

**Guia Legal
para o Investidor
Estrangeiro
no Brasil**

Edição 2006

ISBN 85-98712-64-7

Ficha Catalográfica

Brasil. Ministério das Relações Exteriores. Centro de Estudos das Sociedades de Advogados (CESA)

Guia legal para o investidor estrangeiro no Brasil / Ministério das Relações Exteriores. – Brasília : MRE: BrazilTradeNet, 2006.

256 p.

1. Investimentos – Brasil. 2, Investimentos estrangeiros – Brasil. I. Título

CDU 330.322

Crédito

Este roteiro do Investidor, elaborado pelo Centro de Estudos das Sociedades de Advogados (CESA) – associação sem fins lucrativos – com a colaboração de várias de suas associadas, foi cedido para publicação e divulgação na BrazilTradeNet (<http://www.braziltradenet.gov.br>) em decorrência de parceria na área de promoção de investimentos mantida com o Ministério das Relações Exteriores.

Colaboradores

- ARAÚJO E POLICASTRO ADVOGADOS
- AZEVEDO SETTE ADVOGADOS S/C
- BARBOSA, MÜSSNICH & ARAGÃO
- BATISTELA ADVOGADOS E CONSULTORES JURÍDICOS
- BRITO, MERCADANTE & ROCHA ADVOGADOS
- CASILLO - ADVOGADOS
- CEGLIA NETO, ADVOGADOS
- DEMAREST E ALMEIDA - ALMEIDA, ROTENBERG E BOSCOLI - ADVOCACIA
- FELSBURG, PEDRETTI, MANNRICH E AIDAR ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS
- GREBLER, PINHEIRO, MOURÃO E RASO ADVOGADOS
- LEFOSSE ADVOGADOS
- MACHADO, MEYER, SENDACZ E OPICE - ADVOGADOS
- MATTOS FILHO, VEIGA FILHO, MARREY JR. E QUIROGA ADVOGADOS
- NEHRING E ASSOCIADOS - ADVOCACIA
- NOVAES E PLANTULLI - ADVOGADOS
- PAULO ROBERTO MURRAY - ADVOGADOS
- PINHEIRO NETO ADVOGADOS
- STUBER ADVOGADOS ASSOCIADOS
- TELLES PEREIRA, AZZI, FERRARI E ALMEIDA SALLES - ADVOGADOS S/C
- TESS ADVOGADOS
- TOZZINI, FREIRE, TEIXEIRA E SILVA - ADVOGADOS
- TRENCH, ROSSI E WATANABE - ADVOGADOS
- ULHÔA CANTO, REZENDE E GUERRA - ADVOGADOS
- VEIRANO ADVOGADOS
- VENTURI, SANTELLO, CIASCA E FERREIRA ROSA ADVOGADOS
- XAVIER, BERNARDES, BRAGANÇA, SOCIEDADE DE ADVOGADOS
- YARSHELL, MATEUCCI E CAMARGO ADVOGADOS

Sumário

1	O Sistema Jurídico Brasileiro	13
2	Instituições para o Desenvolvimento Econômico	15
2.1.	Ministérios	15
2.2.	Câmaras de Comércio	22
3	Capital Estrangeiro	23
3.1.	Aspectos Gerais	23
3.2.	Registro de Capital Estrangeiro	23
3.3.	Investimentos em Moeda	24
3.4.	Investimentos via Conversão de Créditos Externos	24
3.5.	Investimentos via Importação de Bens sem Cobertura Cambial	25
3.6.	Investimentos no Mercado de Capitais	26
3.7.	Remessa de Lucros	27
3.8.	Reinvestimentos de Lucros	27
3.9.	Repatriamento	28
3.10.	Transferência de Investimentos no Exterior	28
3.11.	Restrições para Remessas no Exterior	29
3.12.	Restrições a Investimentos Estrangeiros	29
4	O Regime Cambial Brasileiro	31
5	Formas de Associação	33
5.1.	Aspectos Gerais	33
5.1.1.	Sociedade Anônima	33
5.1.2.	Sociedade Limitada	35
5.1.3.	Outros Tipos Societários e Formas Associativas	36
5.1.3.1.	Sociedade em Comandita Simples ou por Ações	37
5.1.3.2.	Sociedade em Nome Coletivo	37
5.1.3.3.	Sociedade em Conta de Participação	38
5.1.4.	Consórcio	38
5.2.	Procedimento para Registro	39
5.2.1.	O Registro de Empresas	40
5.2.2.	O Registro Civil de Pessoas Jurídicas	41
6	Companhias Abertas	43
6.1.	Generalidades	43
6.2.	Mercado de Valores Mobiliários	44
6.3.	Administração	45
6.4.	Informações Periódicas e Demais Informações	46

6.5.	Oferta Pública para Aquisição de Ações	49
6.6.	Ofertas Públicas de Distribuição Primárias e Secundárias ...	50
6.7.	Segmentos Diferenciados de Listagem na Bolsa de Valores de SP .	52
7.	Estrutura Regulatória do Mercado de Capitais Local	57
7.1.	Leis Relevantes que Influenciam o Mercado de Capitais Local	57
7.2.	Autoridades Reguladoras e Supervisoras Locais	57
7.2.1.	Conselho Monetário Nacional	57
7.2.2.	Comissão de Valores Mobiliário - CVM	57
7.2.3.	Banco Central	58
7.2.4.	Auto-Regulamentação	59
7.2.4.1.	Bolsas de Valores	59
7.2.4.2.	Mercado de Balcão Organizado	60
7.2.4.3.	Associação Nacional dos Bancos de Investimentos - ANBID	61
7.3.	Definição de Valores Mobiliários	62
7.4.	Oferta de Distribuição de Valores Mobiliários no Brasil	62
7.4.1.	Conceito de Oferta Pública e Privada de Distribuição de Valores Mobiliários	62
7.4.2.	Processo para o Registro	63
7.4.3.	Registro do Emitente como Companhia de Capital Aberto	64
7.4.4.	Requisitos para a Distribuição Pública de Valores Mobiliários .	64
7.4.5.	Emissão de <i>Depositary Receipts</i> : Acesso ao Mercado de Capitais Estrangeiros	64
7.4.6.	Acesso ao Mercado Brasileiro por Companhias Estrangeiras Através de Programas de BDR	65
7.5.	Oferta para Compra de Ações de Companhias Brasileiras ...	66
7.5.1.	Oferta Pública para Aquisição de Controle	66
7.5.2.	Oferta de Compra de Ações para Fechamento de Capital de Cia. Brasileira	66
7.5.3.	Oferta Voluntária para Compra de Ações	67
7.6.	Regras de Proteção ao Investidor	67
7.6.1.	Divulgação por Companhias de Capital Aberto	67
7.6.2.	Divulgação por Acionistas de Companhias de Capital Aberto	68
7.6.3.	Manipulação do Mercado e outras Práticas Fraudulentas no Mercado de Valores Mobiliário	68
7.6.4.	Utilização de Informações Privilegiadas	69
7.7.	Lei da Lavagem de Dinheiro	70
7.8.	Sanções Cíveis	70
7.8.1.	Venda de Valores Mobiliários em Violação dos Requisitos do Registro e/ou do Prospecto	70
7.8.2.	<i>Insider Trading</i>	71

7.8.3. Atividades de Corretagem Fraudulenta e Utilização de Contas de Corretagem	71
7.8.3.1. Comissão Excessiva ou Lucro Injusto sobre a Comissão	71
7.8.3.2. Operando em Caso de Insolvência ou de Má Condição Financeira e Outros Prejuízos	71
7.8.4. Ações Coletivas	72
7.8.5. Renúncia a Direitos	72
7.8.6. Aspectos Procedimentais	72
7.8.6.1. Jurisdição	72
7.8.6.2. Competência	72
7.8.6.3. Prescrição	72
8. Sistema Fiscal	73
8.1. Aspectos gerais	73
8.2. Impostos Federais	74
8.2.1. Imposto de Renda	74
8.2.2. Imposto sobre Produtos Industrializados	75
8.2.3. Imposto sobre Operações Financeiras	75
8.2.4. Imposto sobre grandes Fortunas	76
8.3. Imposto dos Estados e do Distrito Federal	76
8.4. Impostos Municipais	76
8.5. Contribuições Sociais	77
9. Legislação Antitruste	79
10. A Legislação Trabalhista no Brasil	83
11. O Trabalho de Estrangeiros no Brasil	87
11.1. Vistos	87
11.2. Visto Temporário de Trabalho	89
11.3. Outros Tipos de Visto Temporário	91
11.4. Visto de Trabalho Permanente	92
11.5. Registros ao Ingressar no Brasil	94
11.6. Viagens Preparatórias para Trabalho Permanente	95
11.7. Trabalho de Cônjuges e Filhos	95
12. Aquisição de Bens Imóveis no Brasil	97
12.1. Introdução	97
12.2. Posse e Propriedade	98
12.3. Aquisição e Perda da Propriedade	100
12.3.1. Disposições Gerais	100
12.3.2. Considerações e Requisitos Gerais para a Aquisição de Bem Imóvel	101
12.3.3. Aquisição de Propriedade Rural por Estrangeiros ...	101

12.4. Tributação	102
12.5. Fundos de Investimento Imobiliário	103
13. Legislação Ambiental	105
13.1 A Política Nacional do Meio Ambiente	105
13.2. A Constituição Federal	106
13.3. Sanções Criminais	106
13.4. Sanções Administrativas	108
13.5. O Sistema Nacional do Meio Ambiente	109
14. Privatização, Concessões e Parcerias com a Administração Pública	111
14.1. Programa Nacional de Desestatização	112
14.2. Concessão de Serviços Públicos	113
14.3. Principais Setores Privatizados ou em Processo de Privatização	113
14.4. Evolução e Resultados do Programa de Privatização	114
14.5. Parcerias Público-Privadas	115
15. Licitação - Contratação de Obras, Serviços, Compras e Alienações pela Administração Pública	117
15.1. Introdução	117
15.2. Modalidades	118
15.3. Autorização, Concessão e Permissão de Serviço Público ...	119
15.4. Habilitação	120
15.5. Dispensa e Inexigibilidade de Licitação	121
15.6. Contrato Administrativo	122
15.7. Garantias	122
15.8. Fiscalização e Extinção do Contrato Administrativo	123
15.9. Outras Figuras Contratuais	123
16. Telecomunicações	127
16.1. Histórico das Telecomunicações no Brasil	127
16.2. O Desenvolvimento da Telefonia Celular	129
16.3. O Órgão Regulador das Telecomunicações (Anatel)	129
16.4. Lei Geral das Telecomunicações	130
16.5. Regime dos Serviços de Telecomunicações	130
16.6. A Transferência de Controle de Empresas de Telecomunicações	133
16.7. Tributos do Setor de Telecomunicações	134
16.8. Incentivos	135
16.9. O Futuro dos Serviços de Telecomunicações	135

17. Energia Elétrica	137
17.1. Introdução	137
17.2. O Modelo do Setor Elétrico Adotado na Segunda Metade dos Anos 90	138
17.2.1. As Atividades e os Agentes do Setor	138
17.2.2. Órgãos do Setor	141
17.2.3. Contratação no Setor Elétrico	142
17.3. O Atual Modelo do Setor Elétrico Brasileiro em Vigor a partir de 2003	144
17.3.1. Órgãos do Setor.	144
17.3.2. As Atividades e os Agentes do Setor	145
17.3.3. A Comercialização de Energia elétrica: o Ambiente de Contratação Regulada	146
17.3.4. Planejamento	147
17.3.5. Desverticalização das Atividades	148
17.4. Conclusão	148
18. A Regulamentação das Instituições Financeiras e do Arrendamento Mercantil no Brasil	151
18.1. Instituições Financeiras	151
18.2. Principais Instituições Financeiras	152
18.2.1. Setor Público	152
18.2.2. Setor Privado	152
18.3. Principais Requisitos para o Funcionamento das Instituições Financeiras no Brasil	153
18.4. Padrões Mínimos de Capitalização das Instituições Financeiras	154
18.5. Investimento Externo em Instituições Financeiras Brasileiras	156
18.6. Arrendamento Mercantil	156
19. Comércio Eletrônico	159
19.1. Aspectos Gerais	159
19.2. Aspectos Legais	161
19.3. Aplicabilidade das Normas Gerais de Direito Brasileiro	162
19.4. Aspectos Tributários do Comércio Eletrônico	165
19.5. Propriedade Intelectual	166
19.6. Nome de Domínio	167
19.7. Eficácia Probatória do Documento Eletrônico	168
19.7.1. Teoria Geral das Provas	168
19.7.2. Enquadramento do Documento Eletrônico Entre os Diversos Tipos de Documento	170
19.7.3. Suporte Representativo	171
19.7.3.1. Questões Processuais Relativas à Prova	172

19.7.3..2. Prova da Existência do Documento	
Eletrônico	172
19.7.3..3. Proveniência da Declaração e Assinatura	
Eletrônica	173
19.7.3.4. Prova do Conteúdo do Documento	175
19.7.4. Trabalhos Legislativos	175
19.7.4.1. Medida Provisória 2.200-2 e outros Projetos de	
Lei no Brasil	177
19.7.5. Conclusões	178
20. Informática	181
20.1. Política Nacional de Informática	181
20.2. Incentivos ao Desenvolvimento e Produção Local de Bens e	
Serviços de Informática	182
20.3. Política Tarifária e Mercosul	184
20.4. Proteção Legal Conferida aos Programas de Computador	
(Softwares)	184
20.4.1. Tributos Incidentes nas Operações com Programas de	
Computador	186
20.4.1.1. Dos Tributos Incidentes sobre Operações com	
Software de Prateleira	187
20.4.1.2. Dos Tributos Incidentes sobre Operações com	
Software Customizado	188
20.4.2. Das remessas Financeiras em Pagamento de Software	
189	
20.5. Internet	190
20.6. Projetos em Tramitação	191
20.7. Comentários Finais	191
21. Representação Comercial (Agência)	193
22. Contratos de Distribuição	195
22.1. Contratos de Distribuição Comercial	195
22.2. Contratos de Distribuição Ordinária	199
23. Contratos Internacionais de Propriedade Intelectual	201
23.1. Aspectos Gerais	201
23.2. Patentes	201
23.3. Marcas	203
23.4. Contratos de Transferência de Tecnologia	205
23.5. <i>Franchising</i>	207

24. Tratados Internacionais	211
24.1. Aspectos Gerais	211
24.2. Comércio	211
24.3. Propriedade Intelectual	212
24.4. Tributos	212
24.5. América Latina	213
24.6. Mercosul	214
25. O Dumping no Brasil	221
25.1. Introdução	221
25.2. Conceito e Elementos Fundamentais do <i>Dumping</i>	221
25.3. Processo de Investigação de <i>Dumping</i> no Brasil	224
25.4. Conclusão	227
26. Contencioso Civil e Comercial	229
26.1. A Jurisdição no Contencioso Civil e Comercial	229
26.2. Custos do Processo	229
26.3. Procedimentos Iniciais	230
26.4. Provas	231
26.5. Decisão	232
26.6. Medidas Urgentes	232
26.7. Recursos	233
26.8. Execução do Julgado	234
26.9. Processo de Cobrança	235
27. Direitos do Consumidor no Brasil, Enquadramento e Execução da Lei	237
27.1. Definição Geral	237
27.2. Desenvolvimento da Lei	237
27.3. Escopo	237
27.4. Execução da Lei	238
27.5. Tendências	239
28. Arbitragem, Reconhecimento e Execução de Decisões Arbitrais e Sentenças Judiciais Estrangeiras no Brasil	241
28.1. Objeto e Regras Aplicáveis	241
28.2. Procedimento Arbitral	241
28.3. Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras	242
28.4. Sentenças Judiciais Estrangeiras	243

29. Aspectos Internacionais da Jurisdição Brasileira	247
29.1. Jurisdição Geral dos Tribunais Brasileiros	247
29.2. Eleição de Foro	247
29.3. Cooperação Judicial	248
29.4. Reconhecimento e Execução de Sentenças Estrangeiras no Brasil	250
29.5. Jurisdição dos Tribunais Arbitrais Internacionais	253

1. O Sistema Jurídico Brasileiro

O Brasil está organizado sob a forma de República Federativa, constituída pela união indissolúvel de Estados, Municípios e do Distrito Federal.

O sistema jurídico adotado no Brasil é o codificado, com a edição de leis pela União, pelos Estados e pelos Municípios, respeitadas suas esferas de competência. As decisões judiciais baseiam-se na correta aplicação das leis em vigor. Não havendo disposição legal específica, o juiz decide de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Os precedentes judiciais não têm força de lei no Brasil, embora exerçam um papel importante, como subsídio para a decisão do juiz.

A Constituição Federal estabelece a competência legislativa da União, dos Estados e dos Municípios, de forma a evitar a edição de leis concorrentes ou conflitantes por essas três diferentes esferas. A competência legislativa da União, respeitados os princípios estabelecidos na Constituição Federal, sobrepõe-se à competência dos Estados e Municípios.

À União é atribuída competência exclusiva para legislar sobre direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e trabalhista; desapropriação, águas, energia, informática, telecomunicações, radiodifusão, sistema monetário, câmbio, política de crédito, seguros, comércio exterior, jazidas, nacionalidade, cidadania, entre outras matérias.

A Constituição Federal admite que a União, os Estados e o Distrito Federal legislem concorrentemente sobre determinadas matérias, como, por exemplo, direito tributário, financeiro, econômico e penitenciário; produção e consumo; responsabilidade por danos ao meio ambiente e ao consumidor; educação e ensino; previdência social, proteção e defesa da saúde. Nesse caso, a competência da União limita-se à edição de normas gerais sobre esses assuntos, cabendo aos Estados e ao Distrito Federal legislar supletivamente sobre a matéria, observadas as normas gerais fixadas na legislação federal.

A competência legislativa dos Municípios restringe-se a assuntos de interesse local.

O sistema legislativo brasileiro é encabeçado pela Constituição Federal, que assegura os direitos e garantias fundamentais do cidadão; disciplina a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil; define a esfera de atuação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário; disciplina o sistema tributário; dispõe sobre a ordem econômica e financeira e sobre a

ordem social. Cabe aos Estados organizarem-se e regerem-se por suas próprias Constituições e leis, observados os princípios constantes da Constituição Federal.

Os principais textos de lei no Brasil compõem os chamados Códigos, que contêm a legislação básica sobre as matérias de que tratam. Entre esses Códigos, destacam-se o Código Civil, o Código Tributário Nacional, o Código Penal, a Consolidação das Leis Trabalhistas, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal. Porém, nenhum desses Códigos se sobrepõe à Constituição Federal, que é a lei suprema do Brasil.

2. Instituições para o Desenvolvimento Econômico

O Decreto-lei nº 200/67 e suas alterações posteriores classificou a Administração Federal em Direta e Indireta, constituindo-se a Administração Direta dos serviços integrados à estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios, e a Indireta dos serviços atribuídos a pessoas jurídicas diversas da União, a pessoas públicas (Autarquias) ou privadas (Sociedade de Economia Mista, Empresa Pública e Fundações), vinculadas a um Ministério.

A Administração Pública Federal é dirigida pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado.

A presidência da República é constituída, essencialmente, pela Casa Civil, pela Secretaria Geral, pela Secretaria de Relações Institucionais, pelo Gabinete Pessoal, pelo Gabinete de Segurança Institucional e pelo Núcleo de Assuntos Estratégicos.

Os Ministérios são órgãos autônomos da cúpula da Administração Federal, situados logo abaixo da Presidência da República, cujas múltiplas funções foram delineadas pela Reforma Administrativa de 1967 e suas alterações posteriores.

Dentre as autarquias, encontram-se as Agências Reguladoras, pessoas jurídicas de direito público, que são constituídas por meio de lei e são dotadas de autonomia política, financeira, normativa e de gestão. A função das agências reguladoras é controlar e fiscalizar a atividade pública a ser realizada por companhias privadas (ANP, Aneel, Anatel e outras).

2.1. Ministérios

Ministério da Justiça

Cuida dos seguintes assuntos: defesa da ordem jurídica, dos direitos políticos e das garantias constitucionais; política judiciária; nacionalidade, imigração e estrangeiros; entorpecentes; segurança pública; Polícias Federais, Rodoviária e Ferroviária Federal e do Distrito Federal; planejamento, coordenação e administração da política penitenciária nacional; defesa da ordem econômica nacional e dos direitos do consumidor; ouvidoria geral dos índios e do consumidor; assistência jurídica gratuita aos necessitados, defesa dos bens e dos próprios da União e das entidades integrantes da Administração Pública

Federal indireta e ações do Governo visando à repressão ao uso indevido, ao tráfico ilícito e à produção não autorizada de substâncias entorpecentes e drogas que causem dependência física ou psíquica.

Ministério das Relações Exteriores

Atua no campo da política internacional, das relações diplomáticas e serviços consulares, e dos programas de cooperação internacional, competindo-lhe, ainda, a participação nas negociações comerciais, econômicas, técnicas e culturais com governos e entidades estrangeiras e o apoio a delegações, comitivas e representações brasileiras em agências e organismos internacionais multilaterais.

Ministério dos Transportes

Competem-lhe os assuntos pertinentes aos transportes ferroviário, rodoviário e aquaviário; à marinha mercante, portos e vias navegáveis; e aos transportes aeroviários. São entidades vinculadas a este Ministério, entre outras:

- Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes (DNIT);
- Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT).

Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento

Cabem a este Ministério os seguintes assuntos: política agrícola, abrangendo produção, comercialização, abastecimento, armazenagem e garantia de preços mínimos; produção e fomento agropecuários; mercado, comercialização e abastecimento agropecuários; informação agrícola; defesa sanitária animal e vegetal; fiscalização de insumos utilizados na atividade agropecuária; classificação e inspeção de produtos e derivados animais e vegetais; proteção, conservação e manejo do solo; pesquisa tecnológica em agricultura e pecuária; meteorologia e climatologia; cooperativismo e associativismo rural, agroenergia, assistência técnica e extensão rural; política relativa ao café, açúcar e álcool; planejamento e exercício da ação governamental nas atividades do setor agroindustrial canavieiro. São entidades vinculadas a este Ministério, entre outras:

- Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (Embrapa), responsável por viabilizar soluções para o desenvolvimento sustentável do espaço rural e do agronegócio;

- Companhia de Entrepósitos e Armazéns Gerais de São Paulo (Ceagesp), que, com redes de armazenagem e entrestagem, assegura grande parte do abastecimento do Estado de São Paulo.

Ministério da Educação

É responsável pelas seguintes matérias: política nacional de educação; educação infantil; educação em geral, compreendendo ensino fundamental, médio e superior; educação especial e educação a distância, exceto ensino militar; educação de jovens e adultos; educação profissional; avaliação, informação e pesquisa educacional; pesquisa e extensão universitária; magistério e assistência financeira a famílias carentes para escolarização de seus filhos ou dependentes.

Ministério da Cultura

Cuida da política nacional de cultura; da proteção do patrimônio histórico e cultural brasileiro; da delimitação das terras dos remanescentes das comunidades dos quilombos, bem como da determinação de suas demarcações.

Ministério do Trabalho e Emprego

É responsável por: política e diretrizes de geração de empregos e renda e de apoio ao trabalhador; política e diretrizes para a modernização das relações de trabalho; fiscalização do trabalho, inclusive portuário e aplicação das sanções previstas em normas legais ou coletivas; política salarial; política de imigração; formação e desenvolvimento profissional; segurança e saúde no trabalho; cooperativismo e associativismo urbanos.

Ministério da Previdência Social

Incumbe-lhe cuidar da previdência social e previdência complementar e assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, idade avançada, desemprego involuntário, encargos de família e reclusão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente.

