Atualidades

A MACROLÓGICA DO DIREITO ECONÔMICO

ROBERTO FERRAZ

1. As dificuldades de definição do Direito Econômico: seguiria ele uma lógica diferenciada? 2. A característica das normas aceitas como sendo de Direito Econômico. 3. A "macrológica" do Direito Econômico.

1. As dificuldades de definição do Direito Econômico: seguiria ele uma lógica diferenciada?

1.1 Já entre os primeiros autores a buscar definições Direito Econômico, como Hedemann, muitos o fizeram propositalmente de maneira vaga e indefinida. Na década de 1960, na França, quando houve forte efervescência da temática do Droit Économique, Claude Champaud também não o definia mas destacava que: "Considerado como um direito original mas de vocação geral, o Direito Econômico se apresenta portanto como um espírito jurídico particular aplicado a um corpo de regras diversas. Somente o espírito é verdadeiramente novo (...)".²

A Association Internationale de Droit Économique, grande centro mundial atual dedicado a esse estudo e que edita a Revue Internationale de Droit Économique – RIDE, assim define sua vocação: "A RIDE visa o direito econômico nacional e internacional em todos os seus ramos e em seu conjunto. A interdisciplinariedade constitui uma especificidade primeira da revista. Graças ao pluralismo das abordagens teóricas e práticas, ela é um lugar de encontro entre juristas de diferentes setores e nações, entre publicistas e privatistas, entre juristas e economistas, entre pesquisadores e práticos".³

Nesse contexto, fica mais fácil ter uma aproximação do que seja o Direito Econômico e de que sua definição absolutamente não segue o formato dos tradicionais "ramos do Direito" cujas "especificidades" vêm essencialmente da área a que se referem as normas jurídicas, normas estas que seguem a clássica lógica da imputação (ou dos atos formais).

Pelo contrário o Direito Econômico não se caracteriza pela matéria de que trata - pois trata de concorrência, consumo, processo civil, tributos, administração pública, comércio, regulação, proteção etc. -,

1. Cf. o estudo de L. Hennebique, no Recueil d'Études en l'Honneur de E. Lambert, t. III, Paris, 1938, pp. 486 e ss., apud Fábio Konder Comparato, in "O indispensável Direito Econômico", Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial, Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 460, nota 5.

2. Cf. Claude Champaud, "Contribution à la définition du Droit Économique", in Il Diritto dell'Economia – Rivista di Dottrina e di Giuris-

prudenza 2/141-154, Ano XIII, 1967.

3. Da apresentação da revista no site da *De Boeck Universitè*. "La *RIDE* vise le droit économique national et international en toutes ses branches et dans son ensemble. L'interdisciplinarité constitue une spécificité première de la revue. Grâce au pluralisme des approches théoriques et pratiques, elle est un lieu de rencontre entre juristes de différents secteurs et nations, entre publicistes et privatistes, entre juristes et économistes, entre chercheurs et praticiens".

mas pelo tipo de lógica que dita as normas que se costuma identificar como de direito econômico. Trata-se de estrutura que mais se aproxima da lógica de resultados, chegando mesmo a alterar a concepção de Estado. Assim, com o avanço do direito econômico, "O poder público (político, administrativo e judiciário) não só não é mais um poder integrador e totalizante dos conflitos da sociedade civil econômica, mas deve sempre mais medir-se com o princípio de subsidiariedade vertical e horizontal", como diz Eugenio Picozza.⁴

Em suma, o que caracteriza as normas de Direito Econômico não é a matéria, mas, sim, o novo enfoque com que foram concebidas: o enfoque macroeconômico, isto é, macrologicamente.

