 1289-1290, tradução do autor). Atendidos esses requisitos, a cláusula pode ser executada em juízo.

Essas mesmas exigências, no entanto, seriam empregadas pela segunda instância para reverter a decisão de primeiro grau (UNITED STATES, 1985). Após confirmar a ilegalidade da retenção, por Lake River, de parte do ferro-carbono enviado por Carborundum, Richard Posner,<sup>3</sup> relator do caso na Corte de Apelação do Sétimo Circuito (Illinois, Indiana e Wisconsin), decidiu que a CQM não poderia ser qualificada como uma cláusula de pré-liquidação de danos. O que estava em jogo não era uma estimativa de prejuízos – que poderiam, ademais, ser facilmente estipulados após um eventual inadimplemento. A CQM seria, assim, uma cláusula penal. Ainda que restasse dúvida a respeito disso, lembra Posner (UNITED STATES, 1985, p. 1290), haveria de ser aplicada uma presunção (estabelecida em alguns estados, entre os quais Illinois) (GOLDBERG, 2008, p. 429) em favor da caracterização penal de cláusulas controvertidas.

---

3 Além de juiz, Richard Posner é professor de Direito em Chicago e autor de inúmeros livros e artigos. Ele é conhecido como um dos pioneiros da Análise Econômica do Direito (AED) nos EUA. A AED é um movimento que procura explicar a ordem jurídica (no caso, a doutrina extraída das decisões judiciais) a partir de categorias econômicas (AED positiva) e prescrever regras a partir dessas categorias (AED normativa). Para um panorama do pensamento de Posner, ver Salama (2012).

Em *obiter dictum*, Posner observa que não haveria razão para proibir as cláusulas penais em contratos empresariais, tanto mais aqueles que envolvem grandes empresas, como é o caso do contrato celebrado entre Carborundum e Lake River. Ele reconhece, todavia, que sua orientação acadêmica não pode suplantar a jurisprudência do estado de Illinois.<sup>4</sup>

## 2. PERGUNTAS PREPARATÓRIAS

Perguntas para testar a localização dos fatos:

- Quando os fatos relevantes do caso ocorreram?
- Quando o caso foi julgado em primeira instância?
- Houve recurso? De quem? Quando o recurso foi julgado?
- Qual o direito aplicável no lugar e no tempo do caso?

Perguntas para testar a apreensão das categorias jurídicas relevantes:

- Que espécie de contrato foi firmado por Carborundum e Lake River?
- A tipificação do contrato é relevante nos EUA? E no Brasil?
- Qual foi o enquadramento jurídico da medida de autotutela de Lake River?
- Como se qualificaria, no Brasil, a medida de autotutela adotada por Lake River?
- Qual foi o enquadramento jurídico da CQM em primeira instância? E em segunda?
- A qualificação da CQM seria a mesma se o caso fosse julgado no Brasil?

Perguntas para testar o entendimento das categorias jurídicas relevantes:

- Quais são os requisitos para o exercício do direito de retenção nos EUA? E no Brasil?
- Cláusulas penais são permitidas nos EUA (e particularmente no estado de Illinois)?
- Qual é a diferença entre cláusula penal e cláusula de pré-liquidação de danos nos EUA?
- Cláusulas penais são permitidas no Brasil? Como se classificam no direito positivo?
- Há diferença entre cláusula penal e cláusula de pré-liquidação de danos no Brasil?
- O que é um contrato de opção? Trata-se de um contrato típico? Como é executado?
- O que é uma obrigação alternativa? Quais são os requisitos para seu exercício?

Perguntas para testar a capacidade de sugestão *de lege ferenda*:

---

<sup>4</sup> Posner: “[...] we still might be inclined to question, if we thought ourselves free to do so, whether a modern court should refuse to enforce a penalty clause where the signator is a substantial corporation, well able to avoid improvident commitments” (UNITED STATES, 1985, p. 1288-1289). No âmbito acadêmico, Posner sustentou essa orientação em seu livro *Economic Analysis of Law* (1973, p. 128-131). Ver, ainda, Rubin (1981), Schwartz (1990), Mattei (1995), Schwartz e Scott (2003) e Goldberg (2008).

- A disciplina esparsa do direito de retenção no Brasil é adequada?
- A regra extraída dessa disciplina (similar à estadunidense) é adequada?
- O uso de cláusulas penais deve ser permitido? Para qualquer contratante?
- A pré-liquidação de danos deve estar entre as funções da cláusula penal?
- Em um julgamento por equidade, qual seria sua solução para o caso?