Ministério da Saúde

Tem como atribuições: política nacional de saúde; coordenação e fiscalização do Sistema Único de Saúde; saúde ambiental e ações de promoção, proteção e recuperação da saúde individual e coletiva, inclusive a dos trabalhadores e dos índios; informações sobre saúde; insumos críticos para a saúde; ação preventiva em geral, vigilância e controle sanitário de fronteiras e dos portos marítimos, fluviais e aéreos, vigilância de saúde, especialmente quanto às drogas, alimentos e medicamentos; pesquisa científica e tecnológica na área de saúde. São entidades vinculadas a este Ministério, entre outras:

- Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa);
- Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior

Cuida da política do desenvolvimento da indústria, do comércio e dos serviços; da propriedade intelectual e da transferência de tecnologia; da metrologia; da normalização e da qualidade industrial; das políticas de comércio exterior, inclusive da participação em negociações internacionais relacionadas; da defesa comercial; do apoio à microempresa, à empresa de pequeno porte e ao artesanato; da execução das atividades de registro de comércio. São entidades vinculadas a este Ministério, entre outras:

- Instituto Nacional de Metrologia (INMETRO);
- Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI);
- Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, (BNDES) que, sendo uma empresa pública federal, com personalidade jurídica de direito privado e patrimônio próprio, tem como objetivo apoiar empreendimentos que contribuam para o desenvolvimento do país. O BNDES conta com duas subsidiárias integrais, a FINAME (Agência Especial de Financiamento Industrial) e a BNDESPAR (BNDES Participações), criadas com o objetivo, respectivamente, de financiar a comercialização de máquinas e equipamentos e de possibilitar a subscrição de valores mobiliários no mercado de capitais brasileiro. As três empresas, juntas, compreendem o chamado "Sistema BNDES".

Ministério de Minas e Energia

Competem-lhe os assuntos relacionados à geologia, recursos minerais e energéticos; aproveitamento da energia hidráulica; mineração e metalurgia; petróleo, combustível e energia elétrica, inclusive nuclear. São entidades vinculadas a este Ministério, entre outras:

Agências:

- Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), responsável por regular e fiscalizar a geração, transmissão, distribuição e comercialização da energia elétrica;
- Agência Nacional do Petróleo (ANP), responsável por promover a regulação, contratação e fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo.

Empresas vinculadas:

- Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobrás);
- Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobrás).

Ministério das Comunicações

Sua incumbência é cuidar da política nacional de telecomunicações, inclusive radiodifusão; serviços de telecomunicações; radiodifusão e serviços postais. São entidades vinculadas a este Ministério, entre outras:

- Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), responsável por promover o desenvolvimento das telecomunicações do País de modo a dotá-lo de uma moderna e eficiente infra-estrutura de telecomunicações, capaz de oferecer aos usuários serviços adequados, diversificados e a preços justos, em todo o território nacional.

Ministério da Ciência e Tecnologia

Cuida da formulação e implementação da política nacional da pesquisa científica e tecnológica; do planejamento, coordenação, supervisão e controle das atividades de ciência e tecnologia; formulação da política de desenvolvimento da informática e da automação; política nacional de biossegurança; política espacial, nuclear e de controle da exportação de bens e serviços sensíveis.

Ministério do Meio Ambiente

São suas atribuições a política das ações relativas ao meio ambiente e aos recursos hídricos; a política de preservação, conservação e utilização sustentável de ecossistemas, biodiversidade e florestas; a melhoria da qualidade ambiental e do uso sustentável dos recursos naturais; a política para integração do meio ambiente e produção; as políticas e programas ambientais para a Amazônia Legal e o zoneamento ecológico-econômico. São entidades vinculadas a este Ministério, entre outras:

- Agência Nacional de Águas (ANA);
- Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama).

Ministério da Defesa

Tem como atribuições básicas: cuidar da política de defesa nacional, da política e estratégia militares, política marítima nacional, da política aeronáutica, etc.; administrar e coordenar as Forças Armadas.

Ministério da Fazenda

Cuida, basicamente, da formulação e execução da política econômica. Ao Ministério da Fazenda cabe tratar dos assuntos relativos a moeda, crédito, instituições financeiras, capitalização, poupança popular, seguros privados e previdência privada aberta; política, administração, fiscalização e arrecadação tributária e aduaneira; administração financeira e contabilidade públicas; administração de dívidas públicas interna e externa; negociações econômicas e financeiras com governos, organismos multilaterais e agências governamentais; preços em geral e tarifas públicas e administrativas; fiscalização e controle do comércio exterior; realização de estudos e pesquisas para acompanhamento da conjuntura econômica; e autorizações, ressalvadas as competências do Conselho Monetário Nacional, da distribuição gratuita de prêmios a título de propaganda, quando efetuada mediante sorteio, das operações de consórcio, e das vendas de mercadorias a varejo, mediante oferta pública. Fazem parte da estrutura organizacional do Ministério da Fazenda, entre outros:

- Conselho Monetário Nacional (CMN), que tem a finalidade de formular a política da moeda e do crédito, objetivando o progresso econômico e social

do país. São atribuições do Conselho Monetário Nacional: estabelecer as diretrizes gerais das políticas monetária, cambial e creditícia; regular as condições de constituição, funcionamento e fiscalização das instituições financeiras; e disciplinar os instrumentos de política monetária e cambial.

- Banco Central do Brasil (Bacen), que tem como principais atribuições: cumprir e fazer cumprir as normas que regulam o funcionamento do Sistema Financeiro Nacional expedidas pelo Conselho Monetário Nacional; executar os serviços do meio-circulante; ser depositário das reservas oficiais de ouro e de moeda estrangeira; exercer o controle do crédito sob todas as suas formas; efetuar o controle dos capitais estrangeiros nos termos da lei; regular a execução dos serviços de compensação de cheques e outros papéis; entender-se em nome do Governo Brasileiro com instituições financeiras internacionais e estrangeiras; exercer a fiscalização e conceder autorizações às instituições financeiras; efetuar como instrumento de política monetária, operações de compra e venda de títulos públicos federais, etc.

Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão

Cuida da participação na formulação do planejamento estratégico nacional; da avaliação e impactos sócio-econômicos das políticas e programas do Governo Federal; e da elaboração de estudos especiais para a reformulação de políticas, etc. É entidade vinculada a este Ministério, entre outras:

- Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Ministério do Desenvolvimento Agrário

Suas funções são a reforma agrária e a promoção do desenvolvimento sustentável do segmento rural constituído pelas famílias de agricultores. É entidade vinculada a este Ministério, entre outras:

- Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra).

Ministério da Integração Nacional

Tem as seguintes competências: formulação e condução da política de desenvolvimento nacional integrada; formulação e condução dos planos e programas regionais de desenvolvimento; estabelecimento de estratégias de integração das economias regionais, etc.

Ministério do Esporte

Tem como áreas de competência: política nacional do desenvolvimento da prática dos esportes e inclusão social por meio do esporte.

Ministério do Turismo

Incumbe-lhe cuidar da política nacional de desenvolvimento do turismo.

Ministério das Cidades

É responsável pela política de desenvolvimento urbano, pelas políticas setoriais de habitação, saneamento básico e ambiental, transporte urbano, trânsito e sistemas urbanos de água.

Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome

Cuida da coordenação das políticas nacionais de desenvolvimento social, de segurança alimentar e nutricional, de assistência social e de rendas da cidadania.

2.2. Câmaras de Comércio

Visando a aproximar economicamente o Brasil de outros países, por meio do aumento do fluxo comercial e financeiro entre os mesmos, há em nosso país, uma série de Câmaras do Comércio, entre elas: Câmara Americana de Comércio, Câmara de Comércio e Indústria Japonesa, Câmara Ítalo-Brasileira de Comércio e Indústria.

3. Capital Estrangeiro

3.1. Aspectos Gerais

O capital estrangeiro é regido, no Brasil, pelas Leis nº 4.131 (Lei de Capitais Estrangeiros) e nº 4.390, de 03.09.1962 e 29.08.1964, respectivamente. Ambas as leis encontram-se regulamentadas pelo Decreto nº 55.762, de 17.02.1965, e suas posteriores alterações.

De acordo com a Lei de Capitais Estrangeiros, entende-se por capital estrangeiro os bens, máquinas e equipamentos entrados no Brasil sem dispêndio inicial de divisas, destinados à produção de bens ou serviços, assim como os recursos financeiros ou monetários trazidos ao Brasil para aplicação em atividades econômicas, desde que pertencentes a pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior.

Os dois mercados oficiais de câmbio no Brasil, ambos regulamentados pelo Banco Central do Brasil, são o câmbio comercial/financeiro, basicamente reservado para operações de cunho comercial e investimentos em moeda estrangeira no Brasil, e o câmbio turismo, destinado a outras operações, tais como transferências unilaterais de recursos.

Foram unificadas as posições de câmbio dos mercados de taxas livres e taxas flutuantes para as instituições financeiras, de acordo com a Resolução do Banco Central do Brasil nº 3.265, de 8 de março de 2005.

As operações de câmbio são efetuadas mediante contratos de câmbio envolvendo a entrada ou a saída de moeda estrangeira.

3.2. Registro de Capital Estrangeiro

O registro do capital estrangeiro deve ser efetuado através do Módulo RDE – IED (Registro Declaratório Eletrônico – Investimento Externo Direto), que integra o Sistema de Informações do Banco Central – Sisbacen.

Consideram-se investimentos externos diretos, para fins do Registro Declaratório Eletrônico, as participações permanentes em empresas receptoras no país, ou, segundo as práticas usuais de mercado, as participações com ânimo de permanentes, detidas por investidor não-residente, pessoa física ou jurídica residente, domiciliada ou com sede no exterior, mediante a propriedade de ações ou quotas representativas do capital social de empresas brasileiras, bem como o capital destacado de empresas estrangeiras autorizadas a operar no país.

O registro pelo módulo RDE – IED pressupõe o cadastro do responsável no Sisbacen, conforme as regras atualmente em vigor, sendo caracterizado pela atribuição de um número ao binômio investidor-receptora, sob o qual deverão ser registradas todas as mudanças e posteriores inclusões referentes ao investimento registrado.

De acordo com os termos da Circular 2.997/00, o investimento estrangeiro a ser efetuado e registrado não se sujeita à prévia análise e verificação pelo Banco Central, sendo referido registro declaratório, ou seja, a empresa receptora do investimento estrangeiro e/ou o representante do investidor estrangeiro são, eles próprios, responsáveis por efetuar o registro.

Todo investimento estrangeiro deve ser registrado no Banco Central do Brasil. Tal registro é essencial para a remessa de lucros ao exterior, para o repatriamento de capital e para o registro de reinvestimento de lucros.

3.3. Investimentos em Moeda

Os investimentos em moeda não dependem de qualquer autorização preliminar por parte das autoridades governamentais. Para subscrever o capital ou adquirir uma participação em empresa brasileira já existente, basta remeter os investimentos através de estabelecimento bancário autorizado a operar com câmbio. Entretanto, o fechamento do câmbio está condicionado à existência do número sob o qual o investidor estrangeiro e a empresa receptora estão registrados no Sistema RDE – IED.

O registro do investimento é feito através do Sistema RDE – IED, pela empresa brasileira beneficiária e/ou pelo representante do investidor externo, dentro de 30 dias a partir do fechamento do contrato de câmbio.

Na hipótese de investimento externo ser proveniente de conta de não-residente devidamente mantida no Brasil, o registro do referido investimento é feito em moeda nacional. Qualquer movimentação relacionada ao referido investimento deve ser efetuada por meio da respectiva conta de não-residente, sendo o registro do investimento atualizado através do Módulo RDE-IED.

3.4. Investimentos via Conversão de Créditos Externos

Eventuais investimentos realizados com base em recursos não registrados no Sistema RDE – IED, sujeitam-se à autorização prévia do Departamento de Combate a Ilícitos Financeiros e Supervisão de Câmbio e Capitais Internacionais (DECIC).

Na hipótese de os créditos externos que se pretende converter em investimento estarem devidamente registrados no sistema RDE – IED, não é necessária qualquer autorização prévia do Banco Central do Brasil.

Em relação às operações sujeitas a registro no Módulo RDE – IED, o art. 8º do Anexo à Circular 2.997/00 considera como conversão em investimento externo direto “a operação pela qual créditos passíveis de gerar transferências ao exterior, com base nas normas vigentes, são utilizados pelo credor não-residente para a aquisição ou integralização de participação no capital social da empresa no País”.

Para esse registro, entretanto, é necessário que a empresa receptora nacional receba, do credor e promitente investidor: (i) declaração definindo, precisamente, os vencimentos das parcelas e respectivos valores a serem convertidos e, no caso de juros e outros encargos, também o período a que se referem e as taxas e cálculos empregados; e (ii) declaração irrevogável do credor concordando com a conversão.

3.5. Investimentos via Importação de Bens sem Cobertura Cambial

O investimento sob a forma de Importação de Bens sem Cobertura Cambial, efetuado para a integralização de capital social e desde que o bem seja tangível, não exige a aprovação prévia do Banco Central.

Para fins de registro no Módulo RDE – IED, os bens, tanto tangíveis quanto intangíveis, devem ser destinados exclusivamente à integralização de capital.

O registro de investimento externo direto decorrente de importação sem cobertura cambial de bens intangíveis sujeita-se à prévia autorização do DECIC. Em relação a bens tangíveis, devem ser utilizados o valor objeto do registro no Módulo ROF – Registro de Operações Financeiras do Sistema RDE com vinculação à Declaração de Importação (DI) e a moeda constante do ROF correspondente.

O registro de capitais estrangeiros ingressados na forma de bens deve ser feito na moeda do país do investidor ou, por solicitação expressa deste, em outra moeda, mantida a paridade cambial.

Consideram-se capitais estrangeiros os bens, máquinas ou equipamentos, de qualquer natureza, efetivamente ingressados no Brasil sem dispêndio inicial de divisas, destinados à produção ou à comercialização de bens ou à prestação

de serviços. No caso de importação de bens usados, esses bens não podem possuir similar nacional. Bens usados devem ter sua aplicação dirigida a projetos que estimulem o desenvolvimento econômico do país.

Assim que os bens tangíveis forem desembaraçados, a empresa brasileira tem 90 dias para registrar o investimento no Banco Central do Brasil.

3.6. Investimentos no Mercado de Capitais

Em 26 de janeiro de 2000, o Conselho Monetário Nacional aprovou a Resolução nº 2.689, pela qual qualquer investidor, inclusive pessoa física e jurídica, não-residente, individual ou coletivo, pode investir nos mercados brasileiros (financeiro e de capitais).

As Sociedades de Investimento – Capital Estrangeiro, os Fundos de Investimento – Capital Estrangeiro, as Carteiras Anexo IV (mecanismos criados pelos Anexos I, II e IV), e os Fundos de Renda Fixa – Capital Estrangeiro, foram substituídos por um “portal” único, por meio do qual os recursos externos ingressados no País, por parte de investidor não-residente, podem ser aplicados nos instrumentos e modalidades operacionais dos mercados financeiro e de capitais disponíveis ao investidor residente, seja em renda fixa ou em renda variável.

O investidor não-residente passa a ter o mesmo registro para operar nos mercados de renda fixa e variável, podendo migrar livremente de uma aplicação para outra. Para ter acesso a tais mercados, o investidor estrangeiro deve constituir representante no Brasil, que será responsável pelo registro das operações, pelo preenchimento do formulário anexo à Resolução nº 2.689/00 e pela obtenção do registro junto à Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

De acordo com os incisos I e II do art. 6º da Resolução CMN nº 2.689/00, os títulos e valores mobiliários do investidor estrangeiro deverão estar custodiados em entidade autorizada pela CVM ou Banco Central a prestar tal serviço, ou, ainda, registrados, conforme o caso, no Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC) ou em sistema de registro e de liquidação financeira administrado pela Central de Custódia e de Liquidação Financeira de Títulos (CETIP).

Deve constar, em campo apropriado no contrato de câmbio, o número de registro do RDE, em todas as operações realizadas em nome do investidor não-residente.

3.7. Remessa de Lucros

Via de regra, não existem restrições à distribuição de lucros e sua conseqüente remessa ao exterior. Os lucros gerados a partir de 01.01.1996 estão isentos de imposto de renda retido na fonte.

As remessas relativas a lucros devem ter sua destinação registrada no Módulo RDE – IED, tendo em vista a participação no total de ações ou quotas que compõem o capital social integralizado da empresa receptora do investimento.

O Brasil assinou tratados para evitar dupla tributação com os seguintes países: Suécia, Japão, Noruega, Portugal, Bélgica, Dinamarca, Espanha, Áustria, Luxemburgo, Itália, Argentina, Canadá, Equador, Holanda, Filipinas, França, Coreia, República Eslovaca e Tcheca, Finlândia, Hungria, Índia, China, Chile e Israel.

3.8. Reinvestimento de Lucros

De acordo com a Lei de Capitais Estrangeiros, entende-se por reinvestimentos os lucros auferidos por empresas sediadas no Brasil e atribuíveis a pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior, lucros estes que foram reinvestidos na empresa que os gerou ou em outro setor interno da economia.

O registro do reinvestimento de rendimentos é efetuado na moeda do país para o qual poderiam ter sido remetidos, sendo que o registro daqueles reinvestimentos cujo investimento foi efetuado em moeda nacional, é feito em moeda nacional (art. 20 da Circular 2.997).

Os rendimentos auferidos pelo investidor estrangeiro que venham a ser reaplicados em empresas receptoras nacionais, mesmo que distintas das que originaram o rendimento, com o objetivo de integralização ou aquisição de ações e/ou quotas, são passíveis de registro sob o item investimentos no Sistema RDE – IED. Tais lucros a serem reinvestidos são registrados como capital estrangeiro, da mesma forma que o investimento inicial, aumentando assim a base de cálculo para futura repartição de capital para fins tributários.

Nos casos de registro de reinvestimento por capitalização de lucros, juros sobre o capital próprio e reservas de lucros, é observada a proporção da participação do investidor externo no número total de ações ou quotas integralizadas no capital social da empresa receptora em que foram gerados os rendimentos.

3.9. Repatriamento

O capital estrangeiro registrado no Banco Central do Brasil pode ser a qualquer tempo repatriado a seu país de origem, dispensando-se para tanto qualquer espécie de autorização prévia.

De acordo com o artigo 690, inciso II, do Regulamento do Imposto de Renda de 1999, os valores em moeda estrangeira registrados no Banco Central do Brasil como investimentos realizados por não-residentes podem ser repatriados sem a incidência do imposto de renda na fonte. Nesse caso, os valores em moeda estrangeira que ultrapassem, proporcionalmente, o investimento originalmente realizado (ganho de capital) estão sujeitos ao imposto de renda na fonte à alíquota de 15%.

No caso específico de repatriamentos de capital, deve-se observar que o Banco Central do Brasil costuma examinar o patrimônio líquido da empresa envolvida, tomando por base seu balanço patrimonial. Se o patrimônio líquido for negativo, o Banco Central do Brasil pode considerar ter havido uma diluição do investimento, negando assim autorização para repatriamentos num montante proporcional ao do resultado negativo apurado.

3.10. Transferência de Investimentos no Exterior

A Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003 dispõe que, a partir de 1º de fevereiro de 2004, "o adquirente, pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no Brasil, ou o procurador, quando o adquirente for residente ou domiciliado no exterior, fica responsável pela retenção e recolhimento do imposto de renda incidente sobre o ganho de capital a que se refere o art. 18 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, auferido por pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior que alienar bens localizados no Brasil." Anteriormente à vigência da referida Lei, transações envolvendo alienação ou disposição de bens ou direitos localizados no Brasil, realizadas por pessoas físicas ou jurídicas sediadas no exterior, não se sujeitavam à incidência de Imposto de Renda. A referida tributação, todavia, apenas incide em relação a rendas auferidas pelo vendedor dos bens ou direitos localizados no Brasil, e não pelo adquirente.

O adquirente estrangeiro pode efetuar o registro do capital em montante igual àquele outrora em poder da empresa vendedora, independentemente do preço pago pelo investimento no exterior. Vale mencionar que, nesse caso, deve ser efetuada a mudança no número de registro do Módulo RDE - IED

do Banco Central do Brasil, de modo a fazer constar o nome do novo investidor estrangeiro, para que este possa remeter/reinvestir lucros e repatriar seu capital.

3.11. Restrições para Remessas ao Exterior

As remessas de moeda ao exterior podem sofrer restrições sempre que não houver o correspondente registro no Sistema RDE – IED, uma vez que a remessa de lucros, o repatriamento de capital e o registro de reinvestimentos baseiam-se todos no montante registrado a título de investimento estrangeiro.

3.12. Restrições a Investimentos Estrangeiros

Destacam-se abaixo algumas vedações e restrições à participação do capital estrangeiro na economia brasileira.

(A) Vedações:

É vedada a participação de capital estrangeiro nas seguintes atividades:

- desenvolvimento de atividades envolvendo energia nuclear;
- serviços de saúde;
- serviços de correios e telégrafos; e
- indústria aeroespacial¹.

(B) Restrições

- Em consequência da reforma constitucional de 1995, as sociedades brasileiras, mesmo sob controle estrangeiro, podem adquirir, explorar e arrendar terras rurais. Todavia, a aquisição de imóveis rurais por estrangeiro residente no país ou pessoa jurídica estrangeira autorizada a funcionar no Brasil sujeita-se aos condicionamentos previstos em lei e à autorização do Congresso Nacional.
- Adicionalmente aos comentários do item anterior, destacam-se restrições no que se refere à aquisição de propriedades localizadas em áreas de fronteira, consideradas indisponíveis à segurança nacional, terras estas cuja aquisição depende de consentimento prévio da Secretaria Geral do Conselho de Segurança Nacional.

¹ Referente a lançamento e colocação em órbita de satélites, veículos, aeronaves, entre outras atividades, nas quais não estão incluídas a produção ou a comercialização desses itens, ou de seus acessórios.

- Há, ainda, restrições à participação do capital estrangeiro em instituições financeiras, embora tais restrições possam ser afastadas por interesse nacional. Essa matéria deve ser regulamentada em lei complementar, inclusive para as sociedades seguradoras.
- A exploração de serviços aéreos públicos, para operação de transporte regular, depende de prévia concessão. De acordo com a legislação, tal concessão, por sua vez, somente é dada a pessoas jurídicas brasileiras (entendidas como aquelas que possuem sede e administração no Brasil), e em que pelo menos 80% do capital com direito a voto pertença a brasileiros, prevalecendo essa limitação nos eventuais aumentos do capital social. Ademais, a administração de tais empresas deve ser conferida exclusivamente a brasileiros. Por fim, o ingresso de capital estrangeiro, dentro do limite de 20% das ações com direito a voto, admitido pela legislação, depende de aprovação das autoridades aeronáuticas.
- Há restrições ao investimento estrangeiro na propriedade e administração de jornais, revistas e outras publicações, bem como de redes de rádio e televisão².
- Empresas brasileiras, ainda que sob controle estrangeiro, podem solicitar e obter permissão para operar no setor de mineração.
- A Lei nº 9.074/95 definiu que a Lei de Concessões (Lei nº 8.987/95) se aplica à participação de empresas privadas na geração e transmissão de energia elétrica e na exploração de estações aduaneiras e terminais alfandegários, auto-estradas e barragens, não existindo qualquer restrição quanto à participação de capital estrangeiro nessas empresas.

² Foi assinada em 28.05.2002 a Emenda Constitucional nº 36/02, que modifica a redação do art. 222 da Constituição Federal. Segundo a nova redação do referido artigo, é obrigatório que ao menos 70% do capital total e do capital votante das empresas jornalísticas e de radiodifusão pertença, direta ou indiretamente, a brasileiros natos ou naturalizados há mais de 10 anos, permitindo-se a participação de estrangeiros em até 30% do capital total e votante dessas empresas. Também a cargo de brasileiros natos ou naturalizados há mais de 10 anos ficam a gestão de atividades e o estabelecimento do conteúdo da programação.

4. O Regime Cambial Brasileiro

Apesar de não ser um país com liberdade cambial total, devido ao controle centralizado do câmbio exercido pelo Banco Central do Brasil (Bacen), o regime cambial brasileiro vem se liberalizando ao longo dos últimos anos, de forma que quase todo tipo de transferência do e para o exterior encontra uma forma de ser cursada.

O Regime Cambial Brasileiro foi alterado recentemente, por meio da Resolução CMN nº 3.265, de 4 de março de 2005, passando o mercado de câmbio de taxas livres, o mercado de câmbio de taxas flutuantes e as transferências internacionais de reais (TIR) a compreender um mercado único que abrange as operações de câmbio, TIR e ouro-instrumento cambial.