A dificuldade de definição do Direito Econômico está em que a concepção de suas normas não visa fazer justiça entre dois indivíduos ou mais; visa fazer justiça num universo de relações agregadamente considerado, abstraindo das relações individualmente consideradas. A norma de direito econômico visa promover certas tendências macroeconômicas ou dar resposta jurídica a tais tendências. Essas tendências correspondem a fatos identificados pelo pensamento macroeconômico (concorrência, repercussão econômica dos tributos, maior eficiência dos agentes de mercado etc.) e, portanto, comportam falhas de análise, mas, apesar dessas falhas o direito procura servir-se dessas análises macroeconômicas para fixar regras.

Desenvolver esse estudo, identificando concisamente a lógica das normas de direito econômico nos variados ramos jurídicos é o objeto deste trabalho.

2. A característica das normas aceitas como sendo de Direito Econômico

A depender do autor, tem-se a impressão de que o Direito Econômico coincide com o Direito da Concorrência, ou com o da Regulamentação ou o das Privatizações, ainda que de maneira geral se invoque a intervenção do Estado na Economia como caracterizadora de seu âmbito próprio e que sempre se insista em sua ambivalência nos âmbitos do direito público e do direito privado.

No entanto, o que realmente identifica as normas habitualmente tidas como de direito econômico é sua estrutura e não sua matéria.

Da análise de algumas normas de direito econômico é que se extrai essa conclusão.

2.1 No campo da proteção à concorrência parece haver unanimidade quanto a sua pertinência ao Direito Econômico.

A estrutura das regras de proteção da concorrência e das fórmulas utilizadas para defendê-la bem ilustram a lógica diferenciada que se pretende evidenciar neste estudo.

O bem protegido pelo direito nesse caso, a concorrência, é um bem de natureza mercadológica e coletiva, e que se opõe – ao menos aparentemente ou em certos casos –, ao interesse individual também protegido pelo direito.

Essa dualidade de proteções jurídicas, figurando uma delas como defensora de interesses coletivos mercadologicamente identificados, ao lado de outra concebida em favor de interesses individuais, caracteriza a presença de normas de direito econômico.

A norma de direito econômico identifica-se por ser concebida com base em uma constatação de tipo macroeconômica, isto é, uma constatação de fato econômico analisado do ponto de vista macroeconômico. A Macroeconomia – parte da ciência econômica que se propõe a explicar as rela-

^{4.} Trattato di Diritto dell'Economia, v 2º, Diritto dell'Economia: Disciplina Pubblica, Pádua, CEDAM, 2005, p. 285. "Il potere pubblico (politico, amministrativo e giudiziario) non solo non è più un potere integratore e totalizzante dei conflitti della società civile economica, ma deve sempre più misurarsi com il principio di sussidiarietà verticale e orizzontale".

ções entre os agregados de uma economia e examina os fatos econômicos globais — difere da Microeconomia — ramo da ciência econômica que estuda os comportamentos individuais dos agentes econômicos, e principalmente suas decisões.

2.2 Assim, o direito da concorrência parte da constatação macroeconômica de que existe a tendência de prejuízo à livre concorrência nos casos de concentração dos mercados nas mãos de poucos agentes econômicos. Essa conclusão é empírica, ainda que tal tendência possa ser confirmada dedutivamente (mas apenas como tendência, não como regra).

É com base nessa constatação que o direito da concorrência vai formular regras e mecanismos visando evitar que os mercados fiquem marcados por aquela tendência, de supressão ou desvio da concorrência. Formulam-se então regras, e, sobretudo, práticas de controle sobre as possíveis manobras como as dos cartéis ou sobre as possíveis tendências não forçadas como a monopolização por eficiência.

Essas regras e essas práticas levadas a efeito por órgãos criados pelo direito com essa função de controle dos mercados, terminam por ser contrárias aos interesses individuais também amparados por regras criadas pelo direito, mas que atendem apenas a esses comportamentos e interesses individuais. Assim aquelas regras e práticas de proteção da concorrência, que são contrárias às regras criadas nos tradicionais "ramos do direito".