### 3. NOTAS DE ENSINO

#### 3.1. Atividade proposta

O caso pode ser explorado de diferentes formas. Sugerem-se aqui, a título de exemplo, duas.

##### 1. Discussão aberta em sala de aula

O caso e as perguntas preparatórias devem ser lidos antes da aula. O docente pode recomendar que as questões preparatórias sejam respondidas por escrito. Na aula, os participantes devem confrontar as respostas propostas, ou construir respostas coletivamente. Ao cabo, os discentes podem apresentar propostas de solução a partir do direito brasileiro e por equidade.

##### 2. *Role play* ou exercício de transposição

Os discentes participantes devem ser divididos em grupos. Os grupos devem ler a narrativa do caso e as sínteses das decisões de primeiro e segundo grau. Em seguida, as perguntas preparatórias e os cenários de decisão nos EUA deverão ser discutidos com o docente. Deve-se sugerir que os discentes tomem notas. Os grupos devem, na sequência, apresentar propostas de solução que, diante do direito brasileiro, contemplem as duas questões centrais do caso (autotutela de Lake River e qualificação da CQM). As decisões serão rapidamente apresentadas e discutidas a partir da proposta de transposição apresentada nestas notas de ensino. Deve-se atentar não apenas para o domínio do conteúdo jurídico do caso, mas também para habilidades e competências envolvidas em sua solução. As indicações a seguir são baseadas nesse modelo de atividade.

#### 3.2. Objetivos da atividade

O propósito do estudo de caso não é apenas aprimorar o domínio de conteúdos jurídicos determinados, mas também desenvolver habilidades e competências gerais e especificamente jurídicas. Entre esses conteúdos, essas habilidades e essas competências, podem ser arrolados os seguintes:

Conteúdos jurídicos passíveis de aprimoramento:

- direito de retenção (categoria geral e hipóteses específicas);
- confronto com a disciplina da retenção (*impounding*) nos EUA;

- classificação das cláusulas penais no Código Civil brasileiro (CC);
- disciplina das cláusulas penais no CC;
- disciplina das cláusulas penais compensatórias no Superior Tribunal de Justiça (STJ);
- confronto entre cláusulas penais e *penalty clauses*.

Habilidades e competências relativas à percepção factual:

- detecção de dados relevantes em narrativas sintéticas;
- diferenciação entre fatos primários e secundários;
- distinção entre fatos e estimativas ou conjeturas;
- replicação de raciocínios (para casos semelhantes).

Habilidades e competências relativas ao raciocínio jurídico:

- distinção entre raciocínios *de lege lata* e *de lege ferenda*;<sup>5</sup>
- apreensão (e interpretação) de regras jurídicas relevantes;
- aplicação do direito (ou subsunção de fatos a hipóteses);
- conjugação de fontes negociais, legais e judiciais;
- indução de regras a partir dessa conjugação;<sup>6</sup>
- modulação de consequências jurídicas.

### 3.3. Perguntas preparatórias (para discussão)

As perguntas preparatórias, apresentadas logo após a narrativa do caso, devem ser empregadas para alinhar as informações dos discentes e permitir que suas propostas de solução sejam confrontadas a partir das mesmas premissas. Como algumas das perguntas posteriores consideram respostas de perguntas anteriores, os grupos de perguntas devem ser apresentados na ordem sugerida anteriormente. Recomenda-se que as respostas do terceiro grupo de questões sejam apenas esboçadas, a fim de que os discentes as possam desenvolver pormenorizadamente em suas propostas de decisão sob a ordem jurídica brasileira, caso essa atividade seja demandada. O quarto grupo de perguntas serve para exercitar certo “pensamento fora da caixa” – supondo, sempre, que as soluções *de lege lata* já tenham sido apresentadas e assimiladas pelos discentes.<sup>7</sup>

5 Exemplificada pelo *obiter dictum* do juiz Posner, relatado anteriormente, e pelo último conjunto de perguntas preparatórias.

6 Por exemplo, a indução da regra “toda cláusula penal compensatória deve ser limitada por uma estimativa razoável dos danos decorrentes do inadimplemento (ou seja, toda cláusula penal compensatória deve, por orientação assentada no STJ, funcionar também como uma cláusula de pré-liquidação de danos)”.