No novo mercado de câmbio unificado são realizadas todas as operações de câmbio necessárias para viabilização do comércio exterior do país (importações e exportações). São, também, realizadas as transferências decorrentes dos ingressos e saídas de recursos passíveis de registro junto ao Bacen. Tais recursos são registrados no Bacen, mecanismo este criado ainda nos anos 60, para possibilitar ao não-residente no Brasil registrar o capital que está ingressando no país, sendo que tal registro será por ele utilizado para amparar as futuras remessas, também registradas, que poderão ser originadas pelos recursos ingressados (i.e. pagamento de juros, dividendos ou repatriação do capital investido). Exemplos de recursos que podem ser registrados junto ao Bacen são os empréstimos externos, os investimentos diretos em sociedades sediadas no país e os investimentos no mercado de capitais realizados por investidores institucionais.

Com relação às transferências para o exterior e à compra de moeda estrangeira, a nova regulamentação permite maior liberdade às transações, tendo em vista que aboliu os limites de valor anteriormente determinados pelo Bacen. Além disso, também não há mais a necessidade de se enquadrarem as transações nas formas preestabelecidas pela regulamentação do Bacen. Basta à transação ser legal e lastreada por documentação que defina responsabilidades e tenha fundamentação econômica.

Além da maior liberdade nas transações, desde 1996, com a implantação progressiva de um sistema eletrônico de registro de operações de câmbio, as operações de investimento e empréstimo estrangeiro cursadas no antigo mercado de câmbio de taxas livres passaram a ser registradas de forma declaratória e por meio eletrônico, através de um sistema acessado via Internet, dispensando o procedimento de autorização prévia que era requerido para algumas operações.

Finalmente, as TIR passaram a observar os mesmos critérios, disposições e exigências estabelecidos para as operações de câmbio em geral e as orientações específicas previstas na regulamentação, não sendo mais possível a utilização de conta de terceiros (instituições financeiras do exterior) para creditar valores em reais para a posterior remessa ao exterior.

5. Formas de Associação

5.1. Aspectos Gerais

Encontram amparo no sistema jurídico brasileiro algumas formas de associação que conduzem os interessados à constituição de pessoas jurídicas, enquanto outras formas de associação não são dotadas de personalidade e, assim, nem sempre conduzem à constituição de uma sociedade. Em relação a esta última espécie, destacam-se os consórcios ou outras formas de negócios jurídicos em que as partes não se desvinculam de sua personalidade individual. De outra parte, as sociedades são constituídas mediante contrato escrito, particular ou público, no qual o desejo das partes contratantes pode levá-las à constituição de sociedades personificadas ou não-personificadas. Dentre estas últimas, encontram-se a sociedade em comum e a sociedade em conta de participação.

Com relação às sociedades personificadas, encontram-se previstas, na legislação brasileira, os seguintes tipos: sociedade simples, sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples, sociedade limitada, sociedade anônima e sociedade em comandita por ações.

A lei confere personalidade jurídica a essas sociedades após o registro no competente registro público, considerando-as, assim, entidades de direito com patrimônios e limites de responsabilidades distintos dos de seus sócios.

A legislação brasileira ainda contempla as associações, as fundações e as cooperativas, formas associativas estas que, seja por não visarem lucro, seja pelas características particulares de sua constituição, seja ainda pelo seu objeto social, independentemente de apresentarem resultado positivo; diferenciam-se das sociedades empresárias.

É importante ressaltar que, com exceção das sociedades anônimas, todos os demais tipos societários existentes na legislação brasileira podem indistintamente ter a natureza de sociedades simples ou de sociedades empresárias, o que deve, entretanto, ficar expresso em seu contrato social desde a sua constituição, sendo as sociedades simples registradas no Registro Civil de Pessoas Jurídicas e as sociedades empresárias nas juntas comerciais.

5.1.1. Sociedade Anônima

A sociedade anônima ou companhia, caracterizada pelo artigo 1.088 do Código Civil e regulada pela Lei nº 6.404, de 15.12.1976, parcialmente alterada pela

Lei nº 9.457, de 05.06.1997 e pela Lei nº 10.303, de 31.10.2001, é uma sociedade empresária por definição legal, com seu capital social representado por ações que circulam livremente. É, por excelência, uma sociedade de capital, na busca da realização de lucros a serem distribuídos aos seus acionistas, a título de dividendos ou mesmo de juros sobre capital próprio.

A sociedade anônima é identificada por uma denominação, sendo que o nome escolhido deve ser precedido ou sucedido pela expressão "Sociedade Anônima", por extenso ou abreviadamente (S.A.), ou, ainda, anteposto da palavra "Companhia" por extenso ou abreviado "Cia". Além disso, pode-se empregar na denominação um nome próprio, do fundador ou de pessoa que se queira homenagear. A denominação pode indicar os fins sociais, ou o ramo explorado, mas tal indicação não é obrigatória.

Existem duas espécies de sociedades anônimas: a companhia aberta, que capta recursos junto ao público e está sob a fiscalização da Comissão de Valores Mobiliários; e a companhia fechada, que obtém seus recursos entre os próprios acionistas ou subscritores.

O capital social é representado por títulos denominados ações. Conforme a natureza dos direitos ou vantagens que confirmam a seus titulares, as ações podem ser ordinárias, preferenciais ou de fruição.

As ações ordinárias conferem ao seu titular, além dos direitos essenciais, também o direito de voto, enquanto as ações preferenciais, conferindo ao seu titular vantagens especiais, podem restringir ou suprimir o direito de voto. As ações de fruição resultam no direito de continuar, quando da amortização, participando dos resultados sociais de ações ordinárias ou preferenciais, sem redução do capital.

Os acionistas, por meio de Acordos de Acionistas, podem se compor entre si a respeito da compra e venda de suas ações, da preferência para sua aquisição, ou do exercício do direito de voto. As obrigações assumidas nesses Acordos são passíveis de execução específica e devem ser respeitadas pela Companhia.

A sociedade anônima pode ser administrada por uma Diretoria e por um Conselho de Administração, ou só por uma Diretoria, conforme vier a determinar a lei, ou o Estatuto Social.

O Conselho de Administração é um órgão de deliberação colegiada, facultativo para as companhias fechadas e obrigatório para as companhias abertas, ou de capital autorizado, que deve ser composto por, no mínimo, 03 (três) membros, que devem ser acionistas pessoas físicas, podendo ou não ser residentes no país.

A Diretoria é o órgão executivo da sociedade anônima. A ela compete a representação da sociedade e a prática de todos os atos necessários ao seu funcionamento regular. Este órgão é composto de, no mínimo, 02 (dois) diretores, acionistas ou não, pessoas físicas necessariamente residentes no país, com um prazo de gestão máximo de três anos.

Aos acionistas, faculta-se o exercício da fiscalização por meio do Conselho Fiscal. O Conselho Fiscal tem por função precípua, a fiscalização das contas e da gestão sociais. O seu funcionamento pode ser permanente ou eventual e a sua instalação se prende ao desejo da sociedade de estabelecer um controle mais rigoroso sobre os atos praticados pela administração. Quando instalado, o Conselho Fiscal é composto de, no mínimo, 03 (três) e, no máximo, 05 (cinco) membros, com igual número de suplentes, acionistas ou não, eleitos pela Assembléia Geral. Em casos especiais, pode haver representações específicas para determinada espécie de acionistas.

5.1.2. Sociedade Limitada

A sociedade limitada está regulada pelos artigos 1.052 a 1.087 do Código Civil e pode adotar a forma de sociedade simples ou sociedade empresária, conforme o objeto social, assim como sua definição como sociedade empresária.

A sociedade limitada é constituída mediante um contrato social, e possui sócios de responsabilidade limitada, uma vez que cada sócio tem sua responsabilidade restrita ao valor de suas quotas. Entretanto, todos respondem solidariamente pela integralização do capital social.

Esse tipo de sociedade, pelo Novo Código Civil, passou a ter estrutura orgânica, sendo órgãos sociais a Reunião de Sócios, a Administração e o Conselho Fiscal, todos fixados pelos sócios no próprio contrato social. A reunião de sócios (ou assembléia de sócios) é um órgão de deliberação colegiada composto pelo quadro social, que deve se reunir sempre que a lei ou o contrato assim o exigir. A administração é exercida por uma ou mais pessoas, quotistas ou não, indicadas no contrato social ou eleitas pela reunião ou assembléia de quotistas, quando se estabelece o prazo, determinado ou não, do mandato.

O capital social é dividido em quotas sociais. A quota representa o contingente em moeda, créditos, direitos ou bens com os quais o sócio contribui para formação do capital da sociedade. As quotas são necessariamente nominativas e não se fazem representar por títulos de crédito. A titularidade das respectivas quotas sociais deve estar expressa no contrato social, de modo que qualquer alienação dessas quotas sociais implica automaticamente a modificação do

contrato social. Nas reuniões ou assembléias de sócios, as deliberações de que redunde modificação do contrato social ou ato reorganizatório da pessoa da sociedade depende de votos favoráveis que representem 3/4 (três quartos), no mínimo, do capital social.

Regras Comuns às Sociedades Anônimas e às Sociedades Limitadas

As operações societárias de Transformação, Incorporação, Fusão e Cisão podem ser formalizadas tanto pelas sociedades anônimas como pelas sociedades limitadas, estando reguladas pelos artigos 1.113 a 1.122 da Lei nº 10.406, de 10.01.2002 (Código Civil), além dos artigos 220 a 234 da Lei Especial nº 6.404, de 15.12.1976 (Lei da S.A.).

A transformação é a operação mediante a qual a sociedade passa, independentemente de dissolução, de um tipo societário para outro, devendo observar nessa passagem a forma correspondente àquela do novo tipo.

A incorporação é a operação através da qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que as sucede em todos os direitos e obrigações.

A fusão, por sua vez, é a operação pela qual duas ou mais sociedades se unem, visando à formação de uma sociedade nova, que sucede as anteriores em todos os direitos e obrigações, uma vez que as sociedades anteriores são extintas.

A cisão é a operação mediante a qual a sociedade transfere parcelas ou a totalidade do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, formadas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se, por sua vez, a sociedade cindida, caso haja versão total de seu patrimônio, ou reduzindo-se o seu capital, caso haja versão parcial de seu patrimônio.

5.1.3. Outros Tipos Societários e Formas Associativas

Devido à limitação total ou parcial de responsabilidade de que se revestem, os demais tipos societários existentes são de rara utilização, mas podem tornar-se interessantes sob determinadas circunstâncias negociais. Assim, serão feitas algumas considerações a respeito daqueles tipos societários, que por vezes são adotados.

5.1.3.1. Sociedade em Comandita Simples, ou por Ações

As sociedades em comandita têm duas categorias de sócios: os de responsabilidade ilimitada, a quem competem os atos de administração e representação social, que são denominados comanditados, e os comandatários, que têm a responsabilidade de ser obrigados somente pelo valor de seu quinhão de participação, representado por quotas sociais na sociedade em comandita simples e por ações na sociedade em comandita por ações.

Nas sociedades em comandita simples, a participação dos sócios comanditados é também representada por quotas sociais, mas, em relação à responsabilidade, aplicam-se as normas da sociedade em nome coletivo, portanto ilimitada e solidária.

A sociedade em comandita por ações rege-se pelos artigos 1.090/1.092 do Código Civil e por um capítulo especial da Lei de Sociedade por Ações (artigos 280/284) e tem, para ambos os tipos de sócios, a sua respectiva participação representada por ações.

5.1.3.2. Sociedade em Nome Coletivo

Este tipo societário caracteriza-se pela responsabilidade ilimitada e solidária de todos os sócios que compõem a sociedade.

Sendo assim, só existe uma categoria de sócios: os sócios solidários. Embora solidários entre si, tais sócios respondem pelas obrigações sociais, não de forma subsidiária. Dessa forma, os seus bens não podem ser executados, a não ser que esgotados os bens da sociedade.

A administração social cabe a todos os sócios, desde que não haja no instrumento do contrato, designação específica do sócio que vai exercê-la. Em existindo tal designação, o sócio tem o direito de utilizar privativamente a firma ou a razão social.

O nome empresarial da sociedade em nome coletivo é composto por firma ou razão social composta pelo nome de um, alguns ou todos os sócios, acrescentando-se a expressão "& Cia", quando não houver referência expressa aos nomes de todos os sócios.

5.1.3.3. Sociedade em Conta de Participação

A sociedade em conta de participação é composta por duas categorias de sócios: o sócio ostensivo e o sócio participante. A sociedade em conta de participação é uma sociedade não-personificada, ou seja, não adquire personalidade jurídica, mesmo que registrada.

Como a conta de participação tem por objeto determinado empreendimento, a duração da sociedade se dá por um período de tempo determinado, visando ao atendimento das determinadas operações mercantis.

Além do sócio ostensivo, há a categoria formada pelos sócios participantes, que contribuem com o capital ou outro aporte necessário ao empreendimento, obrigando-se exclusivamente perante o sócio ostensivo, nos termos do respectivo contrato social, e desse tomando-se credores na forma do contrato. Em caso de quebra de sócio ostensivo, os sócios participantes tornam-se seus credores quirografários.

A constituição de uma sociedade em conta de participação não está sujeita a maiores formalidades além do contrato social, podendo ademais ser provada por todos os meios de prova admitidos na legislação brasileira. É, portanto, uma sociedade que existe apenas entre os sócios e não perante terceiros, sendo que estes tratam exclusivamente com o sócio ostensivo, que responde perante eles.

A administração da sociedade em conta de participação cabe exclusivamente ao sócio ostensivo, pois é dele a responsabilidade pelos negócios da sociedade, cabendo-lhe ao final do prazo, ou na periodicidade contratual, prestar contas aos sócios participantes.

5.1.4. Consórcio

No sentido etimológico da palavra, consórcio significa união, combinação, associação. Mas no sentido que lhe empresta a legislação sobre sociedades anônimas, o consórcio é um tipo de associação de empresas com o objetivo de desenvolver determinado empreendimento.

O consórcio se configura com um contrato entre duas ou mais sociedades, não perdendo as consorciadas sua própria autonomia. Conservam as sociedades, então, a sua personalidade jurídica, conjugando seus esforços para a obtenção de certos objetivos.

Embora se baseie esse tipo de associação em um contrato, ela não se reveste de personalidade jurídica, razão pela qual as empresas que formam o consórcio somente se obrigam nas condições previstas no respectivo pacto firmado entre elas, respondendo cada qual por suas obrigações, sem a presunção de solidariedade, a única exceção residindo nos efeitos da relação de emprego.

O contrato de consórcio deve ser aprovado pelas companhias signatárias em assembléia geral, em se tratando de sociedades anônimas, ou dos respectivos órgãos competentes, se as sociedades signatárias não forem sociedades anônimas.

Do contrato a ser firmado pelas sociedades devem constar os seguintes tópicos:

- designação do consórcio, no caso de haver designação;
- o empreendimento que será objeto do consórcio;
- a duração, endereço e o foro;
- a definição de obrigações e responsabilidades das sociedades participantes, assim como das prestações;
- as normas de recebimento de receitas e partilhas dos resultados;
- as normas de administração do consórcio, contabilização, representação das sociedades consorciadas e a taxa de administração, no caso de haver taxa;
- a forma de deliberação dos assuntos de interesse comum, bem como o número de votos que caberá a cada um dos consorciados;
- a contribuição que cada consorciado fará para as despesas comuns, se houver.

O contrato e, eventualmente, suas posteriores alterações deverão ser arquivados perante a Junta Comercial do local de sua sede, devendo a certidão de referido arquivamento ser publicada no órgão oficial da União ou do Estado, e igualmente em outro jornal de grande circulação.

5.2. Procedimento para Registro

Existem no Brasil dois tipos de registros públicos de sociedades: (i) o Registro de Empresas, destinado ao arquivamento dos atos das sociedades empresárias (além da inscrição dos empresários individuais e da matrícula dos prepostos dos empresários e demais agentes auxiliares), efetuado pelas Juntas Comerciais, que são órgãos de jurisdição estadual; e (ii) o Registro Civil, destinado ao registro dos atos das sociedades simples, é efetuado pelos cartórios de Registro Civil das Pessoas Jurídicas, que são órgãos de jurisdição nas comarcas a que pertencem.

5.2.1. O Registro de Empresas

O Registro de Empresas, que tem como órgãos executores as Juntas Comerciais (uma por unidade da Federação), é de caráter obrigatório para todos aqueles que exercem atividades consideradas empresariais (empresários e sociedades empresárias), e que tenham o exercício profissional das atividades econômicas de produção ou circulação de bens ou serviços exercido mediante a organização dos meios de produção característica da empresa.

Além das Sociedades Anônimas, que o são por força de lei, também serão empresárias a Sociedade em Nome Coletivo, a Sociedade em Comandita Simples e a Sociedade Limitada, desde que o seu objeto social contenha atividades consideradas empresariais (atividades econômicas de produção ou circulação de bens ou serviços realizados mediante organização característica de empresa) e, dessa forma, deverão obrigatoriamente arquivar seus atos societários na respectiva Junta Comercial do Estado em que tiverem a sua sede social, assim como naquelas dos Estados em que vierem a abrir filiais.

Sendo assim, o tipo societário escolhido para a sociedade, a enunciação clara e precisa de seu objeto social e a caracterização de sua condição de empresária devem nortear os interessados ao registro da sociedade perante a Junta Comercial ou o Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

O pedido de arquivamento dos atos constitutivos das sociedades anônimas é instruído, obrigatoriamente, com os seguintes documentos:

- Escritura Pública ou Ata de Assembléia Geral de Constituição, contendo a qualificação completa dos subscritores e evidência de subscrição de todo o capital social;
- Apresentação de comprovante de depósito bancário efetuado no Banco do Brasil, em valor equivalente a, no mínimo, 10% (dez por cento) do valor do capital social subscrito, para pagamento em dinheiro;
- Estatuto Social assinado por todos os subscritores;
- Boletim de Subscrição do capital social, assinado pelos subscritores originais ou pelos membros da mesa dirigente da assembléia, mencionando nome por extenso, nacionalidade, estado civil, profissão, residência e domicílio, número de ações subscritas e o total da entrada;
- Procuração outorgada por acionista residente ou sediado no exterior, assinada perante notário público no país de origem, legalizada em Consulado Brasileiro, traduzida por tradutor público juramentado no Brasil e registrada em Cartório de Registro de Títulos e Documentos;
- Prova da existência do acionista residente no exterior;

- Cópia autenticada dos documentos de identidade dos Diretores e Conselheiros eleitos;
- Formulários devidamente preenchidos com os dados da empresa e de seus acionistas, assim como a apresentação das guias de recolhimento das taxas devidas para o arquivamento.

O arquivamento dos instrumentos de constituição e posteriores alterações das demais sociedades empresariais deverão, da mesma forma, serem apresentados à Junta Comercial do Estado onde se localiza a sede da respectiva sociedade, através de requerimento datado e assinado por qualquer dos sócios, por procuradores ou pessoas legalmente habilitadas.

Em geral, o pedido de arquivamento à Junta Comercial dos atos constitutivos das demais sociedades empresariais serão instruídos com os seguintes documentos:

- Três vias originais do contrato social rubricadas e assinadas por todos os sócios e duas testemunhas;
- Traslado ou certidão, quando o contrato social houver sido celebrado por instrumento público;
- Cópias autenticadas dos documentos de identidade dos sócios;
- Procuração outorgada por sócio residente ou sediado no exterior, assinada perante notário público no respectivo país de origem, legalizada perante Consulado Brasileiro, traduzida por tradutor público juramentado no Brasil e registrada em Cartório de Registro de Títulos e Documentos;
- Prova da existência do sócio domiciliado ou com sede no exterior;
- Declaração pessoal de desimpedimento ao exercício da atividade empresarial, assinada por cada sócio ou administrador da sociedade, que pode ser feita no próprio contrato social ou em instrumento em separado;
- Formulários devidamente preenchidos com os dados da sociedade e de seus sócios, assim como a apresentação das guias de recolhimento das taxas devidas para o arquivamento.

5.2.2. O Registro Civil de Pessoas Jurídicas

A sociedade simples, assim entendida como sendo aquela que não adota a forma de sociedade anônima ou que, adotando outros tipos de associação, não tem por objeto atividades privativas de empresário, deve registrar seus atos constitutivos em Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

Para o registro do respectivo ato constitutivo, a sociedade simples deve apresentar requerimento ao cartório, ao qual devem ser anexados os seguintes documentos:

- O ato constitutivo ou respectivas alterações do contrato social, devidamente assinados pelos seus sócios;
- Cópias autenticadas dos documentos de identidades dos sócios;
- Procuração outorgada por sócio residente no exterior, assinada perante notário público no país de origem, devidamente legalizada em Consulado Brasileiro, traduzida por tradutor público juramentado no Brasil e registrada perante Cartório de Registro de Títulos e Documentos no Brasil.

Os contratos sociais de constituição das sociedades simples somente podem ser arquivados nos Cartórios de Registro Civil das Pessoas Jurídicas se estiverem devidamente vistados por um advogado.

6. Companhias Abertas

6.1. Generalidades

A Lei nº 6.404/76, também conhecida como Lei de Sociedades por Ações, distingue dois tipos de companhias: as companhias fechadas e as companhias abertas. As companhias abertas têm seus valores mobiliários admitidos à negociação no mercado de valores mobiliários, sendo-lhes permitido captar recursos junto ao público investidor.

Em razão da possibilidade de captar recursos junto ao público investidor, as companhias abertas submetem-se a uma série de obrigações específicas, impostas por lei e dispositivos regulamentares, expedidos, principalmente, pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

A CVM é uma autarquia federal, vinculada ao Ministério da Fazenda, criada pela Lei nº 6.385/76, tendo por objetivo a normatização, a regulamentação, o desenvolvimento, o controle e a fiscalização do mercado de valores mobiliários no Brasil. Após as alterações inseridas pela Lei nº 10.303/01, as atribuições da CVM passaram a incidir também sobre as Bolsas de Mercadorias e Futuros, as entidades do mercado de balcão organizado e as entidades de compensação e liquidação de operações com valores mobiliários. A CVM é uma entidade autárquica que opera em regime especial, pois, apesar de sua vinculação ao Ministério da Fazenda, possui autoridade administrativa independente, sendo dotada de ausência de subordinação hierárquica, autonomia financeira e orçamentária, e de dirigentes com mandato fixo e estabilidade.

Uma das finalidades da CVM é a proteção ao investidor, tendo como objetivo estimular, através de diversos mecanismos de controle e fiscalização, a aplicação de poupança no mercado acionário e financeiro.

Assim, enquanto as companhias fechadas têm grande liberdade para estabelecer suas regras de funcionamento da forma que melhor atenda aos interesses de seus acionistas, as companhias abertas, por poderem captar recursos junto aos investidores em geral, submetem-se a determinadas restrições, gozando de menor flexibilidade para a elaboração de regras próprias de funcionamento.

As companhias abertas devem obter o registro na CVM para a negociação de valores mobiliários em bolsa de valores ou mercado de balcão, além de cumprir com os requisitos de registro nessas instituições, conforme o caso.

Vale notar ainda que a CVM pode classificar as companhias abertas em diversas categorias, de acordo com as espécies e classes dos valores mobiliários por ela emitidos e admitidos à negociação no mercado, especificando as normas aplicáveis a cada uma dessas categorias, embora essa prerrogativa ainda não tenha sido exercida.

Adicionalmente, cumpre mencionar que apenas as companhias abertas poderão emitir recibos de depósitos (DRs), isto é, certificados representativos de suas ações, para negociação no mercado externo, possibilitando a captação de recursos de investidores estrangeiros.

6.2. Mercado de Valores Mobiliários

O denominado Mercado de Valores Mobiliários é o segmento do sistema financeiro brasileiro que engloba, entre outras, as diversas operações com os valores mobiliários de emissão das companhias abertas, como as ações, as debêntures, os bônus de subscrição e as notas promissórias para distribuição pública. A Lei nº 6.385/76 relaciona todos os valores mobiliários que se encontram inseridos no Mercado de Valores Mobiliários e que se encontram sujeitos à supervisão da CVM.

As operações envolvendo os valores mobiliários de emissão das companhias abertas podem ser realizadas nas bolsas de valores ou nos mercados de balcão (organizado ou não), sendo a CVM o principal órgão regulador.

As bolsas de valores, regulamentadas pela Resolução nº 2.690/00 do Conselho Monetário Nacional, podem ser constituídas sob a forma de associações civis ou sociedades anônimas e, dentre outras obrigações, devem manter um local ou sistema adequado para a realização de operações de compra e venda de títulos e/ou valores mobiliários, em mercado livre e aberto, especialmente organizado e fiscalizado pela própria bolsa, pelas sociedades membros e pelas autoridades competentes.