2.3 Colocada a questão: "a empresa A pode adquirir a empresa B?", e submetida aos tradicionais "ramos do direito", concebidos mediante uma lógica não baseada em dados macroeconomicamente identificados, a dúvida será solucionada mediante simples verificação de dados como regularidade da representação das pessoas jurídicas envolvidas, forma exigida para a manifestação de vontades e outros aspectos restritos à questão vista apenas do ponto de vista individual. Feito esse questionamento apenas à luz dessas regras concebidas individual-

mente chegar-se-á somente a um terminativo "sim" ou a um "não". Essa a estrutura tradicional do Direito e dos Tribunais, entidades formadas para alcançar essas conclusões terminativas.

Posta a mesma questão ao Direito Econômico, à luz de regras concebidas levando em conta os aspectos mercadológicos macroeconomicamente identificados, a resposta será muito diferente, começando com um "depende". Nesse contexto, a lógica jurídica aplicada pelos tradicionais ramos do direito dará apenas a qualificação das partes para realizar o negócio, mas não a resposta definitiva quanto a sua viabilidade no mundo jurídico. O direito tradicional dará apenas a habilitação das partes para praticar o ato, mas não dará a resposta definitiva: para a definição de sua possibilidade, será preciso conhecer das condições da aquisição proposta no contexto de mercado e sob a luz do direito da concorrência.

Àquelas poucas exigências (quase exclusivamente formais) para chegar-se ao sim definitivo a que o direito tradicional chegava, somaram-se novas exigências, as macrologicamente concebidas, isto é, as idealizadas levando em conta as realidades econômicas identificadas do ponto de vista dos agregados. Assim é que se verifica que a lógica das normas de direito econômico está para a Macroeconomia como a lógica das normas dos tradicionais ramos do direito estão para a Microeconomia.

Não há aí qualquer mérito ou demérito para qualquer das normas analisadas. As regras tradicionais do direito serão mais precisas, no sentido de que os resultados de sua análise serão sempre mais claros e definitivos; já os do direito econômico serão sempre mais incertos e dependentes de valorizações dos fatos macroeconômicos que são, por natureza, simples tendências gerais. Nesse contexto, pode-se afirmar que o direito econômico guarda uma natureza dinâmica quando comparada com a estática forma de atuação dos tradicionais ramos do direito.

Nas situações em que se entende que determinadas ações (como fusões e incorporações, que seriam perfeitamente lícitas sob a ótica das normas tradicionais do direito), são contrárias ao equilíbrio da concorrência, aquelas normas micrologicamente concebidas ficam em segundo plano, como que esperando uma autorização para serem aplicadas. No entanto, na imensa maioria dos casos são essas normas tradicionais que são aplicadas.

2.4 Também em matéria tributária é possível identificar a mesma situação em que a norma de direito econômico, macrologicamente concebida, afasta a aplicação das normas tradicionalmente desenvolvidas.

É o caso da "substituição tributária", instituto brasileiro com paralelos em outros sistemas jurídicos, normalmente identificados sob o nome de "responsabilidade tributária".

2.4.1 É muito conhecida a fórmula adotada pela legislação tributária em que se exige o tributo não do contribuinte, mas de pessoa que tem relação direta com o fato imponível. O exemplo mais comum é o de "retenção na fonte" em que aquele que paga o rendimento tributável já faz o recolhimento de imposto sobre a renda, sendo o caso mais freqüente desse tipo de recolhimento o feito pelo empregador relativamente aos pagamentos feitos aos empregados.

Paralelamente a essa forma, no Brasil utiliza-se a chamada substituição tributária em que um contribuinte é chamado a literalmente substituir outro em suas obrigações tributárias, ficando aquele primeiro contribuinte o responsável exclusivo pelo pagamento dos tributos.

A origem desse instituto é simplesmente a sonegação dos impostos sobre vendas, que levou não apenas o governo, mas até mesmo a concorrência a clamar pela antecipação da arrecadação tributária para a fase industrial, especialmente no tocante aos veículos, às bebidas e aos combustíveis.