7 Para a distinção entre questões *de lege lata* e *de lege ferenda*, ver Oliveira (2006).

### 3.4. Cenários de decisão nos EUA (para discussão)

#### 1. A retenção é regular?

No estado de Illinois, a regularidade da retenção (*impounding*) depende da espécie de interesse que ela busca garantir. Considera-se legítima a retenção realizada com o propósito de evitar enriquecimento injustificado (*unjust enrichment*) da parte contrária.<sup>8</sup> Isso ocorre em contratos (diríamos no Brasil) bilaterais nos quais uma das partes (a proprietária da coisa retida), já tendo recebido sua contraprestação (e, portanto, enriquecido), deixa de prestar à contraparte (eliminando a razão do seu enriquecimento). Quando a proprietária da coisa retida ainda não prestou, a retenção é ilegal ou indevida (*conversion*). Como Lake River não chegou a ensacar e distribuir os 45% (10.500 toneladas) do abrasivo cujo valor pleiteia – afinal, Carborundum nem mesmo chegou a enviá-los –, sua retenção de 500 toneladas de ferro-carbono é indevida.

#### 2. Qual a disciplina da CQM?

Os contornos da disciplina da cláusula penal e da cláusula de pré-liquidação de danos já foram traçados na narrativa do caso. Importa, aqui, organizar as possibilidades de interpretação:

2.1. A CQM é uma cláusula penal; portanto, é inválida (argumento de Carborundum, endossado pela segunda instância)

Cláusulas penais são inválidas no estado de Illinois. Assim, e eliminando a CQM do programa negocial, pode-se dizer que o contrato foi regularmente adimplido por Carborundum, que pagou integralmente pelo ferro-carbono ensacado por Lake River (\$ 292.000).

2.2. A CQM é uma cláusula de pré-liquidação de danos; portanto, é válida (argumento de Lake River, endossado pela primeira instância)

Cláusulas de pré-liquidação de danos são válidas em Illinois. Assim, é possível dizer que o contrato não foi regularmente adimplido por Carborundum, que se recusou a pagar a diferença entre a CQM e o valor de ferro-carbono já ensacado por Lake River (\$ 241.000, ou \$ 533.000 – \$ 292.000).

2.3. A CQM é uma opção da credora; portanto, é válida (argumento *de lege ferenda* apresentado por Victor Goldberg, um professor de direito que analisou o caso [GOLDBERG, 2008])

Os \$ 533.000 associados à CQM poderiam ser exigidos independentemente da quantidade de ferro-carbono enviada para Lake River.

O contrato dava ao tomador de serviços [Carborundum] considerável discricionariedade sobre o uso dos serviços do prestador [Lake River]. Dando flexibilidade ao tomador, o prestador ofereceu um serviço valoroso, para cuja consecução incorreria em alguns custos. A CQM era um fator central para definir a obrigação e precificar o serviço (GOLDBERG, 2008, p. 429, tradução do autor).

<sup>8</sup> O *unjust enrichment* da tradição anglo-estadunidense é uma figura mais ampla que o enriquecimento sem causa da tradição continental, estipulado, por exemplo, nos arts. 884, 885 e 886 do CC. Um clássico confronto entre o enriquecimento injusto e o enriquecimento sem causa pode ser encontrado na antiga monografia de Rodolfo Sacco, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto* (1959).



### 3.5. Cenários de decisão no Brasil (para exercício de transposição do caso)

#### 1. A retenção é regular?

Não há, no Brasil, regra geral a respeito do direito de retenção, embora seja possível extrair uma racionalidade comum de suas hipóteses. Há uma série de instâncias da figura na disciplina do direito das obrigações e no direito das coisas. No primeiro caso, é possível apontar a hipótese do locatário que deixa de ser indenizado pela denúncia extemporânea do contrato de locação ou por benfeitorias necessárias ou úteis e consentidas (arts. 571, parágrafo único, e 578, ambos do CC), do depositário que não recebe a retribuição devida (art. 644), do mandatário que não é reembolsado pelos encargos do mandato (art. 681), do comissário que não recebe sua comissão (art. 708) ou ainda do transportador pelo valor da passagem (art. 742). No campo do direito das coisas, encontramos a hipótese de retenção, pelo possuidor de boa-fé, do valor das benfeitorias necessárias e úteis não indenizadas (art. 1.219), bem como o direito de retenção da coisa empenhada pelo credor pignoratício, como reforço do pagamento de despesas justificadas e não resarcidas (art. 1.433, II), e o direito de retenção do credor anticrético sobre a coisa que, dada em anticrese, foi arrendada a terceiro inadimplente (art. 1.507, § 2º, todos do CC). Em todos esses casos, a racionalidade é similar: o direito de retenção serve para reforçar o cumprimento de uma prestação devida *quando* já tiver havido *contraprestação* ou *cumprimento de dever legal* ou *contractual*. Essa racionalidade é equivalente àquela que orienta a regularidade da *impounding* nos EUA. A retenção de Lake River seria, portanto, considerada irregular sob o direito brasileiro.