O mercado de balcão organizado, por sua vez, consiste em um sistema de negociação de títulos e valores mobiliários, através do qual são negociados valores mobiliários de companhias abertas que não têm registro em bolsas de valores. O sistema de negociação é mantido por entidade auto-reguladora, encarregada de supervisionar e fiscalizar os participantes do mercado e as operações realizadas. O registro de ativos para negociação em balcão organizado é mais simples do que o registro para bolsa de valores e, na prática, as ações negociadas em mercado de balcão organizado apresentam menor liquidez quando comparadas àquelas negociadas em bolsas de valores.

Quando não estiverem registradas em bolsas de valores ou mercado de balcão organizado, as companhias abertas podem ter suas ações negociadas no chamado mercado de balcão não-organizado, que consiste nas operações realizadas diretamente entre as corretoras de valores mobiliários, sem a supervisão de uma entidade auto-reguladora.

6.3. Administração

As companhias abertas têm, obrigatoriamente, estrutura dúplice de administração, composta pela Diretoria e pelo Conselho de Administração, diferentemente do que ocorre com as companhias fechadas, nas quais a adoção de Conselho de Administração é, em regra, facultativa.

O Conselho de Administração, com funções deliberativas de supervisão e de ordenação interna, deve ser constituído por, no mínimo, três membros, eleitos pela assembléia geral ordinária da companhia entre seus acionistas, os quais poderão ser residentes no exterior, sendo que estes deverão, obrigatoriamente, constituir um representante residente no país, para receber citações em ações contra ele propostas, com base na legislação societária.

A Lei de Sociedades por Ações confere aos titulares de ações de emissão de companhia aberta, representativas de, no mínimo, 15% do total das ações com direito a voto, o direito de eleger e destituir um membro do Conselho de Administração (e seu suplente), mediante votação em separado na assembléia geral ordinária.

Outra forma de votação em separado garantida pela Lei das Sociedades por Ações estabelece que os titulares de ações preferenciais sem direito a voto ou com voto restrito de emissão de companhia aberta, representativas de, pelo menos, 10% do capital social, terão o direito de eleger e destituir um membro do Conselho de Administração (e seu suplente), desde que não tenham exercido o direito, previsto no estatuto social da companhia, de eleger membro do Conselho de Administração. Em ambos os casos, para que seja exercido o direito de votação em separado, os minoritários devem comprovar a titularidade ininterrupta das participações societárias exigidas por um período mínimo de três meses imediatamente anteriores à realização da assembléia geral para eleição dos conselheiros.

Por fim, na hipótese de os titulares de ações com direito a voto e os titulares de ações preferenciais sem direito a voto ou com voto restrito não perfazerem os percentuais exigidos nos casos acima, é admitido que esses acionistas, em conjunto (desde que representem, no mínimo, 10% do capital social da

companhia), elejam um membro do Conselho de Administração (e seu suplente).

A Diretoria é o órgão executivo das companhias, competente para a gestão interna dos negócios e representação, privativa, da companhia. A Diretoria deve ser composta de no mínimo 2 (dois) membros, eleitos pelo Conselho de Administração, caso exista, ou pela assembléia geral. Os diretores devem ser residentes no Brasil, não sendo a condição de acionista obrigatória, e poderão ser membros do Conselho de Administração, até o máximo de um terço da composição desse órgão.

Vale mencionar ainda que, para que as companhias abertas possam negociar seus valores mobiliários no mercado de balcão e/ou em bolsas de valores, além da obrigatoriedade da existência de um Conselho de Administração, a companhia deve atribuir a um diretor a função de diretor de relações com os investidores, o qual será o responsável pela prestação de informações ao público investidor, à CVM e, caso a companhia tenha registro em bolsa de valores ou em mercado de balcão organizado, a estas entidades, bem como por manter atualizado o registro da companhia, conforme determina a Instrução CVM nº 202/93.

Além dos órgãos mencionados, as companhias devem constituir um Conselho Fiscal, que é um órgão de assessoramento da assembléia geral nos assuntos relacionados à regularidade da administração da companhia. O Conselho Fiscal é um instrumento para a fiscalização, pelos acionistas, da gestão da sociedade. Ele pode funcionar permanentemente ou somente quando for solicitada sua instalação pelos acionistas.

6.4. Informações Periódicas e Demais Informações

As companhias abertas estão sujeitas à obrigatoriedade de divulgação e/ou comunicação de diversas informações relativas aos seus negócios.

Sem prejuízo das determinações de realização de publicações estabelecidas pela Lei de Sociedades por Ações e aplicáveis a todas as companhias, uma vez concedido o registro de companhia aberta, a sociedade que obtiver este registro deve prestar informações periódicas à CVM, à bolsa em que seus valores mobiliários foram originalmente admitidos para negociação, à bolsa em que foram mais negociados no último exercício social e às outras bolsas que assim solicitarem (Instrução CVM nº 202/93).

As principais informações periódicas, que deverão ser prestadas nos prazos e na forma estabelecidos na regulamentação pertinente, consistem em:

- demonstrações financeiras e, se for o caso, demonstrações consolidadas, elaboradas conforme a Lei de Sociedades por Ações e a regulamentação da CVM, acompanhadas de relatório da administração e de parecer de auditor independente;
- formulário de Demonstrações Financeiras Padronizadas – DFP;
- edital de convocação da assembléia geral ordinária;
- formulário de Informações Anuais – IAN;
- sumário das decisões tomadas na assembléia geral ordinária;
- ata da assembléia geral ordinária;
- fac-símile dos certificados dos valores mobiliários emitidos pela companhia, sempre que houver alteração nos mesmos; e
- formulário de Informações Trimestrais – ITR, acompanhado de Relatório de Revisão Especial emitido por auditor independente.

Além das informações mencionadas acima, também deverão ser prestadas informações eventuais, na forma e nos prazos estabelecidos na regulamentação aplicável, que consistem, primordialmente, em:

- edital de convocação de assembléia geral extraordinária;
- sumário das decisões tomadas nas assembléias gerais extraordinárias;
- ata da assembléia geral extraordinária;
- acordo de acionistas;
- convenção de Grupo de Sociedades;
- comunicação sobre ato ou fato relevante;
- informação sobre pedido de concordata, seus fundamentos, demonstrações financeiras especialmente levantadas para obtenção do benefício legal e, se for o caso, sobre a situação dos debenturistas quanto ao recebimento das quantias investidas;
- sentença concessiva da concordata;
- informação sobre pedido ou confissão de falência;
- sentença declaratória de falência; e
- outras informações solicitadas pela CVM.

No que se refere à comunicação sobre ato ou fato relevante, a Instrução CVM nº 358/02 define como relevante todo ato ou fato relacionado aos negócios da companhia (incluindo qualquer decisão de acionista controlador, deliberação da assembléia geral ou dos órgãos da administração da companhia) que possa influenciar (i) na cotação dos valores mobiliários de emissão da companhia; ou (ii) na decisão dos investidores em negociar com aqueles valores mobiliários ou em mantê-los; ou (iii) na determinação de os investidores

exercerem quaisquer direitos inerentes à condição de titular de valores mobiliários emitidos pela companhia.

Alguns exemplos de ato ou fato potencialmente relevantes são indicados pela própria Instrução CVM nº 358/02:

- assinatura de acordo ou contrato de transferência do controle acionário da companhia, ainda que sob condição suspensiva ou resolutiva;
- mudança no controle da companhia, inclusive através de celebração, alteração ou rescisão de acordo de acionistas;
- celebração, alteração ou rescisão de acordo de acionistas em que a companhia seja parte ou interveniente, ou que tenha sido averbado no livro próprio da companhia;
- ingresso ou saída de sócio que mantenha, com a companhia, contrato ou colaboração operacional, financeira, tecnológica ou administrativa;
- autorização para negociação dos valores mobiliários de emissão da companhia em qualquer mercado, nacional ou estrangeiro;
- decisão de promover o cancelamento de registro da companhia aberta;
- incorporação, fusão ou cisão envolvendo a companhia ou empresas ligadas;
- transformação ou dissolução da companhia;
- mudança na composição do patrimônio da companhia;
- mudança de critérios contábeis;
- renegociação de dívidas;
- aprovação de plano de outorga de opção de compra de ações;
- alteração nos direitos e vantagens dos valores mobiliários emitidos pela companhia;
- desdobramento ou grupamento de ações ou atribuição de bonificação;
- aquisição de ações da companhia para permanência em tesouraria ou cancelamento, e alienação de ações assim adquiridas;
- declaração de lucro ou prejuízo da companhia e a atribuição de proventos em dinheiro;
- celebração ou extinção de contrato, ou insucesso na sua realização, quando a expectativa de concretização for de conhecimento público;
- aprovação, alteração ou desistência de projeto ou atraso em sua implantação;
- início, retomada ou paralisação da fabricação ou comercialização de produto ou da prestação de serviço;
- descoberta, mudança ou desenvolvimento de tecnologia ou de recursos da companhia;
- modificação de projeções divulgadas pela companhia;
- impetração de concordata, requerimento ou confissão de falência ou propositura de ação judicial que possa vir a afetar a situação econômico-financeira da companhia.

Sempre que entender necessário, a CVM pode determinar que se faça a divulgação, correção, aditamento ou republicação de informações sobre ato ou fato relevante referente à companhia aberta.

Da mesma forma, tanto a CVM quanto a bolsa de valores ou a entidade do mercado de balcão organizado em que os valores mobiliários de emissão da companhia sejam admitidos à negociação podem requerer que o diretor de relações com os investidores forneça esclarecimentos adicionais à comunicação e/ou à divulgação de ato ou fato relevante.

Em alguns casos, excepcionalmente, as informações periódicas ou eventuais, inclusive os atos ou fatos relevantes, podem deixar de ser divulgados se os acionistas controladores ou os administradores da companhia concluírem que sua revelação coloca em risco interesse legítimo da companhia, desde que a respectiva informação não tenha escapado ao controle ou que tenha sido verificada oscilação atípica na cotação, preço ou quantidade negociada dos valores mobiliários de emissão da companhia aberta ou a eles referentes. Nesses casos, a companhia deve apresentar à CVM as razões que a levaram a considerar que a revelação coloca em risco interesse legítimo da companhia.

A CVM deve, ainda, estar sempre informada a respeito dos dados cadastrais da companhia e de qualquer modificação havida nos mesmos.

Tais informações, além de apresentadas à CVM, devem permanecer à disposição dos titulares dos valores mobiliários, no departamento de acionistas da companhia, e são colocadas pela CVM à disposição do público, ressalvadas aquelas classificadas como confidenciais pela companhia.

Outro ponto que merece especial atenção consiste no fato de que, as publicações de informações exigidas das companhias abertas, devem ser realizadas sempre em jornal de grande circulação, editado na localidade em que se situe a bolsa de valores na qual, nos dois últimos exercícios sociais, se tenha verificado maior quantidade de negócios com os valores mobiliários de sua emissão ou na localidade da sede da companhia. Para todas as publicações, a companhia deve utilizar sempre o mesmo jornal de grande circulação.

6.5. Oferta Pública para Aquisição de Ações – OPA

As companhias abertas estão também obrigadas a realizarem Oferta Pública para Aquisição de Ações (OPA), nos termos do disposto pela Lei de Sociedades por Ações e pelas normas da CVM, nos seguintes casos:

- OPA para cancelamento do registro de companhia aberta, a qual é formulada pelo acionista controlador ou pela própria companhia, tendo por objetivo adquirir todas as ações de emissão da companhia com vistas ao cancelamento do registro de companhia aberta (art. 4º, §4º, da Lei de Sociedades por Ações e Instrução CVM nº 361/02);
- OPA por aumento de participação, a qual deve ser realizada em consequência de aumento da participação do acionista controlador no capital social, à porcentagem que, de acordo com as normas da CVM, impeça a liquidez de mercado das ações remanescentes, tendo por objetivo adquirir todas as ações de emissão da companhia, que sejam da classe ou espécie afetadas (art. 4º, §6º, da Lei de Sociedades por Ações e Instrução CVM nº 361/02);
- OPA por alienação de controle, a qual constitui condição de eficácia de negócio jurídico de alienação, direta ou indireta, de controle de companhia aberta, sendo formulada pelo adquirente do controle e tendo por objetivo todas as ações de emissão da companhia com pleno e permanente direito de voto (art. 254-A da Lei de Sociedades por Ações e Instrução CVM nº 361/02).

A OPA, em regra, deve ser dirigida indistintamente aos titulares de ações da mesma espécie e classe daquelas que são objeto da oferta, operacionalizando-se por meio de instrumento publicado, sob a forma de edital, pelo menos uma vez, nos jornais de grande circulação habitualmente utilizados pela companhia, tudo de acordo com a regulamentação expedida pela CVM.

Vale observar ainda que, na hipótese de, ao final do procedimento de OPA, remanescerem em circulação no mercado menos de 5% (cinco por cento) do total das ações emitidas pela companhia, a assembleia geral pode deliberar o resgate dessas ações, retirando-as definitivamente de circulação, pelo mesmo valor estabelecido na OPA.

A OPA deve ser obrigatoriamente realizada em leilão na bolsa de valores ou no mercado de balcão organizado em que as ações objeto da OPA sejam admitidas à negociação, ou, caso não sejam, em bolsa de valores ou em mercado de balcão organizado, à livre escolha do ofertante.

6.6. Ofertas Públicas de Distribuição Primárias e Secundárias

As companhias abertas estão autorizadas a realizar ofertas públicas de distribuição de valores mobiliários nos mercados primário e secundário, desde que obedecidos os requisitos estabelecidos na legislação vigente, especialmente no que se refere à Instrução CVM nº 400/03.

A oferta é considerada primária quando a própria companhia emissora for a ofertante dos valores mobiliários a serem distribuídos publicamente, como forma de captar recursos junto aos investidores, e secundária quando a oferta for realizada por um ou mais acionistas da emissora, como forma de alienar, total ou parcialmente, sua participação no capital social ou seu crédito perante a companhia (de acordo com a espécie de valores mobiliários ofertados). É comum, ainda, a ocorrência de ofertas primária e secundária concomitantemente.

Toda oferta pública de distribuição no território brasileiro deve ser previamente submetida a registro na CVM, observando, para tanto, os requisitos previstos na Instrução CVM nº 400/03, dentre os quais merece especial atenção a apresentação de prospecto, que deve conter informações sobre a oferta, os valores mobiliários ofertados e os direitos que lhes são inerentes, sobre a companhia emissora e sua situação patrimonial, econômica e financeira. O prospecto deve conter informações de forma completa, precisa, verdadeira, atual, clara, objetiva e necessária, em linguagem acessível, de modo que os investidores possam formar criteriosamente a sua decisão de investimento.

A utilização de material publicitário na oferta depende de prévia aprovação da CVM, sendo expressamente vedada a apresentação aos potenciais investidores, em qualquer hipótese, de informações diversas ou inconsistentes com as constantes do prospecto.

Considerando as características específicas da oferta, a CVM pode, em determinadas situações, dispensar o registro da oferta ou alguns de seus requisitos, inclusive publicações, prazos e procedimentos previstos na regulamentação em vigor.

A legislação prevê, ainda, o arquivamento na CVM – apenas por companhias abertas que já tenham efetuado previamente oferta pública de distribuição – de Programas de Distribuição de Valores Mobiliários, como forma de facilitar a análise e concessão do registro em caso de futuras ofertas públicas de distribuição dos referidos valores mobiliários. Para isso, é necessário que, no momento do pedido de registro de nova oferta, seja apresentado um suplemento ao prospecto, bem como versões definitivas dos documentos apresentados sob a forma de minutas, quando do arquivamento do Programa.

É necessário, para a realização da oferta, que o ofertante contrate uma instituição intermediária, que será responsável pela colocação pública dos valores mobiliários. O ofertante pode outorgar à instituição intermediária a opção de distribuição de lote suplementar, de forma que, caso a procura pelos valores mobiliários a serem distribuídos ao público seja superior àquela

esperada, possa ser aumentada sua quantidade, a critério da instituição intermediária, nas mesmas condições e preço dos valores mobiliários inicialmente ofertados. O prospecto deve conter o limite para o exercício dessa opção, que não pode ultrapassar 15% (quinze por cento) da quantidade de valores mobiliários inicialmente ofertada.

Adicionalmente, é possível que o montante de valores mobiliários a serem distribuídos seja aumentado, a critério do ofertante e sem a necessidade de novo pedido de registro ou de modificação dos termos da oferta, em até 20% (vinte por cento) da quantidade inicialmente prevista.

Vale ressaltar que a CVM pode suspender (pelo prazo máximo de 30 dias) ou cancelar, a qualquer tempo, a oferta que esteja sendo processada em condições diversas das previstas na legislação vigente ou no registro, ou, ainda, a oferta que seja considerada ilegal, contrária à regulamentação da CVM ou fraudulenta, mesmo após a obtenção do registro.

6.7. Segmentos Diferenciados de Listagem na Bolsa de Valores de São Paulo – Bovespa

A Bovespa define como Níveis Diferenciados de Governança Corporativa um conjunto de regras de condutas para as companhias, seus administradores e controladores, consideradas importantes para uma boa valorização das ações e outros ativos de emissão da companhia.

Governança corporativa consiste em um conjunto de princípios e práticas que buscam uma minimização dos potenciais conflitos de interesse entre os acionistas da companhia e os responsáveis por sua administração. Três pilares básicos sustentam um eficiente mecanismo de governança corporativa: (i) regras de conduta da companhia, que podem ser estabelecidas por lei ou por contrato (governança corporativa propriamente dita); (ii) nível de transparência das informações relevantes prestadas ao mercado (*disclosure*); e (iii) meios empregados para que estas regras sejam efetivamente cumpridas (*enforcement*).

Atualmente são 4 (quatro) os segmentos especiais de listagem na Bovespa para a negociação de valores mobiliários emitidos por companhias abertas, de acordo com a adesão das companhias aos Níveis Diferenciados de Governança Corporativa da Bovespa, a saber: (i) Nível 1 de Governança Corporativa (Nível 1); (ii) Nível 2 de Governança Corporativa (Nível 2); (iii) Novo Mercado da Bovespa (Novo Mercado); e (iv) Mercado de Ações para Ingresso de S.A.s (Bovespa MAIS).

A adesão voluntária de uma companhia a essas regras, com a conseqüente adoção de práticas de governança corporativa adicionais às exigidas pela legislação e aplicáveis à generalidade das companhias, faz com que tal companhia possa ser listada no Nível 1, no Nível 2 ou no Novo Mercado, dependendo do grau de compromisso assumido perante a Bovespa, ou, ainda, em caso de listagem em mercado de balcão organizado administrado pela Bovespa, no Bovespa MAIS.

A adesão aos Níveis Diferenciados de Governança Corporativa da Bovespa traz diversos benefícios a todos os envolvidos. Aos investidores permite: (i) maior acuidade na precificação das ações; (ii) melhora no processo de acompanhamento e fiscalização dos negócios da companhia; (iii) maior segurança quanto aos seus direitos societários; e (iv) redução dos riscos associados ao investimento. Às companhias, por sua vez, possibilita: (i) melhora da imagem institucional; (ii) aumento na demanda por suas ações; (iii) valorização de suas ações; e (iv) menor custo de capital.

A companhia ingressa em qualquer dos segmentos de listagem da Bovespa aderindo a um contrato que a obriga a cumprir um conjunto de regras de governança corporativa previstas para cada um desses segmentos, em seus respectivos regulamentos expedidos pela própria Bovespa (Regulamento dos Níveis Diferenciados de Governança Corporativa, no caso do Nível 1 e do Nível 2, Regulamento de Listagem do Novo Mercado, no caso do Novo Mercado, e Regulamento de Listagem no Bovespa MAIS, no caso do Bovespa MAIS).

Para listagem no Nível 1, as companhias devem se comprometer, principalmente, com o cumprimento de um conjunto de regras que visam a melhorias na prestação de informações ao mercado e à dispersão acionária. As principais práticas previstas para o Nível 1 são:

- manutenção em circulação de uma parcela mínima de ações, representando 25% do capital social;
- adoção de mecanismos que favoreçam a dispersão do capital quando da realização de ofertas públicas de distribuição de ações;
- observância de requisitos adicionais na elaboração de prospectos de distribuição pública de valores mobiliários;
- vedação à criação de partes beneficiárias;
- melhoria nas demonstrações financeiras e nas informações trimestrais e anuais, entre as quais destacam-se a exigência de consolidação das demonstrações financeiras, demonstração dos fluxos de caixa e revisão especial das informações trimestrais por auditores independentes;

- realização de reunião pública anual com analistas e interessados, para divulgar informações relacionadas à situação econômico-financeira da companhia, projetos e perspectivas;
- cumprimento de regras de *disclosure* em operações envolvendo ativos de emissão da companhia detidos por acionistas controladores;
- divulgação dos termos dos contratos firmados entre a companhia e partes relacionadas; e
- disponibilização de um calendário anual de eventos corporativos.

Já para obter a classificação como Companhia Nível 2, além da adesão às regras previstas para o Nível 1, a companhia deve aderir a um conjunto bem mais amplo de práticas de governança corporativa, incluindo a concessão de direitos adicionais aos acionistas minoritários. As principais práticas previstas para o Nível 2 são:

- mandato unificado de, no máximo, dois anos para todo o Conselho de Administração, formado por, no mínimo, 5 (cinco) membros, dentre os quais pelo menos 20% (vinte por cento) sejam conselheiros independentes;
- divulgação de demonstrações financeiras de acordo com padrões internacionais IFRS ou US GAAP;
- extensão, para todos os acionistas detentores de ações ordinárias, das mesmas condições obtidas pelos controladores quando da venda do controle da companhia e de, no mínimo, 80% deste valor para os titulares de ações preferenciais;
- direito de voto às ações preferenciais em algumas matérias, como transformação, incorporação, cisão e fusão da companhia e aprovação de contratos entre a companhia e empresas do mesmo grupo;
- obrigatoriedade de realização de oferta pública de aquisição de todas as ações em circulação, no mínimo, pelo valor econômico, nas hipóteses de fechamento do capital ou cancelamento do registro de negociação neste Nível; e
- adesão à Câmara de Arbitragem para resolução de conflitos societários.

A entrada de uma companhia no Novo Mercado, por sua vez, depende da adesão desta ao conjunto de regras previsto para o Nível 1 e para o Nível 2, mas, adicionalmente, assume a companhia a obrigação de manter seu capital social composto exclusivamente por ações ordinárias.

Finalmente, para a listagem no Bovespa Mais – segmento do mercado de balcão organizado criado com o objetivo de ampliar as alternativas para o ingresso de novas companhias abertas na Bovespa –, a companhia deve aderir a práticas avançadas de governança corporativa, com regras similares às do

Novo Mercado, que garantem mais transparência e mais direitos aos acionistas. O Bovespa Mais visa a acolher as empresas com estratégia gradual de acesso ao mercado de capitais, viabilizando sua exposição a esse mercado e apoiando sua evolução em termos de transparência, de ampliação da base de acionistas e de liquidez.

7. Estrutura Regulatória do Mercado de Capitais Local

7.1. Leis Relevantes que Influenciam o Mercado de Capitais Local

A principal lei que trata dos mercados de valores mobiliários no Brasil é a Lei nº 6.385/76 (Lei dos Valores Mobiliários). Adicionalmente, a Lei nº 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas), alterada pela Lei nº 10.303/01, contém dispositivos relevantes para a regulamentação do mercado de capitais.

A Lei dos Valores Mobiliários cria a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e regulamenta o funcionamento geral do mercado de valores mobiliários, a distribuição pública de valores mobiliários, o registro de valores mobiliários em bolsas de valores, os requisitos de divulgação de informações - *disclosure*, as atividades dos corretores e intermediários, os tipos de valores mobiliários negociados e os tipos de companhias que podem ser negociadas no mercado de capitais. Essa Lei também atribui poder regulamentar e de polícia à CVM.

A Lei dos Valores Mobiliários é regulamentada por meio de resoluções, circulares, instruções, pareceres de orientação, deliberações e outras normas administrativas editadas pelo Conselho Monetário Nacional (CMN), pelo Banco Central do Brasil (Bacen), pela CVM, pelas bolsas de valores e pelas entidades do mercado de balcão organizado (Mercado de Balcão Organizado).