2.4.2 Assim, no Brasil, muitos são os produtos e mercadorias cujo pagamento do

imposto sobre vendas (similar ao IVA europeu) que seria devido por ocasião das vendas a varejo é antecipado e pago por um "substituto" indicado pela legislação (que escolhe fabricantes ou grandes distribuidores para desempenhar tal tarefa).

Com esse procedimento, de um lado dispensada fica a necessidade de fiscalizacão dos varejistas e de outro, dissociada fica a incidência dos impostos da efetiva manifestação de capacidade contributiva consistente na operação de venda a varejo efetivamente realizada. De fato, nessa sistemática de "substituição", a venda realmente ocorrida é irrelevante para a arrecadação do tributo, ocorrendo uma dissociação total entre a operação econômica individualmente identificada (a venda) e que é suporte da incidência do tributo, e o próprio tributo, que passa a incidir independentemente daquela operação (na verdade a incidência do tributo se dá por presunção de que aquela operação venha a ocorrer no futuro).

Ora, também nesse caso estamos diante de uma avaliação de uma tendência de mercado, pois, analisados os mercados concretos em que se pretende estabelecer a norma de substituição tributária, verificase que geralmente, isto é, consideradas as operações como um todo (de maneira agregada como é típico da macroeconomia) à venda da indústria ou dos grandes distribuidores atacadistas seguem-se as vendas pelos varejistas, que por sua vez praticam preços cuja média pode ser identificada.

É certo que essas vendas nem sempre se realizam e que com alguma frequência as vendas ocorrem com prejuízo, isto é, sem valor agregado, o que tornaria indevido o tributo na fase de venda a varejo. Além de poderem não realizar-se, as vendas a varejo podem ser realizadas por preços acima ou abaixo da média de preços identificada pela administração pública e com base na qual são exigidos os impostos ao substituto. Havendo essa distorção do valor do tributo relativamente ao valor efetivamente praticado na venda a varejo, o direito tributário tradicional identifica a violação do

princípio que lhe é mais caro, o de capacidade contributiva, que é a expressão da igualdade em matéria tributária.

2.5 É nesse contexto que se verifica também no direito tributário o choque entre os interesses individuais protegidos por normas concebidas segundo a lógica tradicional do direito, que em seus ramos tutelou as relações individuais, e as normas (de direito econômico) que criam novas formas de tributação que não têm mais como eixo o direito individual, mas o interesse coletivo analisado à luz das realidades de mercado.

Uma vez mais é de se verificar que essas "realidades de mercado" identificadas com visão tipicamente macroeconômica não são realidades ontológicas, não são realidades concretas verificáveis integralmente, mas apenas identificadas como tendências gerais quando analisados os agregados. Assim, a sonegação fiscal no varejo não é uma verdade geral, mas apenas uma tendência que pôde ser verificada um determinado momento histórico (e, no caso brasileiro, numa região do imenso país). Na verdade, no caso brasileiro, para justificar a adoção da sistemática de "substituição tributária" a sonegação no varejo não precisa sequer ser generalizada, bastando que tenha sido muito frequente em determinada região para que, do ponto de vista do mercado, analisado de maneira agregada, se justificasse como solução.5

Assim, por essas características, a norma de substituição tributária, que segue uma lógica distinta das que sustentam as regras tradicionais do direito tributário (pois segue uma macrológica que sustenta seus dispositivos em função da realidade de mer-

5. No Brasil, curiosamente, o regime de substituição tributária foi posto em prática por iniciativa e exigência de agentes de mercado (revendedores de automóveis novos) que se viam muito prejudicados na concorrência por outros agentes de mercado (revendedores de veículos novos sediados no Nordeste) que sistematicamente deixavam de pagar seus impostos, mas que eram apenas os de certa região menos desenvolvida economicamente.

cado macroeconomicamente identificada), entra em conflito com aquela lógica tradicional do direito.