#### 2. Qual a disciplina da CQM?

No Brasil, cláusulas penais confundem-se com cláusulas de pré-liquidação de danos (ou, mais precisamente, cláusulas de liquidação antecipada de danos-prejuízo) e com cláusulas de limitação de responsabilidade (ou, mais precisamente, cláusulas de limitação do dever ou da obrigação de reparar, ou indenizar e compensar).<sup>9</sup> Em abstrato, elas são válidas. O CC de 2002 estabelece dois tipos de cláusula penal: a cláusula penal moratória e a cláusula penal compensatória. Cláusulas penais moratórias referem-se ao pagamento fora do “tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer” (art. 411 c.c. art. 394). Cláusulas penais compensatórias dizem respeito, sempre nos termos do CC, ao “total inadimplemento da obrigação” (art. 410). O STJ já assentou que cláusulas penais compensatórias servem ao mesmo tempo para punir e pré-liquidar danos (REsp 1.335.617/SP, Terceira Turma, rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 27 de março de 2014).

A tradução da segunda questão levantada no caso para o direito brasileiro enfrenta uma significativa dificuldade. Qualificada como cláusula penal, a CQM seria, *prima facie*, válida, ao contrário do que ocorre em Illinois. Nesse caso, Lake River teria direito à diferença entre o valor da quantidade

<sup>9</sup> Monografia clássica: Monteiro (1999).

mínima de ferro-carbono e o valor da quantidade efetivamente enviada. Logo, o argumento de Carborundum em favor da qualificação penal da CQM seria contrário aos seus interesses.

É preciso, assim, ir mais fundo na discussão, e verificar em que medida a assimilação das cláusulas penais compensatórias a cláusulas de pré-liquidação de danos pelo STJ demandaria, diante do direito brasileiro, uma verificação substancial do caráter da CQM. Nesse caso, seria possível figurar dois cenários bastante parecidos com aqueles aventados em Illinois.

2.1. A CQM vai além da pré-liquidação de danos; portanto, deve ser revista (argumento menos favorável a Lake River)

Os fundamentos desta solução e da seguinte são comuns. Danos pré-liquidados em uma cláusula penal compensatória não podem, nos termos do art. 412 do CC, “exceder o [valor] da obrigação principal”. Aquilo que for além dessa estimativa deve ser revisto. Não se trata de invalidade (ou inexistência), como ocorre nos EUA, mas de ineficácia parcial.<sup>10</sup> Nos termos do art. 413 do CC, a penalidade “deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio”. Nesse caso, considera-se que o valor da obrigação principal (\$ 533.000) pressupõe o cumprimento de Carborundum (ou seja, a entrega de 22.500 toneladas de ferro-carbono). Como o cumprimento não foi total (apenas 12 mil toneladas foram enviadas), o contrato tornou-se “mais barato” para Lake River. Assim, o valor da obrigação principal deve ser, para efeitos de aplicação da cláusula penal, reduzido. Lake River tem direito a parte do valor contratado, mas não aos \$ 292.000 que pleiteia.

2.2. A CQM corresponde a uma pré-liquidação de danos; portanto, é eficaz (argumento mais favorável a Lake River)

Trata-se, aqui, da mesma qualificação atribuída à CQM na solução 2.1 – uma cláusula penal compensatória cuja função é pré-liquidar danos. A diferença está no reconhecimento de que o valor previsto nesta disposição não excede o valor da obrigação principal. Para tanto, deve-se considerar que o valor da obrigação principal (\$ 533.000) não pressupõe o envio de 22.500 toneladas de ferro-carbono por Carborundum a Lake River. Em vez disso, ele decorreria dos investimentos aportados por Lake River no negócio (entre os quais a compra da máquina de ensacamento). Assim, Lake River tem direito à diferença entre o valor da obrigação principal e aquilo que já foi pago por Carborundum (\$ 241.000, ou \$ 533.000 – \$ 292.000).

2.3. A CQM é uma opção da credora; portanto, é válida e eficaz (argumento *de lege ferenda* apresentado por Victor Goldberg em *Cleaning Up Lake River* [2008])

---

10 Não há, no direito estadunidense, uma distinção clara entre inexistência, invalidade e ineficácia, embora seja possível transpor certas soluções para o direito brasileiro a partir dessas categorias. Uma exposição sistemática a respeito do tema – orientada, no entanto, pela sua verificação (existência, validade e eficácia), e não pela sua ausência (inexistência, invalidade e ineficácia) – pode ser encontrada em Azevedo (2002). Sua formulação clássica foi assentada em Miranda (1954-1955).