7.2. Autoridades Reguladoras e Supervisoras Locais

7.2.1. Conselho Monetário Nacional

De acordo com a Lei dos Valores Mobiliários, compete ao CMN, no âmbito do mercado de valores mobiliários: (i) definir a política a ser observada na organização e no funcionamento do mercado de valores mobiliários; (ii) regular a utilização do crédito nesse mercado; (iii) fixar a orientação geral a ser observada pela CVM no exercício de suas atribuições; e (iv) definir as atividades da CVM que devem ser exercidas em coordenação com o Banco Central.

7.2.2. Comissão de Valores Mobiliários – CVM

A CVM é uma autarquia responsável pela regulamentação da Lei dos Valores Mobiliários e outras normas do mercado de valores mobiliários, bem como de

sua fiscalização. Ela é administrada por um presidente e quatro membros da diretoria, os quais são nomeados pelo Presidente do Brasil, ratificados pelo Senado Federal por um prazo de cinco anos, devendo cada qual possuir reconhecida experiência no mercado de valores mobiliários.

A CVM também tem competência para regulamentar as atividades dos corretores, intermediários, instituições financeiras, bolsas de valores, Mercado de Balcão Organizado, companhias de capital aberto, fundos de investimento e companhias, carteiras de investimento e custodiantes, auditores independentes, consultores e analistas de mercados.

Esta Comissão pode impor sanções administrativas a pessoas e entidades que violem a Lei dos Valores Mobiliários, a Lei das Sociedades Anônimas ou outras leis e regras cuja fiscalização seja de responsabilidade da CVM. As principais sanções que podem ser impostas pela CVM são: (i) advertências, (ii) multas, (iii) suspensão ou cassação da autorização ou registro para o exercício das atividades relacionadas ao mercado de valores mobiliários, (iv) inabilitação temporária, até o máximo de 20 anos, para o exercício de determinadas atividades relacionadas ao mercado de valores mobiliários, e (v) suspensão do exercício de cargo de administrador ou de conselheiro fiscal de companhia aberta ou de entidade do sistema de distribuição de valores mobiliários. As punições impostas pela CVM não prejudicam a responsabilidade civil e criminal do infrator.

A CVM tem sido membro do Conselho dos Reguladores de Valores Mobiliários das Américas (COSRA), da Organização das Comissões de Valores Mobiliários (IOSCO) e do Mercosul, desde a celebração desses acordos.

A CVM também celebrou um protocolo de entendimento relacionado ao compartilhamento de informações e assistência jurídica aos reguladores de valores mobiliários nos seguintes países: Estados Unidos (*Securities Exchange Commission* e *Commodities Future Trading Corporation*), África do Sul, Alemanha, Argentina, Austrália, Bolívia, Canadá, Chile, China, Equador, Espanha, França, Grécia, Hong Kong, Itália, Luxemburgo, Malásia, México, Paraguai, Peru, Portugal, Romênia, Singapura, Tailândia e Taiwan.

7.2.3. Banco Central

De acordo com a Lei nº 4.595/64, o Banco Central é responsável pela implementação das políticas do CMN relacionadas com a política monetária, controle de câmbio, regulamentação das instituições financeiras, controle de investimento estrangeiro (incluindo investimentos nos mercados de valores

mobiliários) e quaisquer outros assuntos relacionados ao mercado de valores mobiliários que seja de sua competência, conforme determinado pelo CMN.

O Banco Central é administrado por uma diretoria composta de nove membros, um dos quais é o seu presidente, todos nomeados pelo Presidente do Brasil, por um prazo indeterminado, sendo esta nomeação sujeita à aprovação do Senado Federal.

7.2.4. Auto-Regulamentação

As entidades com poderes de auto-regulamentação, tipicamente bolsas de valores e Mercado de Balcão Organizado, atuam como instituições acessórias à CVM, estando sujeitas à sua supervisão. Cabe a tais entidades fiscalizar seus membros e assegurar o cumprimento das normas e regulamentos aplicáveis. Existem, também, entidades puramente auto-reguladoras, que não estão subordinadas à CVM, como a Associação Nacional dos Bancos de Investimento (ANBID).

7.2.4.1. Bolsas de Valores

A principal bolsa de valores brasileira é a Bolsa de Valores de São Paulo (Bovespa). Na Bovespa, são regularmente negociadas ações, *commercial papers*, debêntures, quotas de fundos e derivativos.

Estão incluídas entre as funções das bolsas de valores organizar, manter, registrar e supervisionar operações com valores mobiliários. Para tanto, as bolsas de valores podem estabelecer regras adicionais às emitidas pela CVM.

Atualmente, podem ser negociados nas bolsas de valores brasileiras (i) os valores mobiliários devidamente registrados na CVM, (ii) direitos, (iii) índices, (iv) derivativos e (v) títulos públicos e outros títulos emitidos por entidades privadas, desde que seja obtida autorização prévia do Banco Central e da CVM.

Recentemente, a Bovespa implementou um sistema *home-broker*, por meio do qual os investidores podem entregar ordens aos seus corretores através da Internet, por meio da conexão aos sistemas eletrônicos da Bovespa.

Em 11 de dezembro de 2000, a Bovespa lançou um novo mercado para a negociação de ações (Novo Mercado), para companhias que aceitem estar

vinculadas por regras de governança societária e de divulgação de informações (*disclosure*) mais rigorosas que as estabelecidas pela legislação brasileira.

No Novo Mercado, a companhia obriga-se a (i) só emitir ações ordinárias, (ii) manter ao menos 25% das ações emitidas no mercado, (iii) estender a todos os acionistas os mesmos termos e condições obtidos pelos acionistas controladores no caso de venda do controle, (iv) disponibilizar balanço anual seguindo as normas do US GAAP ou IAS GAAP e (v) divulgar informações relativas à negociação com partes relacionadas (*related party transactions*).

A custódia e liquidação de operações com valores mobiliários são realizadas por uma câmara de custódia controlada pelas bolsas de valores e são feitas, como regra geral, no 2º e no 3º dias úteis seguintes à data da realização da operação (fechamento financeiro e físico, respectivamente).

Existe atualmente uma câmara no Brasil: a Companhia Brasileira de Liquidação e Custódia (CBLC), sociedade privada com sede em São Paulo, que realiza a custódia e liquidação das operações da Bovespa e da Soma (entidade do Mercado de Balcão Organizado).

7.2.4.2. Mercado de Balcão Organizado³

O Mercado de Balcão Organizado inclui sociedades ou companhias comerciais especificamente constituídas com o propósito de negociar valores mobiliários, em concordância com as regras da CVM e sujeitas à sua aprovação prévia.

Os seguintes valores mobiliários podem ser negociados no Mercado de Balcão Organizado: (i) valores mobiliários registrados na CVM para negociação no Mercado de Balcão Organizado; (ii) certificados de investimentos em trabalhos audiovisuais; (iii) quotas de fundos de investimento fechado, os quais estão sujeitos à distribuição pública (tais como fundos mútuos de investimento em ações, fundos mútuos de investimento imobiliário e outros); e (iv) outros valores mobiliários expressamente autorizados pela CVM.

³ O mercado de balcão não-organizado é definido pelo artigo 3º da Instrução nº 202 da CVM como compreendendo todo negócio conduzido fora das bolsas de valores com intermediação de membros do mercado de valores mobiliários. Ações que são negociadas na bolsa de valores não podem ser negociadas no mercado de balcão, exceto no caso de distribuição pública. As operações no Mercado de Balcão Organizado são usualmente realizadas por telefone pelos corretores/intermediários em seus escritórios e não são coordenados pela CVM, embora estejam sujeitas a sua supervisão. O preço e o volume das operações completadas no Mercado de Balcão Organizado não são publicados regulamentemente.

Atualmente, operam no Mercado de Balcão Organizado a Sociedade Operadora de Mercado de Ativos (Soma) e a Central de Custódia e Liquidação Financeira de Títulos (CETIP).

Para a admissão de valores mobiliários na Soma, deve ser nomeado um *market maker*, especializado em negociar tais valores mobiliários.

7.2.4.3. Associação Nacional dos Bancos de Investimentos – ANBID

Em 22 de setembro de 2005, a Associação Nacional dos Bancos de Investimentos (ANBID) aprovou um novo código de auto-regulamentação (Código ANBID), prevendo determinados padrões para a divulgação de informação, os quais devem ser seguidos pelos associados da ANBID, quando participam de uma oferta pública de valores mobiliários como coordenadores e quando elaboram prospectos. O Código ANBID estabelece padrões operacionais semelhantes aos verificados nos países onde o mercado de capitais encontra-se em níveis mais elevados de organização.

O objetivo do Código ANBID é estabelecer parâmetros de plena divulgação, nos quais devem ser baseadas as atividades das instituições financeiras no mercado de capitais brasileiro. Ultrapassando os requisitos mínimos previstos pela regulamentação dos valores mobiliários e equiparando-se aos modernos regimes de auto-regulamentação existentes no mundo, o regime de auto-regulamentação previsto pelo Código ANBID cria normas uniformes para a distribuição pública de títulos de renda fixa e variável, nos mercados primário e secundário. De acordo com suas disposições, as instituições financeiras que atuam como coordenadoras do sindicato dos distribuidores de títulos (distribuidores de títulos) são responsáveis pela elaboração do prospecto. Tais entidades devem realizar auditorias independentes para revelar toda informação relevante que afete a companhia emitente, os valores mobiliários importantes e outros fatos que sejam importantes para a decisão do investidor no que concerne aos investimentos ofertados ou solicitados.

O Código ANBID ainda estabelece normas abrangentes para o conteúdo mínimo do prospecto de oferta, que deve conter, ao menos, (i) informações com relação aos fatores de risco, (ii) descrição dos principais aspectos relacionados com o setor de atuação do emissor, (iii) descrição dos negócios do emissor e suas políticas de governança corporativa, proteção ambiental e responsabilidade social, (iv) análise e discussão das demonstrações financeiras do emissor pela sua administração, com base nos três últimos exercícios (MD&A), (v) informações sobre valores mobiliários existentes e a serem

emitidos pelo emissor, (vi) litígios relevantes que afetem o emissor, e (vii) operações com partes relacionadas e com instituições participantes na distribuição de títulos.

7.3. Definição de Valores Mobiliários

No Brasil, o conceito de valores mobiliários é formal e definido por lei. De acordo com a Lei dos Valores Mobiliários e as normas relacionadas, são valores mobiliários: (i) ações, debêntures, bônus de subscrição, cupons dos referidos valores mobiliários e garantias; (ii) índices do mercado; (iii) *commercial papers*; (iv) direitos de subscrição de valores mobiliários; (v) recibos de subscrição de valores mobiliários; (vi) opções de valores mobiliários; (vii) certificados de depósitos de ações; (viii) títulos de investimentos em produção, distribuição, exibição e infra-estrutura técnica de filmes audiovisuais brasileiros; (ix) certificados a termo de energia elétrica; (x) títulos ou contratos de investimento coletivo, ofertados ao público, que gerem direitos de participação, de parceria ou remuneração, incluindo direitos resultantes da prestação de serviços, cujos rendimentos decorrem de atividades empresariais ou de terceiros; (xi) certificados de recebíveis imobiliários; (xii) os contratos futuros, de opções e outros derivativos, cujos ativos subjacentes sejam valores mobiliários; e (xiii) quaisquer outros títulos ou contratos de investimento coletivo, quando ofertados publicamente, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros.

Os títulos das dívidas públicas federal, estaduais e municipais e os títulos cambiais de responsabilidade de instituições financeiras, exceto as debêntures, estão expressamente excluídos da definição de Valores Mobiliários e, por consequência, estão sujeitos à supervisão do Banco Central.

7.4. Oferta de Distribuição de Valores Mobiliários no Brasil

7.4.1. Conceito de Oferta Pública e Privada de Distribuição de Valores Mobiliários

A oferta pública de distribuição de valores mobiliários no Brasil está sujeita às restrições impostas pela Lei de Valores Mobiliários e precisa ser previamente registrada na CVM.

A Lei dos Valores Mobiliários define oferta pública como aquela realizada por meio de (i) utilização de listas ou boletins de venda ou subscrição, folhetos,

prospectos ou anúncios destinados ao público, por qualquer meio ou forma; (ii) procura, no todo ou em parte, de subscritores ou adquirentes para os títulos por meio de empregados, representantes, agentes ou quaisquer pessoas, integrantes ou não do sistema de distribuição de valores mobiliários; (iii) negociação feita em loja, escritório ou estabelecimento aberto ao público; e (iv) utilização de publicidade, oral ou escrita, cartas, anúncios, avisos, especialmente através de meios de comunicação de massa ou eletrônicos.

O registro tem por objetivo garantir a divulgação adequada e precisa de informações sobre o emissor e os valores mobiliários que ele pretende vender. O registro, no entanto, não julga o risco da emissão, não impedindo a venda de valores mobiliários por companhia mal administrada ou que não produzem lucro.

A Instrução CVM nº 400/03, que dispõe sobre as ofertas públicas de distribuição de valores mobiliários, inova ao permitir que a companhia aberta que já tenha efetuado oferta pública possa submeter para arquivamento na CVM um programa de distribuição de valores mobiliários, com o objetivo de, no futuro, efetuar as ofertas públicas nele mencionadas. O programa de distribuição tem um prazo máximo de dois anos. As ofertas realizadas com base nos programas registrados têm procedimento simplificado de registro.

Outra inovação trazida pelo referido diploma é a dispensa de registro da oferta, ou de alguns de seus requisitos (inclusive publicações, prazos e procedimentos). Para tanto, a CVM leva em consideração: (i) a categoria da companhia aberta; (ii) o valor unitário dos valores mobiliários ou da oferta; (iii) o plano de distribuição dos valores mobiliários; (iv) as regras vigentes em outros países em que a oferta deva ocorrer; (v) as características em caso de oferta de permuta; e (vi) os destinatários da oferta.

Por outro lado, a emissão e distribuição de valores mobiliários representativos de dívida no exterior por sociedades brasileiras, não estão sujeitas a registro na CVM.

7.4.2. Processo para o Registro

A distribuição pública de valores mobiliários no Brasil requer o registro da companhia emissora como companhia de capital aberto. Além do registro junto à CVM antes da distribuição pública, a companhia também precisa ser aceita em bolsa de valores ou mercado de balcão, organizado ou não, na qual os valores mobiliários serão registrados.

7.4.3. Registro do Emitente como Companhia de Capital Aberto

Os documentos exigidos para o registro da companhia perante a CVM incluem estatuto social, ata de nomeação do diretor responsável pelas relações com os investidores e demonstrações financeiras auditadas dos últimos três exercícios sociais.

O registro de uma companhia perante a CVM leva usualmente de 30 a 120 dias para ser concedido.

7.4.4. Requisitos para a Distribuição Pública de Valores Mobiliários

A oferta pública de distribuição de valores mobiliários, seja no mercado primário, seja no secundário, deve ser previamente autorizada pela CVM. Para tais propósitos, a instituição financeira que conduz a operação (instituição líder) deve protocolar na CVM a documentação exigida nas normas aplicáveis que incluem: (i) cópia da ata da assembleia geral ou da reunião do conselho que aprovar a emissão dos valores mobiliários; (ii) cópia do contrato de distribuição das ações e/ou garantia de subscrição; (iii) cópia do contrato celebrado entre os coordenadores da oferta, para distribuição dos valores mobiliários; (iv) contrato de garantia de liquidez, se houver (operações de garantia de liquidez não são permitidas sem esses contratos); (v) cópias do prospecto; (vi) anúncios de início e de encerramento de distribuição; e (vii) declaração do emissor e instituição líder atestando a veracidade das informações contidas no prospecto.

A concessão do registro da oferta pública é feita em 20 dias úteis, podendo ser interrompida uma única vez se a CVM solicitar informações adicionais relativas ao pedido de registro da oferta. O prazo para atendimento de exigências é de até 40 dias úteis, podendo ser prorrogado por mais 20 dias úteis, mediante pedido fundamentado pelos interessados. Após cumprimento de todas as exigências, a CVM tem 10 dias para se manifestar sobre o registro.

7.4.5. Emissão de *Depositary Receipts*: Acesso ao Mercado de Capitais Estrangeiro

As companhias brasileiras que desejem ter acesso aos mercados de capital estrangeiros para obter recursos mediante a emissão de ações, devem estabelecer um programa de *depositary receipts* (DRs), que são títulos que

evidenciam ações ou outros valores mobiliários relacionados às ações emitidas por uma companhia brasileira de capital aberto.

A implementação de tal programa requer a nomeação de um depositário – a instituição estrangeira que vai emitir os DRs no exterior com base nas ações custodiadas em seu nome no Brasil – e de uma instituição custodiante no Brasil, que deve custodiar as ações que lastreiam os DRs.

O programa de DR pode ser patrocinado ou não por uma companhia brasileira de capital aberto. A constituição e funcionamento de um programa de DR requerem prévia aprovação da CVM e do Banco Central. O registro perante a CVM tem por objetivo assegurar o mesmo nível de divulgação de informações entre os detentores dos DRs e os detentores das ações que os lastreiam. O registro junto ao Banco Central é necessário para garantir a transferência de recursos de e para o Brasil.

Após o registro do programa na CVM e no Banco Central, as ações detidas pelos brasileiros ou estrangeiros podem ser, a qualquer tempo, depositadas sob custódia para a emissão dos correspondentes DRs no exterior. Para alienar o investimento, investidores estrangeiros podem vender DRs no exterior ou solicitar ao depositário o cancelamento dos DRs para a venda das ações no Brasil.

7.4.6. Acesso ao Mercado Brasileiro por Companhias Estrangeiras através de Programas de BDR

Companhias estrangeiras podem negociar seus valores mobiliários no mercado de ações brasileiro por meio da emissão de títulos de depósito de valores mobiliários emitidos por instituições brasileiras, representando valores mobiliários emitidos por companhias estrangeiras de capital aberto (BDRs). O estabelecimento de Programas de BDRs deve ser previamente aprovado pela CVM e registrado no Banco Central.

BDRs podem ser emitidos tanto em um programa patrocinado, o qual tem três níveis diferentes, ou em um programa não-patrocinado. Em ambos os casos, os emitentes dos valores mobiliários que os lastreiam devem estar sujeitos, em seus países de origem, à supervisão de agências com funções similares às da CVM e que tenham celebrado um acordo de cooperação com a CVM.

7.5. Oferta para Compra de Ações de Companhias Brasileiras

7.5.1. Oferta Pública para Aquisição de Controle

De acordo com a Lei das Sociedades Anônimas, a aquisição de controle de uma companhia de capital aberto brasileira através de uma opção para compra de ações pode ser efetuada em dinheiro ou por meio de permuta de ações.

A oferta deve ser feita para um número de ações com direito a voto suficiente para assegurar o controle da companhia e deve ser intermediado e garantido por uma instituição financeira.

O edital de oferta para compra de ações deve divulgar, dentre outros, a identidade do adquirente, o número de ações que ele se propõe a adquirir, o preço e outras condições de pagamento, o procedimento para a oferta de compra de ações, e outros termos e condições da oferta de compra.

A possibilidade de emissão de até 2/3 de ações sem direito de voto facilita a existência de controladores com mais de 50% do capital votante, o que inviabiliza as ofertas públicas para aquisição de controle. Dessa forma, a quase totalidade das cessões de controle de companhia abertas tem sido feitas por meio de operações privadas.

7.5.2. Oferta de Compra de Ações para Fechamento de Capital de Companhia Brasileira

O acionista controlador ou a própria companhia aberta podem, a qualquer tempo, fazer uma oferta de compra de ações para aquisição de todas as ações com e sem direito a voto detidas pelos demais acionistas, com o fim de fechar o capital da companhia.

Mediante a oferta de compra de ações para o fechamento do capital, os acionistas são chamados para vender suas ações para o acionista controlador ou para a companhia e expressar sua opinião a favor ou contra o fechamento.

O fechamento de capital está sujeito à aceitação da oferta ou concordância com o cancelamento do registro por acionistas titulares de mais de 2/3 das ações em circulação, considerando-se ações em circulação, para esse efeito, apenas as ações cujos titulares concordarem expressamente com o cancelamento de registro ou se habilitarem para o leilão de oferta.

Caso os requisitos do fechamento de capital não sejam obtidos, o acionista controlador pode adquirir, no máximo, ações representativas de 1/3 das ações

em circulação e não pode realizar nova oferta pública dentro de um ano a contar do encerramento da oferta anterior.

7.5.3. Oferta Voluntária para Compra de Ações

A aquisição de ações de uma companhia aberta por seu acionista controlador, sem a realização de oferta pública, está limitada à aquisição de 10% de cada classe ou tipo de ações.

A oferta para compra de ações deve ser previamente aprovada pela CVM e deve ser condicionada ao aceite de um número máximo ou mínimo de ações. O edital deve conter, dentre outras, as seguintes informações em relação à oferta para compra de ações: (i) termos e condições da oferta; (ii) a espécie de condição de negócio de transferência do controle acionário da companhia, se for esse o caso; (iii) razões e objetivos da oferta; e (iv) intenção da ofertante de fechar o capital da companhia.

Além disso, se o controlador fizer uma nova oferta de compra dentro de dois anos a um preço mais alto do que o preço pago àqueles que aceitaram a primeira oferta, aqueles aceitantes da primeira oferta devem ser reembolsados pela diferença do preço.

Por fim, se no prazo de um ano da oferta, algum evento que leve ao exercício do direito de retirada ocorrer, os acionistas que venderam suas ações na oferta para compra de ações, mas que teriam o direito de retirada se não tivessem vendido suas ações, terão o direito de receber qualquer diferença positiva entre o valor do reembolso e o preço recebido à época da aceitação da oferta.

Caso a oferta para aquisição de ações tenha por objetivo adquirir mais de 1/3 das ações em circulação no mercado ou resulte na aquisição de mais de 1/3 dessas ações, as regras estabelecidas para ofertas para fechamento de capital devem ser seguidas.

7.6. Regras de Proteção ao Investidor

7.6.1. Divulgação por Companhias de Capital Aberto

As companhias de capital aberto devem elaborar demonstrações financeiras a cada trimestre – Informações Trimestrais (ITRs) e demonstrações financeiras anuais – Demonstrações Financeiras Padronizadas (DFP) e Informações Anuais (IAN). As ITRs estão sujeitas à revisão limitada dos auditores independentes e as DFPs devem ser objeto de revisão completa.

A companhia deve, ainda, publicar anúncios de fatos relevantes sempre que atos ou fatos possam ter impacto relevante na negociação dos seus valores mobiliários.

7.6.2. Divulgação por Acionistas de Companhias de Capital Aberto

Acionistas controladores e administradores de companhia de capital aberto devem notificar a CVM e a bolsa de valores ou mercado de balcão organizado onde os valores mobiliários de tal companhia podem ser comercializados caso haja um aumento de 5%, em sua propriedade, de qualquer tipo ou classe de ações da companhia. As informações a serem providenciadas incluem o número ações compradas, o preço pelo qual as ações foram adquiridas, as razões e os objetivos relacionados à negociação e uma declaração do comprador sobre a existência de qualquer contrato relacionado ao exercício do direito a voto ou à transferência de valores mobiliários emitidos pela companhia.

Acionistas não-controladores devem informar à CVM e publicar aviso aos demais participantes do mercado, sempre que sua participação direta ou indireta no capital votante da companhia aumentar em 10%. Tal informação deve conter, ao menos, a identidade do adquirente, o objetivo da(s) aquisição(ões), o número de ações adquiridas, o total da participação no capital votante da companhia, a eventual posse, pelo adquirente, de debêntures conversíveis em ações com direito a voto e a existência de qualquer acordo relacionado ao exercício do direito à voto ou à transferência de valores mobiliários emitidos pela companhia. Após alcançar 10%, qualquer aumento de 5% no capital votante deve ser informado e divulgado da mesma forma.

7.6.3. Manipulação do Mercado e Outras Práticas Fraudulentas no Mercado de Valores Mobiliários

As regras da CVM também se relacionam à (i) manipulação de preço; (ii) criação de condições artificiais de demanda, oferta ou preço; (iii) adoção de práticas não-equitativas; e (iv) operações fraudulentas.

Manipulação de preço no mercado de valores mobiliários é a utilização de qualquer processo ou artifício para, direta ou indiretamente, elevar, manter ou reduzir o preço dos valores mobiliários, induzindo terceiros à sua compra ou venda.