2.6 Portanto, no caso específico ora abordado, à pergunta "pode a administração pública exigir tributo antes mesmo que o fato imponível ocorra e exigi-lo relativamente a um valor presumido e não efetivo?", o direito tributário tradicional responderia com firmeza que não, que tal exigência seria absolutamente contrária à essência do direito e, mais especificamente, que seria contrária ao essencial princípio da capacidade contributiva.

Porém, ao mesmo tempo que a solução dada pela "substituição tributária" repugna à lógica tradicional do direito, não há como negar que ela é uma solução para o grave problema de distorção da concorrência gerado pela sonegação generalizada em determinadas regiões, além de consistir em interessante instrumento do ponto de vista da arrecadação tributária. Estes argumentos é que sustentam a macrológica adotada nessa hipótese.

Portanto, também encontram-se normas concebidas de acordo com uma lógica distinta daquela que tradicionalmente foi utilizada no direito tributário; tão distinta que chega mesmo a chocar. E, uma vez mais, trata-se de normas fundadas em realidades de mercado macrologicamente identificadas.

2.7 No tocante às marcas e patentes é possível identificar normas com essa característica.

Tradicionalmente se reconhece um poder absoluto dos detentores de patentes à exploração de suas invenções, podendo seus titulares estabelecer livremente as condições para uso dos produtos por eles patenteados.

No entanto, especialmente no tocante aos remédios, novas regras vêm se impondo quanto ao uso das patentes, cuja exploração já não mais se tem por livre e cujos direitos já não se têm mais por absolutos. Avaliado o acesso que se permite ao medicamento mediante a exploração da patente, e achado esse uso excessivamente restrito (numa avaliação de mercado, macrologicamente feita), sustenta-se em diversos países, e mesmo internacionalmente, o direito ao licenciamento compulsório do direito de patente, para viabilizar o acesso mais generalizado dos necessitados ao medicamento. Trata-se duma arbitragem do direito à exploração da patente avaliando sua razoabilidade de acordo com parâmetros de mercado.

2.8 Nas privatizações e nas agências reguladoras é possível também identificar essa nova lógica contrastando com a tradicionalmente adotada no direito.

O fato de as agências reguladoras não se ajustarem aos institutos clássicos do direito administrativo nem aos do direito privado, mas de guardarem características que parecem indicar uma mistura de direito público e de direito privado, tem provocado o interesse dos estudiosos desse novo instrumento jurídico de controle de atividades tão importantes como a telefonia, a produção e distribuição de energia elétrica, a produção e distribuição de combustíveis etc.

Também nesse caso as normas visam promover o bem comum garantindo a concorrência entre os agentes econômicos e, ao mesmo tempo, colocando condições mínimas de atenção aos usuários que não seriam seguidas caso as decisões fossem deixadas inteiramente à critério dos empreendedores. As agências reguladoras configuram a consagração da idéia de que o Estado é incapaz de organizar atividades econômicas com a eficiência demonstrada pelos particulares em regimes de concorrência. Além disso, a idéia de regulação mostra o reconhecimento de que, guiadas apenas pela eficiência econômica, as empresas terminam por negligenciar aspectos básicos de solidariedade.

Enfim, a lógica das agências reguladoras contraria amplamente os institutos e técnicas desenvolvidos no direito administrativo tradicional, ao seguir uma concepção macrologicamente obtida do mercado.

2.9 Dos exemplos acima apontados deseja-se extrair a conclusão de que há normas concebidas com uma lógica distinta da tradicionalmente adotada no direito. Trata-se das normas de direito econômico que visam proteger realidades de mercado macroeconomicamente identificadas.

3. A "macrológica" do Direito Econômico

Em suma, o que caracteriza as normas de direito econômico não é a matéria que lhe seria própria, mas sim o enfoque com que foram concebidas: o enfoque macroeconômico ou, em uma palavra, macrologicamente.