No direito brasileiro, a “opção” sugerida por Goldberg pode ser abstratamente caracterizada de três modos: (i) como uma obrigação alternativa; (ii) como uma opção em sentido estrito, análoga àquela estipulada pela Lei n. 6.404/1976 (*e.g.*, arts. 166, III, 168, § 3º, e 171, § 3º); ou, ainda, (iii) como uma cláusula penal alternativa (art. 410 do CC). No plano concreto, a hipótese de obrigação alternativa deve ser afastada em virtude da restrição do art. 252, § 1º, do CC (“Não pode o devedor obrigar o credor a receber parte em uma prestação e parte em outra” [BRASIL, 2002]). Quanto à opção em sentido estrito, é preciso testar a viabilidade concreta da analogia. Em um contrato de opção, uma das partes paga pelo direito de comprar ou vender determinado ativo (a opção) por um preço predefinido. Ao adquirir uma opção, o beneficiário não se obriga a comprar ou a vender o ativo a que ela diz respeito. No entanto, se ele decidir comprá-lo ou vendê-lo, o alienante da opção deve aceder à sua decisão. Não há dúvida sobre a dimensão do preço, tampouco sobre a composição do objeto contratual. Ambos são determinados desde a celebração do contrato. Ao contrário do que ocorre no caso Lake River, há no contrato de opção um segundo negócio, cujo exercício é deixado ao arbítrio do beneficiário. No caso Lake River, o que seria deixado ao arbítrio do prestador de serviços não é a realização de um novo negócio, mas apenas a exigência do cumprimento integral da prestação da parte contrária. A analogia parece inapropriada. A última hipótese, de cláusula penal alternativa, parece ser a mais adequada. Embora haja, na disciplina das cláusulas penais, disposição similar à restrição das obrigações alternativas (art. 410 do CC, que sugere “caso de total inadimplemento da obrigação” [BRASIL, 2002]), a redução equitativa é autorizada “se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte” (art. 413, também do CC). Nesse caso, contudo, a solução de Goldberg é assimilada ao pleito de Lake River

## REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, A. J. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia (1974). São Paulo: Saraiva, 2002.
- GOLDBERG, V. P. Cleaning Up Lake River. **Virginia Law & Business Review**, [s. l.], v. 3, n. 2, p. 427-445, 2008.
- MATTEI, U. The Comparative Law and Economics of Penalty Clauses in Contracts. **American Journal of Comparative Law**, [s. l.], v. 43, n. 3, p. 427-444, 1995.
- MIRANDA, F. C. P. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954-1955. t. I-VI.
- MONTEIRO, A. P. **Cláusula penal e indenização**. Coimbra: Almedina, 1999.
- OLIVEIRA, L. “No me venga con el Código de Hammurabi...”. La investigación sociojurídica en los estudios de posgrado en derecho (2004). In: COURTIS, C. (coord.). **Observar la ley**: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica. Madrid: Trotta, 2006. p. 277-298.
- POSNER, R. A. **Economic Analysis of Law** (1973). 6. ed. New York: Aspen, 2002.
- RUBIN, P. H. Unenforceable Contracts: Penalty Clauses and Specific Performance. **Journal of Legal Studies**, [s. l.], v. 10, n. 2, p. 237-247, 1981.

SACCO, R. *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*. Torino: Utet, 1959.

SALAMA, B. M. A História do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. *In*: LIMA, M. L. L. M. P. (coord.). **Direito e economia: 30 anos de Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2012. t. 1. p. 284-325.

SCHWARTZ, A. The Myth That Promisees Prefer Supracompensatory Remedies: An Analysis of Contracting for Damage Measures. **Yale Law Journal**, [s. l.], v. 100, n. 2, p. 369-407, 1990.

SCHWARTZ, A.; SCOTT, R. E. Contract Theory and the Limits of Contract Law. **Yale Law Journal**, [s. l.], v. 113, n. 3, p. 541-619, 2003.

UNITED STATES. **Lake River Corp. v. Carborundum Co., No. 82 C 6292** (decisão de primeira instância). 1984.

UNITED STATES. United States Courts of Appeals (7<sup>th</sup> Circuit). **Lake River Corp. v. Carborundum Co., 769 F.2d 1284**. Plaintiff-Appellee-Cross-Appellant: Lake River Corporation. Defendant-Appellant-Cross-Appellee: Carborundum Company. Decision Date: 9 August 1985. Disponível em: <https://case-law.vlex.com/vid/lake-river-corp-v-895200490>. Acesso em: 20 nov. 2022.