Condições artificiais de demanda, oferta ou preço de valores mobiliários são aquelas criadas em decorrência de negociações pelas quais seus participantes

ou intermediários, por ação ou omissão dolosa, provocarem, direta ou indiretamente, alterações no fluxo de ordens de compra ou venda de valores mobiliários.

Operação fraudulenta no mercado de valores mobiliários é aquela em que se utiliza ardil ou artifício destinado a induzir ou manter terceiro em erro, com finalidade de se obter vantagem ilícita de natureza patrimonial para as partes na operação, para o intermediário ou para terceiros.

Prática não-equitativa no mercado de valores mobiliários é aquela de que implique um tratamento, para qualquer das partes em negociações com valores mobiliários, que a coloque em uma posição indevida de desequilíbrio ou desigualdade em face dos demais participantes da operação.

A violação de tais regras é considerada infração grave pela regulamentação da CVM, sujeitando os participantes a penalidades administrativas. Além disso, o dano causado ao investidor lesado em decorrência de uma conduta proibida gera o direito a indenização por perdas e danos.

Poucos casos relacionados a essas práticas foram levados aos Tribunais e, por isso, não é possível definir uma tendência para a interpretação judicial dos casos de manipulação.

7.6.4. Utilização de Informações Privilegiadas

Insiders são definidos como acionistas controladores e administradores (diretores e representantes) da companhia. De acordo com a regulamentação da CVM, *insiders* não podem se utilizar de informações relacionadas a fato relevante ou fato a que eles tenham acesso privilegiado, para a obtenção de qualquer vantagem indevida, para si ou para outrem, através da negociação de valores mobiliários.

Apesar de não serem definidos como *insiders*, as seguintes pessoas estão sujeitas às mesmas restrições: corretores, intermediários e outros membros do sistema de distribuição e qualquer um que, em virtude de sua posição ou função ou por qualquer outro motivo, tenha conhecimento de informações relevantes antes de sua divulgação ao mercado. Relações familiares são levadas em consideração para a determinação do status de *insider*.

Insider trading também é considerada infração grave. A divulgação de informações privilegiadas é considerada infração grave pela regulamentação da CVM, sujeitando os autores a penalidades. O investidor lesado na compra

e venda de valores mobiliários, pela utilização de informações privilegiadas, tem direito a indenização por perdas e danos.

7.7. Lei da Lavagem de Dinheiro

A Lei nº 9.613/98 dispõe sobre ofensas criminais em relação à lavagem de dinheiro ou ocultamento de bens, direitos e valores (Lei da Lavagem de Dinheiro). Essa Lei apresenta diversas obrigações para pessoas jurídicas participantes do mercado de valores mobiliários, incluindo bolsas de valores e mercadorias, Mercado de Balcão Organizado, bancos, corretoras, intermediários, companhias de administração de recursos, agências e representantes de instituições financeiras estrangeiras.

As obrigações impostas a tais entidades pela Lei da Lavagem de Dinheiro incluem: (i) identificar seus clientes e manter cadastro atualizado nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes; (ii) manter, por um período de cinco anos, registro de toda operação que ultrapassar limite fixado pela autoridade competente; (iii) atender, conforme definido pelo órgão judicial competente, as requisições formuladas pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), e (iv) desenvolver e implementar sistemas de controle interno para monitorar e detectar operações que possam constituir lavagem de dinheiro, tais como operações envolvendo quantias não condizentes com a situação financeira das partes, negociações que repetidamente causem perdas ou lucros para uma das partes e negociações envolvendo quantias substancialmente acima das condições de mercado.

7.8. Sanções Cíveis

7.8.1. Venda de Valores Mobiliários em Violação dos Requisitos do Registro e/ou do Prospecto

Quando um investidor adquire um valor mobiliário que foi alienado em violação aos requisitos legais do registro ou do prospecto, as seguintes penalidades podem ser impostas: (i) ação de indenização por perdas e danos, baseada na Lei nº 7.913/89, podendo ser proposta pelo Ministério Público *ex officio* ou por solicitação da CVM, e (ii) ação de perdas e danos com fundamento no artigo 186 do Código Civil, que pode ser proposta pela pessoa prejudicada por qualquer ação ou omissão de pessoa física ou jurídica.

Investidores podem, ainda, recuperar seus prejuízos de qualquer pessoa que tenha realizado operações fraudulentas ou envolvendo condições artificiais

de demanda, oferta ou preço, manipulação de preço ou realização de práticas não-equitativas.

Ações contra os administradores de companhia aberta podem ser propostas em razão de informações enganosas ou de omissões contra a administração da emissora (conselheiros e diretores), com base nos artigos 155 e 157 da Lei das Sociedades Anônimas. Qualquer acionista pode iniciar essa ação caso a administração da companhia não a proponha em até três meses da decisão da assembléia de acionistas de propor a ação. Acionistas representando 5% ou mais das ações da companhia podem propor ações judiciais contra a administração da companhia, independentemente da posição da assembléia de acionistas.

Qualquer investidor pode, ainda, processar emissores, *underwriters* e intermediários, caso a respectiva participação no ato ilícito possa ser provada pelo investidor.

7.8.2. Insider Trading

Quando um investidor sofrer prejuízo em decorrência de operações realizadas por *insiders*, a ação judicial pode ser proposta com base na Instrução CVM nº 8 e nos artigos 147, 182 e 186 do Código Civil.

7.8.3. Atividades de Corretagem Fraudulenta e Utilização de Contas de Corretagem

7.8.3.1. Comissão Excessiva ou Lucro Injusto sobre a Comissão

Quando um investidor é prejudicado por práticas de corretagem fraudulentas na compra ou na venda dos valores mobiliários, como, por exemplo, quando essas práticas resultam em lucros ou comissões excessivos ou indevidos, as medidas cabíveis incluem a propositura de ação judicial, com base no art. 186 do Código Civil e nos artigos 18 e seguintes do Código de Defesa do Consumidor.

7.8.3.2. Operando em Caso de Insolvência ou de Má Condição Financeira e Outros Prejuízos Causados por Intermediários

Se qualquer investidor sofrer prejuízo em decorrência do fato de o seu corretor operar em estado de insolvência ou em má condição financeira, ações

ordinárias podem ser propostas contra ele, com base no artigo 186 do Código Civil.

7.8.4. Ações Coletivas

Ações coletivas no Brasil estão restritas a questões de direito ambiental e outras situações específicas, não incluindo os valores mobiliários. No entanto, o Ministério Público pode propor ações por e em benefício dos investidores, com base na Lei nº 7.913/89.

7.8.5. Renúncia a Direitos

Investidores adquirindo valores mobiliários podem, em princípio, renunciar a direitos relacionados à Lei de Valores Mobiliários e seus regulamentos. No entanto, essas renúncias podem ser desconsideradas por um juiz, caso não sejam comunicadas ao investidor ou caso as renúncias contradigam princípios fundamentais de proteção ao investidor. Dispositivos de defesa do consumidor são considerados questão de ordem pública e, conseqüentemente, não podem ser renunciados. Pela mesma razão, acordos privados não impedem a ação da CVM ou das Bolsas de Valores.

7.8.6. Aspectos Procedimentais

7.8.6.1. Jurisdição

Os tribunais estaduais têm jurisdição sobre as matérias civis que dão fundamento às demandas já discutidas. Essa distribuição de competência consta do Código de Processo Civil.

7.8.6.2. Competência

Exceto se de outra forma venha a ser acordado entre as partes, o foro do domicílio do réu é o competente para julgar e analisar os casos propostos, com base na Lei de Valores Mobiliários.

7.8.6.3. Prescrição

De acordo com o artigo 205 do Código Civil, o prazo de prescrição é de 10 anos. Há uma série de exceções às regras acima mencionadas.

8. Sistema Fiscal

8.1. Aspectos Gerais

A Constituição Federal vigente, promulgada em 05.10.1988 (CF/88), atribui à União Federal, aos Estados e aos Municípios competência para a cobrança de tributos. Subdividem-se os tributos em impostos, taxas, contribuições de melhoria, outras contribuições e empréstimos compulsórios.

Os impostos podem ser instituídos pelas três esferas de governo, de acordo com a competência específica a eles atribuída pela CF/88.

As taxas, da competência comum dos entes políticos, são cobradas em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ou postos à disposição do contribuinte.

A cobrança da contribuição de melhoria, ainda pouco utilizada, decorre do benefício econômico trazido por obras públicas para o patrimônio imobiliário do contribuinte.

Compete exclusivamente à União Federal a cobrança das seguintes contribuições: (a) sociais, (b) de intervenção no domínio econômico, (c) de interesse das categorias profissionais ou econômicas, e (d) para financiamento da seguridade social.

Somente a União Federal pode instituir empréstimos compulsórios em caso de investimento público urgente e de relevante interesse nacional, ou para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidades públicas ou de guerra externa.

Na instituição e cobrança dos tributos, salvo disposição expressa em contrário na própria CF/88, devem ser observadas determinadas limitações constitucionais, dentre as quais destacam-se:

- princípio da legalidade (os tributos somente podem ser instituídos ou majorados por lei);
- princípio da isonomia (os contribuintes em situação equivalente devem ter tratamento tributário idêntico);
- princípio da irretroatividade (não se pode cobrar tributos em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os instituiu ou majorou);

- princípio da anterioridade (não se pode cobrar imposto no mesmo exercício financeiro em que seja publicada a lei que o instituiu ou majorou, tampouco antes de decorridos 90 dias da data da publicação da referida lei; as contribuições podem ser exigidas no mesmo exercício, mas devem respeitar o prazo de 90 dias);
- princípio do não-confisco (o tributo não pode ter caráter confiscatório).

8.2. Impostos Federais

Compete à União Federal instituir impostos sobre importação (II), exportação (IE), renda e proventos de qualquer natureza (IR), produtos industrializados (IPI), operações de crédito, câmbio e seguro ou relativas a títulos e valores mobiliários (IOF), propriedade territorial rural (ITR) e grandes fortunas (IGF).

8.2.1. Imposto de Renda

O Imposto de Renda (IR) é cobrado sobre a renda e acréscimos patrimoniais auferidos por pessoas físicas de fontes nacionais e estrangeiras (à alíquota de 15% ou 27,5%, dependendo do nível de renda) e sobre o ganho de capital auferido pelas pessoas jurídicas (à alíquota de 15%).

O IR incide sobre os lucros, rendimentos ou ganhos de capital auferidos no Brasil ou no exterior pelas pessoas jurídicas. A base de cálculo do IR cobrado sobre o resultado operacional das pessoas jurídicas é, em regra, o lucro real (as outras bases seriam o lucro presumido e o arbitrado), que corresponde ao lucro líquido (apurado em balanços trimestrais ou anuais) ajustado pelas adições e exclusões definidas na legislação fiscal pertinente.

As pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real podem optar pelo pagamento mensal do imposto por estimativa, observadas determinadas condições.

A alíquota do IR sobre o lucro real, presumido ou arbitrado é de 15%, qualquer que seja o tipo de atividade da pessoa jurídica. Há incidência de um adicional do imposto, à alíquota de 10%, sobre a parcela do lucro real, presumido ou arbitrado que exceder a R\$20.000,00 ao mês.

Os lucros ou dividendos calculados com base nos resultados apurados a partir de 01.01.1996, pagos ou creditados pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, presumido ou arbitrado, não estão sujeitos à incidência do IR na fonte nem integram a base de cálculo do IR do beneficiário, pessoa física ou jurídica, domiciliado no Brasil ou no exterior.

O IR também incide na fonte (IRRF) sobre rendimentos pagos, creditados, remetidos ou entregues a residentes ou domiciliados no exterior, a uma alíquota de 15% ou 25%, em função do país de residência do beneficiário e da natureza do rendimento (a partir de 01.01.2001, nas remessas de *royalties* ou remuneração de contratos que envolvam transferência de tecnologia, incide também Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico, à alíquota de 10%, caso em que a alíquota do IRRF é de 15%). Note-se que, dentre esses rendimentos, não se incluem os lucros ou dividendos, que são isentos do IR na fonte.

A partir de 01.01.1997, introduziu-se um mecanismo fiscal para controlar os preços praticados pelas pessoas (físicas ou jurídicas) situadas no Brasil com pessoas domiciliadas no exterior, nas operações de importação, exportação e no pagamento de juros ao exterior. Tais regras alcançam as operações que envolvam uma das seguintes situações: (i) pessoa jurídica domiciliada no Brasil que realize operações com pessoas vinculadas situadas em qualquer país estrangeiro; (ii) pessoa jurídica ou física domiciliada no Brasil que realize operações com qualquer pessoa (vinculada ou não) situada em país cuja tributação sobre a renda seja inferior a 20% ou inexistente, ou, ainda, cuja legislação interna oponha sigilo quanto à composição societária de pessoas jurídicas ou à sua titularidade.

8.2.2. Imposto sobre Produtos Industrializados

O Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) incide na saída de produtos industrializados, bem como na importação. É não-cumulativo, permitindo que o valor do imposto devido seja compensado com os créditos relativos ao imposto cobrado na compra de matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem. Todavia, o crédito relativo a bens destinados ao ativo permanente não é admitido. As alíquotas, que incidem sobre o valor da operação da qual decorra a saída da mercadoria, variam de acordo com a essencialidade do produto (em média 10%). Esse imposto não incide nas operações de exportação.

8.2.3. Imposto sobre Operações Financeiras

O Imposto sobre Operações Financeiras (IOF) tem como fato gerador a realização de operações de crédito, câmbio e seguros, ou relativas a títulos e valores mobiliários, cuja alíquota varia em função das operações realizadas.

8.2.4. Imposto sobre Grandes Fortunas

O Imposto sobre Grandes Fortunas (IGF) ainda não foi instituído.

8.3. Impostos dos Estados e do Distrito Federal

Aos Estados e ao Distrito Federal é atribuída competência para instituição e cobrança dos seguintes impostos:

- transmissão *causa mortis* e doação, de quaisquer bens ou direitos (ITD);
- sobre operações relativas à circulação de mercadorias e serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS); e
- propriedade de veículos automotores (IPVA).

O Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), principal imposto estadual, incide sobre operações relativas à circulação de mercadorias (onerando toda a sua fase de industrialização e comercialização, inclusive importação) e sobre a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação. É não-cumulativo, permitindo que o valor do imposto devido seja compensado com os créditos relativos ao imposto cobrado na compra de matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem. O crédito relativo a bens destinados ao ativo permanente é admitido com restrições. Suas alíquotas internas normalmente variam entre 7% e 25%, sendo a alíquota genérica de 18% (RJ, SP, MG e RS) ou 17% (demais Estados e DF). Nas operações interestaduais, são aplicadas alíquotas de 7% ou 12%, dependendo da destinação. Esse imposto não incide nas operações de exportação.

8.4. Impostos Municipais

Os Municípios e o Distrito Federal são competentes para a instituição dos seguintes impostos:

- propriedade predial e territorial urbana (IPTU);
- transmissão *inter vivos* de bens imóveis (ITBI); e
- serviços de qualquer natureza (ISS).

O Imposto sobre Serviços (ISS) é cobrado sobre a prestação de determinados serviços definidos em lei complementar federal. Em regra, a alíquota aplicável é de 5%.

8.5. Contribuições Sociais

A União pode instituir as seguintes contribuições sociais para financiamento da seguridade social

- Contribuição Social sobre o Lucro das Pessoas Jurídicas (CSL): é devida sobre o resultado, antes da provisão para o IR, apurado ao final de cada período de apuração de acordo com a legislação comercial e ajustado por adições e exclusões previstas em lei. A alíquota é de 9%.
- Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS): incide, mensalmente, sobre a receita bruta, às alíquotas de 3% ou 7,6%, a primeira cumulativa e a segunda não-cumulativa, de acordo com critérios estabelecidos em lei. Essa contribuição não incide nas operações de exportação.
- Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS): incide sobre a receita operacional bruta das pessoas jurídicas, apurada mensalmente às alíquotas de 0,65% ou 1,65%, a primeira cumulativa e a segunda não-cumulativa, de acordo com critérios estabelecidos em lei. Essa contribuição não incide nas operações de exportação.
- Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) e Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS): incidentes sobre a importação, sua base de cálculo é o valor aduaneiro das mercadorias ou valor pago sobre os serviços importados acrescidos dos montantes dos impostos devidos. As alíquotas gerais são de 1,65% para o PIS/Pasep e de 7,6% para a COFINS, além de outras alíquotas específicas;
- Contribuição para a Seguridade Social sobre a folha de pagamentos e salários (CINSS): as empresas tomadoras dos serviços das pessoas físicas assalariadas são responsáveis por recolher essa contribuição na fonte à alíquota de 11%. Os autônomos sujeitam-se à alíquota de 20%. Em ambos os casos, a base de cálculo da contribuição é limitada a R\$ 2.400,00 (reajustados mensalmente a partir de janeiro de 2004). As pessoas jurídicas pagam a CINSS à alíquota de 20%, sobre os pagamentos efetuados a pessoas físicas, a título de remuneração por serviços prestados, sem limite.
- Contribuição Provisória sobre a Movimentação Financeira (CPMF): foi instituída com base na Emenda Constitucional nº 3/93. Sua cobrança iniciou-se em janeiro de 1997 e foi prolongada até dezembro de 2007 pela Emenda Constitucional nº 42/03. A alíquota é de 0,38%.
- Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE): (i) a CIDE/Combustível incide, por meio de alíquotas específicas, na importação e comercialização no mercado interno de combustíveis; e (ii) a CIDE/Remessas para o Exterior incide sobre valores pagos a residentes no exterior a título de remuneração relacionada à transferência ou aquisição de tecnologia, à alíquota de 10%.

9. Legislação Antitruste

Desde a Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, o Brasil adotou, em moldes seguramente calcados no regime norte-americano, uma legislação antitruste, mas não é inverídico sustentar que, por quase 30 anos, a mesma resultou praticamente inoperante, dada a passividade do próprio Governo e dos organismos então criados para exercer o controle da aplicação do conjunto de normas e restrições por ela instituídos.

A partir de 1990, porém, com a edição das Leis nº 8.002/1990 e nº 8.158/1991, os problemas ligados à repressão das infrações contra a ordem econômica, bem como a proteção da livre concorrência e a defesa dos consumidores, voltaram à ordem do dia, culminando com a edição, em 11.06.1994, da Lei nº 8.884, pela qual pode-se dizer que os dispositivos antitruste passaram realmente a imperar no país.

O chamado Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), órgão instituído desde 1962, transformou-se em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, e passou realmente a funcionar e exercer os poderes de policiamento administrativo que lhe competem conforme tal Lei, a qual decorre de disposições de ordem pública e constitucionais. A atuação do CADE como titular dos bens jurídicos a serem protegidos, exercida em nome da coletividade e auxiliada pela Secretaria de Direito Econômico (SDE) e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), pode estender-se aos atos praticados no exterior que produzam efeitos no Brasil, reputando-se domiciliada no Brasil empresa estrangeira que aqui tenha filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante (art. 2º, § 1º, cuja redação foi alterada pela Lei nº 10.149, de 21 de dezembro de 2000). Nesse sentido, conforme prevê o § 2º do mesmo artigo, a empresa estrangeira é notificada de e intimada a todos os atos processuais, independentemente de procuração ou de disposição contratual ou estatutária, na pessoa do responsável por sua filial, agência, sucursal, estabelecimento ou escritório instalado no Brasil.

Antes de situar as infrações da ordem econômica vigente, a Lei nº 8.884/94 deixa patente sua aplicação a todas as pessoas jurídicas e físicas, de direito público ou privado, bem como a associações ou grupamentos, inclusive os temporários e os desprovidos de personalidade jurídica, prevendo, também, a responsabilidade individual dos respectivos dirigentes e administradores, solidariamente entre si e com a empresa. Além disso, o artigo 18 defende a possibilidade, em certas hipóteses, da aplicação da teoria da descon sideração da pessoa jurídica.

Entre os atos contrários à ordem econômica e por isso vedados, tem-se, por exemplo, a limitação, o falseamento ou o prejuízo à livre concorrência, a dominação de mercado relevante de bens ou serviços, o aumento arbitrário da lucratividade e o exercício abusivo do Poder Econômico. Por essa razão, são contrários ao sistema legal vigente, além de outros atos, os acordos de preços entre concorrentes, a divisão de mercados, o estabelecimento de óbices à criação ou ao acesso de novos concorrentes ao mercado, as vendas a preço abaixo do custo, a retenção de bens e a imposição de preços excessivos.

Há pelo menos 24 tipos de infração a considerar com o maior cuidado, uma vez que as penalidades previstas podem ser, ao sabor de elementos como gravidade, reincidência, situação econômica do infrator, entre outros, de até 30% do valor do faturamento bruto do último exercício social, além da multa de 10% a 50% do respectivo montante, exigível da pessoa física do administrador, todas elas cobráveis em dobro, em caso de reincidência; para não deixar de mencionar, adicionalmente, certas proibições de operar, contratar ou obter benefícios junto a organismos públicos.

Verifica-se que a falta injustificada do representado ou de terceiros, quando intimados para prestar esclarecimentos orais, no curso de procedimento, de averiguações preliminares ou de processo administrativo, sujeita o faltante à multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais) a R\$ 10.700,00 (dez mil e setecentos reais), conforme sua situação econômica (art. 26, § 5º, com a redação dada pela Lei nº 10.149/2000). E, ainda, está sujeito o inspecionado ao pagamento de multa de R\$ 21.200,00 (vinte e um mil e duzentos reais) a R\$ 425.700,00 (quatrocentos e vinte e cinco mil e setecentos reais), conforme a situação econômica do infrator, se impedir, obstruir ou de qualquer outra forma dificultar a realização de inspeção no âmbito de verificação preliminar, procedimento ou processo administrativo (art. 26 - A, criado pela Lei nº 10.149/2000).

Uma inovação criada pela Lei nº 10.149/2000, relacionada às penalidades acima descritas, é a possibilidade de celebração de acordo de leniência, em que as pessoas físicas ou jurídicas autoras de infração à ordem econômica têm a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um ou dois terços da penalidade aplicável, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo (art. 35 - B).

Cabe observar, ainda, que as iniciativas do CADE, da SDE e da SEAE podem ter origem na solicitação de qualquer interessado. As decisões do CADE são, em nível administrativo, inapeláveis, o que significa que, à parte que se entender por elas prejudicado, somente resta o caminho judicial para eventualmente combatê-las.

A Lei nº 8.884/94 prevê, ainda, a obrigação das partes de submeter atos que possam prejudicar a livre concorrência ou resultar em dominação do mercado de certo produto à autorização expressa do CADE, seja previamente à sua prática, seja no prazo máximo de 15 dias úteis após a sua ocorrência (artigo 54), sendo que, a partir de 1º de janeiro de 2001, a taxa processual para tanto é de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais). O regime da consulta prévia é obviamente preferível, pois do procedimento *a posteriori* podem surgir consequências complexas e indesejáveis, inclusive a obrigatoriedade da reversão de atos já praticados.

É de relevo considerar que, para os efeitos do artigo 54, consideram-se atos que possam prejudicar a livre concorrência ou resultar em dominação de mercado, devendo, desta forma, ser submetidos à apreciação do CADE aqueles que impliquem a participação de empresa ou grupo de empresas resultante em 20% do mercado relevante, ou em que qualquer um dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais). Todavia, o CADE, através da sua Súmula nú 1, publicada no Diário Oficial da União de 18.10.2005, entende que, na aplicação do critério estabelecido no aludido artigo 54, é relevante o faturamento bruto anual registrado exclusivamente no território brasileiro pelas empresas ou grupo de empresas participantes no ato de concentração. Tal entendimento, pelo qual o CADE tem se pautado, evita a apresentação de inúmeros processos que até então deviam ser submetidos a ele apenas pelo fato de uma das empresas participantes da operação incorrer em faturamento no exterior equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).

Faz-se mister salientar que o próprio artigo 54 deixa evidente que muitos atos de concentração são passíveis de aprovação, uma vez presentes determinadas condições de fato e de direito que os possam justificar (aumento de produtividade, melhoria de qualidade, desenvolvimento tecnológico, inexistência de prejuízo direto à concorrência existente, e, sobretudo, benefícios evidentes ao consumidor em consequência de redução de preço). Observa-se, ainda, que o CADE pode subordinar sua aprovação, quando lícita e possível, à celebração de um Compromisso de Desempenho, para que se possa instituir a obrigação dos interessados de cumprir efetivamente, sob certas penas, as metas expostas.