A concepção da norma de direito econômico não visa fazer justiça entre dois indivíduos ou mais; visa fazer justiça num universo de relações agregadamente considerado, abstraindo das relações individualmente consideradas. A norma de direito econômico visa promover certas tendências macroeconômicas ou dar resposta jurídica a tais tendências. Essas tendências são fatos identificados pelo pensamento macroeconômico (concorrência, repercussão econômica dos custos inclusive tributários, maior eficiência dos agentes de mercado etc.) e, portanto, comportam falhas de análise.

A justiça das normas macrologicamente concebidas não é maior ou menor que a das normas micrologicamente concebidas, é apenas diferente, como diferente é a justiça distributiva da comutativa. Além disso, não se trata de justiças excludentes, mas complementares, ainda que num primeiro momento possa ser chocante a oposição verificada entre as normas do direito tradicional e as normas de direito econômico.

O espírito das normas de direito econômico é que é diferente, como dizia Champaud. Diferente, pois corresponde a necessidades da sociedade de massa surgidas após a revolução industrial e afirmadas na modernidade, sobretudo em torno ao consumo. Hoje, infelizmente, há muitos que se medem pelo que consomem, mas independentemente de lamentar esse fato, é de reconhecer-se que o Direito precisou formular resposta para o fenômeno econômico de massa, e o fez, concebendo regras com lógica nova, adequada a essa realidade, em que a norma contempla o coletivo, antes do individual.

Essa nova lógica choca os que estão acostumados com a tradicional lógica jurídica, estruturada que foi em conceitos estritamente individuais. Esse choque vem da falta de reflexão macrológica.

Cabe, portanto, que se examinem tais normas como elas efetivamente são, concebidas visando proteger interesses coletivos (a concorrência, o consumidor, por exemplo) que aparentemente se chocam com direitos individuais tradicionalmente concebidos (o de propriedade, a patente de invenção, por exemplo).

Assim, numa questão típica de Direito Econômico como a regulação da concorrência, o interesse coletivo em jogo (de que haja efetiva concorrência), se opõe ao interesse individual como tradicionalmente concebido, pois impede que uma empresa adquira outra, caso dessa aquisição advenha uma posição particularmente dominante de mercado relevante. O direito de propriedade e a liberdade de iniciativa não se encontram nesse caso afastados ou prejudicados, mas apenas, como regras concebidas no interesse dos indivíduos, não se exercitam nesse caso em que há regra macrologicamente concebida que o impede. É de notar

que nesse caso, como em todas as concepções macroeconômicas, há uma adivinhação, um "chute científico" em que se entende excessiva (ou não) uma posição dominante de mercado (por órgão especializado de defesa da concorrência). Numa questão como essa, não se pode pretender esgrimir com argumentos do gênero "o direito inalienável de livre contratação" ou de "liberdade de iniciativa", pois se trata de questão sujeita a regras de outra lógica, valendo para contestá-la apenas os argumentos que demonstrem a falsidade do "chute científico" feito pelo órgão de regulação do mercado.

Em matéria tributária, para novo exemplo, não se poderá argumentar com elementos concebidos micrologicamente, como fato gerador e base de cálculo, para tratar da regra macrologicamente concebida de substituição tributária, em que se evita a grave distorção de concorrência trazida pela sonegação. No entanto, dever-se-á argumentar fortemente contra toda fixação de valores para pagamento dos tributos pelo substituto em parâmetros fora do mercado, isto é, contra a falsa fixação de valores a pagar pelo órgão encarregado de estabelecê-los mediante "dados estatísticos" (o "chute científico", novamente).

Finalmente, o que se deseja destacar é que, por estarem as normas de direito econômico estabelecidas em legislações das mais variadas áreas, faz-se necessário o esforço dos profissionais dessas variadas áreas para identificá-las e a suas respectivas lógicas do coletivo, fixando novos parâmetros de interpretação, adequados a essas normas assim concebidas.