Para os fins dos processos da aprovação, prévios ou posteriores às transações mencionadas no artigo 54 acima referido, o CADE emitiu, em 19 de agosto de 1998, sua Resolução nº 15, que indica, com minúcia, as informações e documentos que devem instruir os pleitos, sendo certo que, em termos de

documentação, o material solicitado é realmente da maior extensão e de certa dificuldade de obtenção, posto que alguns documentos, pelo menos, são de nível internacional.

A parte final da Lei nº 8.884/94 chega a prever, em determinadas hipóteses, a possibilidade de intervenção nas empresas infratoras, por decretação judicial, nomeação de interventor ou outros meios.

10. A Legislação Trabalhista no Brasil

A legislação trabalhista no Brasil foi influenciada pelos reflexos das transformações na Europa, da preocupação de inúmeros países em elaborar leis de proteção aos trabalhadores e, principalmente, do compromisso realizado pelo Brasil com a Organização Internacional do Trabalho que, somados a fatores internos importantes, como a política trabalhista do governo e o surto industrial que viveu o país na época, desencadearam a criação de uma série de leis.

Somente em 1943, foi criada a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), sistematizando as leis esparsas existentes na época, acrescidas de institutos criados pelos juristas que a elaboraram.

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) é o ordenamento jurídico principal que rege as relações trabalhistas, possuindo mais de 900 artigos. Dentre os capítulos que compõem o referido ordenamento jurídico, encontram-se normas cogentes relativas a:

- segurança do trabalho;
- duração do trabalho, salário mínimo e férias;
- medicina do trabalho;
- tutela do trabalho;
- nacionalização do trabalho;
- proteção do trabalho da mulher e do menor;
- contrato individual de trabalho;
- organização e enquadramento sindical;
- contribuições sindicais.

Além disso, a Consolidação das Leis do Trabalho traz todo o ordenamento jurídico acerca da Justiça do Trabalho, tal qual o funcionamento e os órgãos que a compõem, mencionando ainda as normas que regem os processos trabalhistas no Brasil.

Apesar de a CLT ter sido promulgada em 1943, o ordenamento jurídico brasileiro, com o passar dos anos, se modernizou, tendo sido editadas inúmeras leis que regem determinadas matérias, como a lei de greve, ou que deram novas redações aos artigos da CLT.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, além das normas trabalhistas devidamente consolidadas, novos direitos trabalhistas foram criados ou aperfeiçoados pelo Teto Maior.

Em termos de legislação, seja a proveniente da CLT, de leis específicas ou da própria Constituição Federal, os direitos trabalhistas, em regra geral, são basicamente os seguintes:

- salário mínimo;
- jornada semanal de 44 horas;
- irredutibilidade salarial;
- seguro desemprego;
- 13º salário;
- participação nos lucros;
- horas extras com adicional;
- férias anuais;
- licença gestante;
- licença paternidade;
- aviso prévio;
- aposentadoria;
- reconhecimento de normas coletivas;
- seguro acidente de trabalho;
- fundo de garantia por tempo de serviço;
- direito de greve;
- estabilidade provisória de membros das Comissões de Prevenções de Acidentes,
- empregados vitimados por acidente de trabalho e gestante;
- gorjetas;
- comissões;
- salário-família;
- salário-educação;
- vale-transporte;
- vale-refeição;
- auxílio-creche;
- adicional de insalubridade;
- adicional de periculosidade;
- adicional noturno;
- adicional de transferência;
- auxílio funeral;
- repouso semanal remunerado;
- seguro-desemprego;
- carteira assinada.

Existem outras fontes de direito que devem ser respeitadas pelo Poder Judiciário Trabalhista:

- Acordos e Convenções Coletivas;
- Enunciados de Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho;

- Normas editadas pelo Ministério do Trabalho; e
- Algumas Convenções da Organização Internacional do Trabalho.

Os direitos trabalhistas têm gerado elevados custos para as empresas. Na tentativa de minimizar esses custos, muitas empresas decidiram fazer uso da terceirização e da flexibilização dos direitos trabalhistas via Acordo/Convenção Coletiva.

Há uma nítida tendência nas recentes decisões do Tribunal Superior do Trabalho em aceitar a flexibilização como um fato importante no atual estágio de desenvolvimento da relação de trabalho.

Em realidade, o Brasil vive um momento histórico importante e grandes mudanças no campo trabalhista devem ocorrer. Uma dessas mudanças é a Emenda Constitucional nº 45. Aprovada em 2004, a emenda ampliou a competência da Justiça do Trabalho, que antes era restrita à solução dos conflitos entre empregados e empregadores. Com a emenda, a Justiça do Trabalho passou a ser competente para dirimir controvérsias decorrentes da relação de trabalho (em sentido amplo), abrangendo, por exemplo, serviços prestados por trabalhadores autônomos.

11. O Trabalho de Estrangeiros no Brasil

De acordo com a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, o Ministério do Trabalho, por meio da Coordenadoria Geral de Imigração (CGIg), tem competência específica para a concessão de autorização de trabalho para estrangeiros, conforme dispõe a Lei n.º 6.815, de 19 de agosto de 1980.

Questões envolvendo imigração apresentam um alto grau de discricionariedade das autoridades competentes e estão intimamente ligadas à soberania nacional. Portanto, refletem políticas governamentais e reciprocidade no tratamento.

O pedido de visto não cria qualquer direito de que este seja concedido e representa uma mera expectativa de direito.

Existem diferentes categorias de vistos definidos pela legislação brasileira, cuja aplicabilidade depende do motivo e da situação específica da viagem para o Brasil. Não é qualquer tipo de visto que permite o trabalho de estrangeiros no país. Em geral, não há restrições para a concessão de vistos que digam respeito à nacionalidade do requerente e se esse possui esposa ou criança menor de 18 anos.

A legislação estabelece 7 (sete) categorias de visto:

- Trânsito,
- Turista,
- Temporário,
- Permanente,
- Cortesia,
- Oficial, e
- Diplomático.

Os vistos de Turista, Temporário e Permanente são os mais comumente utilizados para imigrar no Brasil.

11.1. Vistos para Viagens de Negócios de Curto Prazo e para Turistas

Cidadãos de alguns países necessitam de visto para viajar ao Brasil a negócios de curto prazo ou para fins de turismo. Os visitantes que vierem ao país com essas finalidades não poderão, em hipótese alguma, prestar qualquer tipo de

serviço ou assistência técnica, tampouco receber qualquer tipo de remuneração no Brasil.

O visto para viagens de negócios pode ser obtido no Consulado Brasileiro que tiver jurisdição sobre o local de residência do requerente. O pedido do visto de negócios deve consistir basicamente numa carta de suporte da empresa que está requisitando a viagem do estrangeiro (tanto das empresas nacionais quanto das estrangeiras), constando:

- O objetivo da viagem e as atividades que serão desenvolvidas pelo estrangeiro no Brasil;
- Nomes, endereços e telefones dos contatos comerciais no Brasil;
- Data de chegada e data prevista para a saída;
- Garantia de responsabilidade moral e financeira pelo requerente durante sua permanência no Brasil.

O visto para viagens de negócios de curto prazo permite ao estrangeiro participar de reuniões, conferências, feiras e seminários, visitar clientes em potencial, realizar pesquisas de mercado ou atividades similares. Conforme já aventado acima, os detentores desse tipo de visto não devem trabalhar no Brasil, sob pena de aplicação de multa sobre a empresa requerente, bem como de deportação do estrangeiro.

No caso de visto para turistas, normalmente é necessária apenas passagem aérea de ida-e-volta e prova de capacidade financeira de manutenção durante a visita ao Brasil. Esse tipo de visto aplica-se somente para fins turísticos, estando sujeitos às cominações acima descritas àqueles que extrapolarem sua finalidade.

Se for necessário um visto para o país ao qual o requerente se dirigirá ao deixar o Brasil, esse visto já deverá constar no passaporte antes que seja solicitado o visto brasileiro.

O visto para os fins aqui mencionados é geralmente concedido em 24 horas. Esse tipo de visto pode ser concedido por prazo de validade de até 90 dias consecutivos, a contar da data da primeira chegada no Brasil. Ele pode ser utilizado para múltiplas entradas durante o período para o qual foi concedido. Uma prorrogação por um máximo de 90 dias pode ser obtida junto às autoridades de imigração no Brasil, antes do vencimento do visto. Em qualquer hipótese, o estrangeiro não pode permanecer no país por mais de 180 dias num período de 365 dias (note-se, não se trata de um ano-calendário, mas de 365 dias corridos).

11.2. Visto Temporário de Trabalho

Para pessoas que venham ao Brasil em caráter temporário para fins de trabalho, existem várias espécies de vistos que são cabíveis de acordo com cada situação ou circunstância. Os principais vistos aplicáveis às situações mais costumeiras são os seguintes:

Profissionais com contrato de trabalho com empresa brasileira

Esse visto é aplicável às pessoas que estão temporariamente empregadas em uma empresa brasileira, em cargo que exija conhecimentos e *know-how* especializados, não encontrados no Brasil. O visto pode ser concedido por um período de, inicialmente, até dois anos, podendo ser prorrogado por, no máximo, igual prazo. É necessário comprovar experiência profissional do estrangeiro de, no mínimo, um ano na atividade que ele realizará no Brasil, no caso de este profissional possuir diploma de ensino superior. Não possuindo diploma, é necessário comprovar, no mínimo, dois anos de experiência. Para exercer atividades laborais no Brasil, o estrangeiro deve comprovar que possui elevado nível de conhecimento e ampla experiência profissional, além de habilidades gerenciais não facilmente encontradas nos profissionais disponíveis no mercado brasileiro. A empresa brasileira deve cumprir com a regra dos 2/3, que determina que 2/3 do número de cargos de empregados e do valor da folha de salários da empresa seja pertencente a cidadãos brasileiros, e deve apresentar, ainda, informações concernentes à sua estrutura salarial, assim como definir a remuneração do estrangeiro no exterior e no Brasil. É necessário que o candidato a esse tipo de visto receba ao menos parte de sua remuneração no Brasil, sendo que a remuneração no país deve ser aproximadamente 25% maior do que o último salário do profissional no exterior.

Técnicos sem vínculo empregatício

O visto técnico aplica-se a estrangeiros que venham ao Brasil prestar serviços de assistência técnica ou transferência de tecnologia com base em Acordo ou Contrato de Prestação de Serviços Técnicos ou Transferência de Tecnologia firmado entre empresas brasileira e estrangeira. Esse tipo de visto não é apropriado para estrangeiros que venham desenvolver atividades meramente administrativas, financeiras ou gerenciais. No caso de empresas que não pertençam ao mesmo grupo econômico, o Contrato de Prestação de Serviços Técnicos ou Transferência de Tecnologia deve ser registrado perante o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), anteriormente ao protocolo do

pedido de visto. Nesse caso, os estrangeiros não são empregados da empresa brasileira e devem receber sua remuneração inteiramente de fonte no exterior. A empresa brasileira deve responsabilizar-se por todas as despesas médicas do estrangeiro e seus dependentes, enquanto perdurarem suas atividades no Brasil. O visto pode ser concedido pelo prazo de um ano, podendo ser renovado por mais um ano, desde que cumpridos os requisitos para prorrogação. Em casos de emergência, o visto técnico pode ser concedido pelo Consulado Brasileiro com jurisdição sobre a residência do estrangeiro por um período não-prorrogável de 30 dias, uma única vez a cada período de 90 dias. Emergência é definida como situação fortuita que coloque em risco iminente a vida, o meio ambiente, o patrimônio ou que tenha gerado a interrupção da produção ou da prestação de serviços da empresa brasileira.

Artistas e desportistas

O requerimento desse visto deve ser submetido ao Ministério do Trabalho do Brasil pela organização brasileira que estiver patrocinando o evento para o qual estão sendo solicitados os serviços do estrangeiro. Também são necessárias informações acerca do evento e do respectivo contrato.

Jornalista estrangeiro

Esse visto destina-se aos jornalistas estrangeiros trabalhando temporariamente no Brasil como correspondentes de empresa de comunicação estrangeira, que dá suporte ao requerimento de visto. O candidato não pode receber seu salário no Brasil. O pedido do visto deve ser feito diretamente ao Consulado Brasileiro no exterior com jurisdição sobre a residência do estrangeiro.

Tripulantes em navios fretados, contratados para prestação de serviços ou arrendados

São necessárias, para a obtenção do visto, autorização para a operação do navio em águas nacionais e relatório da Marinha, e cópia do respectivo contrato. Parte da tripulação deve ser formada por brasileiros.

Cientistas pesquisadores

Este visto é direcionado a professores, técnicos, cientistas e pesquisadores que pretendam realizar atividades em escolas ou universidades brasileiras, públicas

ou privadas, ou ainda em instituições de pesquisa. Uma carta-suporte da entidade patrocinadora da vinda do estrangeiro é necessária, além do termo de admissão ou contrato de trabalho respectivo.

Assistência social

O visto temporário pode ser concedido por prazo de até dois anos para estrangeiros que venham ao Brasil para prestar serviços religiosos ou de assistência social como voluntários. O estrangeiro não pode receber remuneração pelo trabalho voluntário no Brasil.

O candidato para quaisquer dos tipos de vistos acima descritos, com exceção dos vistos para correspondentes e voluntários para serviços religiosos e de assistência social, deve obter uma Autorização de Trabalho das autoridades brasileiras. É um ato administrativo, de competência do Ministério do Trabalho, que perfaz uma exigência das Autoridades Consulares Brasileiras, de acordo com a legislação nacional, para a obtenção da concessão de visto permanente e/ou temporário por parte de estrangeiros que desejem trabalhar no Brasil. Após a aprovação do pedido, a autorização de trabalho é publicada no Diário Oficial da União, e o consulado designado é notificado. Depois disso, o candidato estrangeiro pode requerer a concessão do visto.

11.3. Outros Tipos de Visto Temporário

Existem outros tipos de vistos que se aplicam a estrangeiros que venham ao Brasil para propósitos outros que não o trabalho. Nesses casos, os estrangeiros não podem trabalhar nem receber qualquer remuneração de fonte brasileira. Os principais vistos aplicáveis às situações mais costumeiras estão listados a seguir:

Missão de estudos e missão religiosa

Visto concedido a religiosos com missões específicas no Brasil por até um ano.

Estudante

Esse visto pode ser obtido no Consulado Brasileiro que tiver jurisdição sobre o local de residência do requerente. Estudantes estrangeiros em programas

de intercâmbio devem apresentar documentos escolares e documentos relativos ao programa de intercâmbio.

Trainees

Visto destinado a estrangeiros que pretendem vir ao Brasil para atender a programas de *trainee* durante o período de 12 meses após a graduação, sem a existência de relação de trabalho perante qualquer entidade nacional. É necessária a apresentação de comprovante de graduação nos últimos 12 meses da data de requerimento do visto, bem como comprovante de que qualquer espécie de remuneração será paga exclusivamente fora do Brasil.

Programas de estágio

Esse visto destina-se a estrangeiros admitidos em programas de estágio, incluindo empregados de companhias estrangeiras com subsidiárias no país, sem qualquer relação de trabalho com entidades brasileiras. É exigida a formalização de termo de compromisso entre a instituição brasileira, o estagiário e a entidade controladora do programa. Esse visto tem a duração máxima de um ano.

Tratamento médico-hospitalar

Disponível para estrangeiros que pretendam vir ao Brasil para fins de tratamento de saúde. Para a concessão do visto, é necessária recomendação médica e comprovação de meios para custeamento do tratamento.

11.4. Visto de Trabalho Permanente

O visto de trabalho permanente pode ser emitido, basicamente, sob quatro circunstâncias:

Relação familiar com cidadão brasileiro

No caso de o candidato(a) ser casado com cidadã(ão) brasileiro ou possuir filhos brasileiros, ele(a) pode requerer o visto permanente no Consulado Brasileiro no exterior, antes de vir para o país, ou pode requerê-lo no Ministério da Justiça, no caso de já se encontrar no Brasil. Nesse caso, o candidato(a) é autorizado a trabalhar em território nacional.

Aposentadoria

O visto permanente pode ser concedido a estrangeiros que já tenham se aposentado no país de origem e desejem transferir sua residência para o Brasil. O estrangeiro deve comprovar a capacidade de transferir, no mínimo, US\$2.000,00 (dois mil dólares norte-americanos) por mês.

Diretor estatutário de empresa brasileira

O visto permanente também pode ser concedido no caso de uma empresa estrangeira ter uma filial ou subsidiária no Brasil e, pretender transferir um diretor estatutário ou gerente para a empresa brasileira. Assim, indivíduos que serão permanentemente transferidos ao Brasil para trabalhar para uma filial ou subsidiária de uma companhia estrangeira na função de diretor ou gerente podem solicitar um visto de trabalho permanente. Para requerer um visto permanente para seu diretor ou gerente, a empresa deve ter, no mínimo, US\$ 200.000,00 (duzentos mil dólares norte-americanos) de investimentos estrangeiros, para cada diretor estrangeiro indicado, registrados perante o Banco Central do Brasil, ou no mínimo US\$ 50.000,00 (cinquenta mil dólares norte-americanos) investidos, comprometendo-se a gerar, durante os dois anos posteriores, no mínimo 10 novos empregos. O estrangeiro deve ser indicado como diretor estatutário da empresa brasileira, condicionando sua posse à obtenção do visto permanente, e, portanto, devendo ser confirmado no cargo posteriormente à concessão do visto. Caso o estrangeiro seja indicado a mais de um cargo de diretor estatutário em empresas do mesmo grupo econômico, as empresas devem submeter o pedido de exercício do cargo em concomitância à aprovação do Ministério do Trabalho.

Investidor estrangeiro – pessoa física

O visto permanente pode também ser concedido à pessoa física que comprovar investimento de, no mínimo, US\$ 50.000,00 (cinquenta mil dólares norte-americanos) em empresa brasileira já existente ou recém-constituída. Excepcionalmente, o Ministério do Trabalho pode conceder visto permanente para estrangeiro investidor que invista quantia inferior a US\$ 50.000,00 (cinquenta mil dólares), desde que este apresente plano de absorção de mão-de-obra nacional relativo aos cinco anos posteriores e que tal plano seja capaz de gerar, no mínimo, 10 (dez) novos empregos.

Ademais, pessoas que trabalham no Brasil em caráter temporário, independentemente do fato de ser a companhia brasileira ou estrangeira, por

quatro anos, também podem solicitar a mudança da sua condição para permanente. Para se obter autorização de trabalho permanente para um indivíduo que estiver trabalhando no Brasil em caráter temporário nesses termos, deve ser feita prévia solicitação ao Ministério da Justiça, com pelo menos 30 dias de antecedência do término do período de quatro anos.

11.5. Registros ao Ingressar no Brasil

Os estrangeiros que ingressam em território nacional mediante visto de trabalho temporário ou permanente devem registrar-se na Polícia Federal/Ministério da Justiça e obter o cartão de Identidade de estrangeiros dentro de 30 dias após a sua chegada no Brasil. Essa exigência se refere apenas a estrangeiros residentes no Brasil, imigrantes e residentes temporários que vêm a título de trabalho. Artistas, desportistas, turistas ou pessoas a negócios de curto prazo não precisam registrar-se.

Os possuidores de visto de trabalho temporário ou permanente (salvo os acima excetuados) devem também se registrar perante a Fazenda Nacional para fins tributários, sendo que toda a remuneração por eles recebida deve ser taxada em conformidade com a legislação brasileira.

Os profissionais empregados por empresa brasileira devem obter sua Carteira de Trabalho em conformidade com a legislação trabalhista nacional. A empresa brasileira deve apresentar a comprovação dos devidos registros ao Ministério do Trabalho no prazo de 90 dias a contar da entrada do estrangeiro no Brasil.

Estrangeiros portadores de vistos permanentes e vistos temporários de trabalho para Profissionais com Contrato de Trabalho com Empresa Brasileira estão sujeitos à tributação no Brasil a partir da sua entrada no país. Os demais portadores de vistos temporários são considerados residentes fiscais no Brasil a partir do 183º (centésimo octogésimo terceiro) dia de permanência no país.

O visto de trabalho vincula o estrangeiro à empresa brasileira que foi responsável pela sua chamada. A mudança de empregador está sujeita à prévia aprovação do Ministério da Justiça e do Ministério do Trabalho.

Em sua saída definitiva do Brasil e respectiva repatriação, o estrangeiro deve apresentar à Receita Federal uma Declaração de Saída Definitiva e requerer o cancelamento de seu cadastro com o objetivo de suspender o recolhimento dos impostos devidos. A empresa brasileira deve informar ao Ministério do Trabalho o término do contrato de trabalho com o estrangeiro e sua repatriação para fins de cancelamento do visto e registro do estrangeiro.

11.6. Viagens Preparatórias para Trabalho Permanente ou Temporário

Pessoas que precisam vir para tratar exclusivamente de negócios no Brasil antes de obter a autorização de trabalho e o visto apropriado, podem fazê-lo obtendo um visto de negócios de curto prazo. Entretanto, essas pessoas não podem receber remuneração ou trabalhar no Brasil até que essa autorização e o devido visto sejam obtidos. Além disso, o visitante deve obter o visto permanente ou temporário fora do Brasil perante o Consulado Brasileiro com jurisdição sobre a residência do estrangeiro.

11.7. Trabalho de Cônjuges e Filhos

Cônjuges e filhos acompanhantes podem permanecer no país como dependentes do detentor do visto por todo o período concedido. Não podem, entretanto, empregar-se ou realizar qualquer atividade de trabalho enquanto estiverem residindo no Brasil em caráter temporário, porém podem fazê-lo se o visto for modificado para um de residência permanente.

12. Aquisição de Bens Imóveis no Brasil

12.1. Introdução

De acordo com a lei brasileira, a lei do país onde estão situados os bens é a lei competente para classificá-los e reger as relações a eles concernentes (*lex rei sitae*). No Brasil, todas as questões relativas a bens imóveis estão principalmente disciplinadas pelo Código Civil Brasileiro (CCB).

O CCB classifica os bens sob o critério físico em duas categorias gerais: móveis e imóveis. São considerados bens móveis aqueles que podem ser removidos por força alheia ou que possuem movimento próprio, sem que isso cause dano ou desvalorização do bem.

Bens imóveis são aqueles que, por sua natureza de imobilidade ou fixação ao solo, seja natural ou artificial, não podem ser removidos no todo ou em parte, sem se desfazerem ou se destruírem, ou seja, sem alteração de sua substância. Na categoria de bens imóveis estão compreendidos o solo e tudo o que lhe foi incorporado natural ou artificialmente.

A lei também confere tratamento de bens imóveis a alguns *direitos*. É o que ocorre com os direitos reais sobre coisas imóveis, as ações que asseguram os referidos direitos e o direito à sucessão aberta, ainda que a herança seja formada somente por bens móveis.

Em regra, o proprietário do solo é também proprietário do subsolo. Pode assim efetuar construções em profundidade que lhe seja útil, por exemplo, para a construção de porões ou garagem subterrânea. Todavia, o proprietário não pode impedir que terceiros empreendam atividades em profundidade que não lhe cause risco, sobretudo se realizadas no benefício do interesse social (por exemplo, perfuração do solo para instalação de metrô, passagem de condutos subterrâneos, etc.).

O CCB não considera como propriedades do solo as jazidas, minas e demais recursos minerais, os potenciais de energia hidráulica, os monumentos arqueológicos e outros bens referidos em leis especiais. Dessa forma, o CCB distingue o limite da propriedade do solo e da propriedade dos elementos do subsolo (recursos minerais e potenciais de energia hidráulica) reservados à União. Por essa razão, a exploração de recursos minerais e de potencial hidroelétrico requer autorização ou licença de exploração federal.

Regra semelhante à do subsolo rege o espaço aéreo. O proprietário do imóvel tem liberdade de construir verticalmente em seu terreno, desde que dentro das limitações legais (v.g., limites impostos pelas normas de zoneamento). Pode também impedir que haja construção alheia em seu terreno ou realização de obras que possam lhe causar dano ou colocá-lo em perigo. Não pode, no entanto, impedir atividades que se realizem a certa altura e que não acarretem risco à sua segurança (rota de aviões, instalações de cabos aéreos em altura segura, etc.).

Pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras podem adquirir propriedades imóveis da mesma forma que as nacionais. No entanto, é importante ressaltar que, de acordo com a Instrução Normativa n.º 200 da Secretaria da Receita Federal, pessoas físicas ou jurídicas não-residentes deverão – previamente à aquisição de quaisquer propriedades imóveis localizadas no território nacional –, estar devidamente inscritas no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas. Além disso, outras restrições deverão ser observadas, uma vez que os imóveis sujeitos da negociação não podem estar localizados na faixa costeira, em áreas fronteiriças ou em áreas designadas como sendo de segurança nacional.

Áreas rurais podem ser adquiridas, desde que observadas certas restrições, que são tratadas no item 12.3.3. a seguir. Pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras também podem adquirir direitos reais relativos a imóveis.

12.2. Posse e Propriedade

Os direitos mais importantes referentes aos bens são a posse e a propriedade.

Direito de Posse

A posse advém da utilização do bem pelo sujeito como se dele fosse proprietário. A partir do momento em que o sujeito age em nome próprio e a sua conduta exterioriza um comportamento normal de dono, ele é possuidor do bem. Posse é, portanto, o direito de exercer os poderes inerentes à propriedade, como, por exemplo, o direito de reclamar, manter ou ser restituído na posse da coisa, o direito de perceber os frutos do bem (incluindo aluguéis e outros rendimentos relacionados à coisa), o direito de ser reembolsado pelas benfeitorias necessárias realizadas no bem e o direito de reter o bem em sua posse.

A posse se extingue quando cessa o poder exercido sobre a coisa ou a faculdade de exercer algum dos direitos inerentes à propriedade, mesmo contra a vontade

do possuidor. Entre as hipóteses de perda da posse, destacam-se as seguintes: o abandono do bem, a transmissão da posse, a perda ou destruição do bem, ter sido ele (o bem) posto fora do comércio, a posse de outrem, o fato de a posse não ter sido mantida ou reintegrada no tempo previsto em lei e o constituto possessório (*i.e.*, quando um legítimo possuidor transfere a sua posse a outro e ainda conserva a coisa em seu poder, porém em nome do adquirente da posse).

Direito de Propriedade

É o mais relevante de todos os direitos referentes aos bens e o CCB o define como sendo o direito do indivíduo de usar, gozar e dispor da coisa e de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. É um direito absoluto e exclusivo.

A propriedade é considerada plena quando todos os direitos que lhe são inerentes (usar, gozar, dispor da coisa e reavê-la) encontram-se reunidos na pessoa do titular e é considerada *limitada* quando está desprovida de algum daqueles direitos, que é exercido por outra pessoa. Note-se, entretanto, que na hipótese do condomínio (ou co-propriedade), em princípio, não há propriedade limitada, mas plena. No condomínio, cada proprietário tem direito de propriedade sobre a fração ideal de um bem. Em regra, os direitos elementares à propriedade podem ser exercidos, ao mesmo tempo, por todos eles, em relação a um mesmo bem.

O direito de propriedade pode ser limitado em razão de interesse público ou em razão de respeito aos direitos de propriedade de terceiros, nas seguintes situações:

- desapropriação de bens particulares pelo Poder Público (transferência obrigatória de propriedade para a autoridade expropriante mediante indenização);
- restrições impostas pelas divisões da zona urbana (zoneamento), como, por exemplo, os limites referentes à construção de prédios, instalação de indústrias etc., estabelecidos pelo plano diretor do município onde se localiza o bem;
- restrições impostas em razão do interesse e da segurança nacionais, como a proibição de aquisição por particulares de terras compreendidas na faixa de 150 quilômetros das fronteiras nacionais e na faixa costeira; e
- restrições ao direito de disposição dos bens, para proteger o direito dos credores, no caso de o proprietário ser insolvente, ou ter falência ou concordata decretada.

12.3. Aquisição e Perda da Propriedade

12.3.1. Disposições Gerais

De acordo com a lei brasileira, a propriedade de bens imóveis é constituída após o registro do instrumento público ou particular que materializou a sua venda no Registro de Imóveis do lugar onde o imóvel está situado.

A execução de um contrato que envolve a propriedade de um bem imóvel que não foi devidamente registrado só produz efeitos entre as partes contratantes e, portanto, não é oponível contra terceiros.

Adquire-se a propriedade de um bem imóvel pelo registro do título translativo da propriedade, decorrente de qualquer ato, como: (i) a transmissão do bem por ato *inter vivos*; (ii) a acessão (que é o aumento do terreno decorrente, por exemplo, de deslocamento de uma faixa de terra causada por forças naturais); (iii) a usucapião (que é a aquisição da propriedade pela posse contínua e pacífica do bem por um período de tempo estipulado por lei); e (iv) o direito hereditário.

No sistema de registro de imóveis, vigora, entre outros, o princípio da prioridade. Segundo ele, tem prioridade aquele sujeito que registra primeiro o imóvel ou apresenta o título para registro.

Também devem ser registrados junto ao Cartório de Registro de Imóveis competente quaisquer títulos que importem na modificação, extinção, transmissão ou criação de direitos sobre propriedades imóveis, tais como: (i) julgados que põem fim à indivisão de um bem, nas ações divisórias; (ii) sentenças que adjudicam bens de raiz como pagamento das dívidas da herança, nos inventários e partilhas; (iii) arrematações e adjudicações em hasta pública; e (iv) sentenças de separação, divórcio e nulidade de casamento, quando estiver envolvida no ato a distribuição de propriedades sobre bens imóveis e de direitos reais a eles relativos.

As principais causas de extinção da propriedade sobre bens imóveis são:

- a desapropriação, que é o ato unilateral do Poder Público, por meio do qual é realizada a transferência da propriedade de um indivíduo à autoridade expropriante, mediante a indenização do proprietário, em razão de interesse público;
- a transferência, que é a transmissão, a qualquer título, a terceiro (por ato *inter vivos*, *mortis causa*, a título oneroso ou gratuito etc.);
- a renúncia (se o herdeiro renuncia à herança, por exemplo); e
- o abandono ou a destruição do bem.

12.3.2. Considerações e Requisitos Gerais para a Aquisição de Bem Imóvel

A aquisição por ato *inter vivos* de um bem imóvel no Brasil é acordada entre o vendedor e o comprador mediante um contrato de compra e venda.

Se a propriedade é adquirida por um único comprador, ou seja, sem a constituição de condomínio, este tem então o direito de propriedade absoluto sobre o bem. No caso de aquisição por mais de um comprador, com a constituição de condomínio, cada condômino tem o direito de exercer todos os direitos de propriedade, desde que compatíveis com a indivisibilidade da coisa (por exemplo, um dos condôminos não pode alienar o bem sem a anuência dos demais, devendo ser distribuído entre todos eles o preço da venda do imóvel).

A Lei n.º 4.591/64 regulava o condomínio de apartamentos e/ou salas para escritórios, onde em único terreno são construídos vários apartamentos e/ou salas, constituindo cada um uma unidade autônoma e uma fração do terreno, inaplicável nesse caso a indivisibilidade anteriormente mencionada. O CCB alterou profundamente a Lei n.º 4.591/64, mantendo, no entanto, o mesmo conceito. Dentre as inovações, destaca-se a nova disciplina de aplicação de multas aos condôminos que deixam de cumprir os deveres inerentes à sua condição (contribuir para despesas comuns, não realizar obras que comprometam a segurança da edificação, não utilizar as suas partes de maneira prejudicial ao sossego, etc.).

Além dos requisitos específicos para a transferência de propriedade imóvel no Brasil, a lei brasileira exige, como em qualquer tipo de contrato, que as partes de um contrato de compra e venda de bem imóvel possuam a capacidade geral para a realização de qualquer ato jurídico, ou seja, sejam maiores, capazes, ou estejam devidamente representadas.

12.3.3. Aquisição de Propriedade Rural por Estrangeiros

De acordo com a legislação brasileira, é considerado imóvel rural o prédio rústico, de área contínua, qualquer que seja a sua localização, que se destine à exploração extrativa, agrícola, pecuária ou agroindustrial, seja pela iniciativa privada ou por meio de planos públicos de valorização.

A aquisição de propriedade rural por estrangeiros residentes no país ou pessoas jurídicas estrangeiras autorizadas a operar no Brasil é regulada pela Lei nº 5.709/71. Essa lei estabelece que o estrangeiro pessoa física residente no Brasil

não pode ser proprietário de terras que excedam à extensão equivalente a 50 (cinquenta) módulos rurais, cuja dimensão é determinada para cada zona de características econômicas e ecológicas homogêneas e pelo tipo de exploração rural que nela possa ocorrer.

O estrangeiro residente no exterior não pode adquirir terras no Brasil, não se aplicando tal restrição no caso de aquisição por sucessão legítima. Por outro lado, as restrições à aquisição de propriedades rurais por empresas brasileiras controladas por capital estrangeiro estão sendo questionadas, uma vez que a Emenda Constitucional de 1995 extinguiu a distinção entre empresas brasileiras e empresas brasileiras controladas por capital estrangeiro. Contudo, as restrições relativas a estrangeiros e empresas estrangeiras com autorização para operar no Brasil permanecem em vigor.

A Lei nº 5.709/71 dispõe que as empresas estrangeiras somente podem adquirir propriedade rural para fins de desenvolvimento e implementação de projetos agropecuários, de industrialização ou de colonização, e somente é concedida a autorização para a aquisição da propriedade rural se o desenvolvimento de tais projetos fazem parte do objeto social das empresas estrangeiras interessadas. Os projetos dependem de aprovação do Ministério da Agricultura ou do Departamento de Comércio e Indústria do Brasil, conforme o caso, para sua implementação.

O Presidente da República, por meio de decreto especial, pode autorizar a aquisição de propriedade rural por empresas estrangeiras sob condições não previstas na lei em vigor, nos casos em que tal aquisição seja importante para a implementação de projetos para o desenvolvimento nacional.

12.4. Tributação

O Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) é o imposto de competência dos municípios que incide sobre todas as transmissões *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis por natureza, ou a cessão física e de direitos reais a eles relativos (exceto os direitos reais de garantia), bem como a cessão de direitos a sua aquisição. Por exemplo, a alíquota estabelecida para o Município de São Paulo pela Lei Municipal nº 11.154 varia de 2% a 6% sobre o valor da transferência, dependendo do valor da propriedade.

O ITBI não incide quando a transferência do bem imóvel ou dos direitos a ele relativos é realizada para integralização do capital social de empresas, ou quando decorrente de uma fusão, incorporação, cisão ou extinção de uma

pessoa jurídica, exceto se a comercialização e locação de bens imóveis for a atividade principal da pessoa jurídica incorporada, fundida, cindida ou extinta.

12.5. Fundos de Investimento Imobiliário

Os Fundos de Investimentos Imobiliários foram criados com o objetivo de incentivar o desenvolvimento de empreendimentos imobiliários para posterior venda ou locação. A Comissão de Valores Mobiliários (CVM) precisa autorizar, regulamentar e inspecionar a administração e operação dos Fundos de Investimentos Imobiliários.

Os Fundos de Investimento Imobiliário têm sido muito utilizados ultimamente como meio de angariar recursos para a construção de *Shopping Centers* por todo o Brasil. Anteriormente, eram utilizados para esses fins os recursos dos Fundos de Pensão, mas atualmente os Fundos de Pensão estão investindo nesse setor indiretamente, por meio de transações realizadas por meio das participações nos Fundos de Investimentos Imobiliários.

Tanto pessoas físicas quanto pessoas jurídicas estrangeiras podem adquirir essas participações. O investimento estrangeiro, devidamente registrado perante o Banco Central do Brasil, possibilita a posterior remessa do investimento e dos respectivos ganhos para o exterior. Os ganhos de capital decorrentes do investimento em Fundos Imobiliários estão sujeitos ao IR, à alíquota de até 20%, incidente sobre o valor da venda de quotas de Fundos de Investimento Imobiliários.

13. Legislação Ambiental

A legislação ambiental brasileira divide-se em dois momentos bem distintos: antes e depois de 1981.

Até 1981 eram tidas como poluição, para todos os efeitos, as emissões das indústrias que não estivessem de acordo com os padrões estabelecidos por leis e normas técnicas. Naquela época, sob o pressuposto de que toda a atividade produtiva causa um certo impacto ao meio ambiente, eram plenamente toleradas as emissões poluentes que atendessem a determinados parâmetros.

Esse sistema era, no seu todo, bastante coerente: (i) zoneamento industrial, para confinar as empresas mais poluentes em locais próprios para absorver volumes significativos de poluição; (ii) licenciamento às indústrias, para dividi-las geograficamente em compasso com esse zoneamento industrial; e (iii) parâmetros para as emissões poluentes, como forma de assegurar que as zonas industriais não esgotariam rapidamente sua capacidade de absorver e metabolizar tais emissões.

13.1. A Política Nacional do Meio Ambiente

A Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, conhecida como Política Nacional do Meio Ambiente, introduziu uma diferença conceitual que serviu como um divisor de águas. Não há mais dano ambiental a salvo da respectiva reparação; a rigor, não há mais emissão poluente tolerada. A partir da entrada em vigor dessa legislação, considera-se que, mesmo o resíduo poluente, tolerado pelos padrões estabelecidos, pode causar um dano ambiental e, portanto, sujeitar o causador do dano ao pagamento de uma indenização. É o conceito da responsabilidade objetiva, ou do risco da atividade, segundo o qual os danos não podem ser partilhados com a comunidade.

A sutil diferença está em que uma empresa pode estar atendendo aos limites máximos de poluição legalmente impostos, e assim mesmo vir a ser responsabilizada pelos danos residuais causados. Para tanto, basta que se prove um nexo de causa e efeito entre a atividade da empresa e um determinado dano ambiental. Isso é, em essência, o que se chama de responsabilidade objetiva: para que se constitua a obrigação de reparar um dano ambiental, não é absolutamente necessário que ele tenha sido produzido em decorrência de um ato ilegal (o não-atendimento aos limites normativos de tolerância, a concentração ou a intensidade de poluentes), até porque a responsabilidade objetiva dispensa a prova

da culpa. É suficiente, em síntese, que a fonte produtiva tenha produzido o dano, atendendo ou não aos padrões previstos para as emissões poluentes.

Complementando essa idéia de tutela do meio ambiente, a mesma Lei nº 6.938/81 conferiu ao Ministério Público (aos Promotores) legitimidade para atuar em defesa do meio ambiente. Como o meio ambiente é algo que pertence a todos, mas a ninguém individualmente, nada mais adequado do que atribuir a proteção desse interesse, que se tem como difuso, a um órgão afeito à tutela dos interesses públicos. Além disso, a partir da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, estendeu-se essa legitimidade também às entidades ambientalistas – as Organizações Não-Governamentais (ONGs), e criou-se uma ação própria para a defesa judicial do meio ambiente: a ação civil pública.

13.2. A Constituição Federal

A Constituição Federal promulgada em outubro de 1988 dedicou um capítulo inteiro à proteção ao meio ambiente (Capítulo VI – Do Meio Ambiente; Título VIII – Da Ordem Social), e no seu todo possui 37 artigos relacionados ao Direito Ambiental e outros cinco atinentes ao Direito Urbanístico.

O texto constitucional estabeleceu uma série de obrigações das autoridades públicas, incluindo (i) a preservação e recuperação das espécies e dos ecossistemas; (ii) a preservação da variedade e da integridade do patrimônio genético e a supervisão das entidades engajadas em pesquisa e manipulação genética; (iii) a educação ambiental em todos os níveis escolares e a orientação pública quanto à necessidade de preservar o meio ambiente; (iv) a definição das áreas territoriais a serem especialmente protegidas; e (v) a exigência de estudos de impacto ambiental para a instalação de qualquer atividade que possa causar significativa degradação do equilíbrio ecológico.

Outro aspecto que mereceu especial atenção do texto constitucional foi o da competência legislativa da União, dos Estados e Municípios, quanto à matéria ambiental. É concorrente a competência entre a União e os Estados para legislar sobre a defesa do meio ambiente, cabendo à União estabelecer normas gerais e aos Estados suplementá-las.

13.3. Sanções Criminais

Em consonância com a preocupação constitucional acerca da proteção ambiental, em 12.02.1998 foi sancionada, com alguns vetos pelo Presidente da República, a Lei nº 9.605, que estabelece as sanções criminais aplicáveis

às atividades lesivas ao meio ambiente. Com esse objetivo básico, a Lei nº 9.605 substituiu as sanções criminais que estavam dispostas de forma esparsa em vários textos legais voltados à proteção ambiental, tais como o Código Florestal, o Código de Caça, o Código de Pesca, a Lei nº 6.938 de 31 de agosto de 1981 (art. 15), etc.

O objetivo dessa Lei é a responsabilização criminal do poluidor ou do degradador do meio ambiente, sem qualquer pretensão de derrogar a Lei nº 6.938/81, que regula as reparações civis decorrentes de atos danosos ao meio ambiente. O artigo 2º da Lei deixa claro que a responsabilização criminal se dá segundo o grau de culpa do agente, estando descartada, portanto, a idéia de responsabilidade objetiva também para efeitos criminais. Esse mesmo artigo inclui, entre os imputáveis criminalmente, não só o responsável direto pelo dano, como também outros agentes que, sabendo da conduta criminosa, se omitiram no sentido de impedir a sua prática, mesmo estando ao seu alcance evitá-la. Entre tais agentes co-responsabilizados pela Lei se incluem o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica. Nos termos literais desse preceito, assessores técnicos, auditores e advogados de empresas podem vir a responder criminalmente pelos danos ambientais produzidos com o seu conhecimento, desde que provado que poderiam de alguma forma evitá-los e não o fizeram.

O artigo 3º consagra a responsabilização criminal da pessoa jurídica, sem excluir a possível penalização das pessoas físicas que possam ser havidas como autoras ou co-autoras do mesmo fato danoso ao meio ambiente. O artigo 4º positiva outro conceito já cogitado em termos de responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente, que é o da desconsideração da personalidade jurídica. Esse princípio visa a tornar sem efeito qualquer artifício societário que se idealize para criar obstáculos formais ao pleno ressarcimento dos danos. A transferência de ativos à pessoa jurídica que sabidamente não possui condições de ressarcir os danos ambientais causados por esses ativos é um dos artifícios cuja utilização a lei pretendeu evitar.

A lei comina às pessoas físicas penas privativas de liberdade – prisão ou reclusão –, bem como penas restritivas de direitos, permitindo expressamente que estas últimas substituam as primeiras, desde que atendidos os pressupostos estabelecidos pelo artigo 7º. O primeiro pressuposto é o de que se trate de crime culposo ou cuja pena privativa de liberdade seja inferior a quatro anos. O segundo pressuposto, que fica a critério do Juiz, diz respeito a condições subjetivas do agente e a características do ato danoso, que venham a indicar que a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos seja suficiente para servir de reprovação e de prevenção ao crime. As penas restritivas de direitos são a prestação de serviços à comunidade, a interdição

temporária de direitos, a suspensão parcial ou total de atividades, a prestação pecuniária e o recolhimento domiciliar.

As sanções aplicáveis especificamente às pessoas jurídicas, segundo o artigo 21, são a multa, as penas restritivas de direitos e a prestação de serviços à comunidade. Para as pessoas jurídicas, as penas restritivas de direitos consistem em suspensão parcial ou total de atividades, interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade, e proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações. Está expressamente previsto, e isto é de capital importância para a defesa das pessoas jurídicas, que a suspensão de atividades é aplicada quando elas não estiverem obedecendo as disposições legais ou regulamentares relativas à proteção do meio ambiente, ao passo que a pena de interdição é aplicada quando o estabelecimento, obra ou atividade estiver funcionando sem a devida autorização – leia-se sem as licenças prévia, de instalação e de funcionamento preconizadas pela legislação ambiental – ou em desacordo com as licenças obtidas ou, ainda, em violação à disposição legal ou regulamentar.

O artigo 26 dispõe que a ação penal é pública, incondicionada, o que significa dizer que sua instauração independe da iniciativa do ofendido. A lei manteve, com algumas alterações, a sistemática prevista pela Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099, de 26.09.1995), que permite a transação penal e a suspensão condicional do processo, sob duas condições básicas: que a pena privativa de liberdade prevista para o ato danoso não seja superior a três anos e que tenha havido a prévia composição do dano ambiental (Artigos 27 e 28 da Lei nº 9.605/98 e Artigos 76 e 89 da Lei nº 9.099/95).

O texto legal abrange ainda as várias formas de degradação ambiental causadas por poluição, incluindo os danos causados pelas atividades mineradoras (Seção III). Não escapam do alcance da lei irregularidades meramente administrativas (ausência de licenciamento ambiental, por exemplo) e problemas crônicos concernentes à ocupação do solo urbano (áreas de mananciais). A lei também prevê a aplicação de multas, entre o mínimo de R\$ 50,00 e máximo de R\$ 50 milhões.

13.4. Sanções Administrativas

O Decreto nº 3.179, de 21.09.1999, regulamentou a Lei nº 9.605, de 12.02.1998, e atualizou o rol de sanções administrativas aplicável às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

Nos termos do artigo 2º do Decreto, as empresas infratoras podem ser punidas com as penalidades de advertência; multa simples ou diária, que podem variar entre R\$ 50,00 e R\$ 50 milhões; apreensão, destruição, inutilização ou suspensão da venda dos produtos utilizados na infração; embargo, suspensão ou demolição da obra ou atividade irregular; reparação do dano e penas restritivas de direito. As penas restritivas de direito previstas são a suspensão ou cancelamento do registro, licença permissão ou autorização da empresa irregular; perda, restrição ou suspensão de incentivos e benefícios fiscais e de linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito; proibição de contratar com a Administração Pública pelo período de até três anos.

Muito embora esse Decreto inclua, como sanção administrativa, a reparação aos danos causados, na verdade esse item não possui o caráter de penalidade administrativa a ser aplicada pelos órgãos de fiscalização federal, estaduais ou municipais, tais como as demais penalidades previstas no Decreto. A obrigação de reparar constitui, em realidade, decorrência da responsabilização civil prevista na Lei nº 6.938/81 e pode ser exigida independentemente da aplicação de sanções administrativas e/ou criminais.

As sanções administrativas previstas no Decreto nº 3.179/99, portanto, podem ser complementadas por ação do Ministério Público visando à reparação do dano causado ao meio ambiente e à responsabilização criminal do infrator, nos termos das Leis n.º 6.938/81 e 9.605/98, com a peculiaridade de que as infrações administrativas e a responsabilização criminal regem-se pela responsabilidade subjetiva, que depende da demonstração de culpa ou dolo por parte do infrator, enquanto o dever de reparar dispensa a prova de culpa e depende exclusivamente do estabelecimento de um nexo causal entre a ação ou omissão do infrator e o dano causado (*strict liability*).

13.5. O Sistema Nacional do Meio Ambiente

Há todo um sistema de órgãos federais destinado a atribuir eficácia à legislação ambiental. O Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama) compreende o Conselho Nacional do Meio Ambiente – Conama (órgão normativo, consultivo e deliberativo), o Ministério do Meio Ambiente (órgão central, com atribuições de coordenação, supervisão e controle da Política Nacional de Meio Ambiente) e o Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama – (o órgão executivo).

Completam o Sisnama, ainda, outros órgãos da administração federal, fundações públicas voltadas à proteção do meio ambiente e entidades dos poderes executivos estaduais e municipais (Secretarias Estaduais e Municipais do Meio Ambiente; Agências Ambientais – CETESB/FEEMA/COPAM/IAP/CRA e outras), em suas respectivas jurisdições.

14. Privatização, Concessões e Parcerias com a Administração Pública

Neste capítulo, serão abordadas as formas pelas quais a iniciativa privada vem assumindo atividades antes exploradas exclusivamente pelo Estado, especificamente, da privatização, da concessão de serviços públicos e de outras formas de parceria.

A privatização ou desestatização é geralmente definida como o ato pelo qual a Administração transfere ao setor privado o controle acionário de empresas estatais, caracterizado pela alienação de ações dessas empresas por meio de uma licitação pública. Nas privatizações pode ocorrer, simultaneamente à transferência do controle acionário, a transferência para o setor privado da prestação de serviços públicos afeitos a essas empresas, que é feita mediante a celebração de um contrato de concessão.

A concessão é o ato por meio do qual o Estado transfere ao ente privado o exercício de um serviço público e este aceita prestá-lo em nome do Poder Público, mas por sua conta e risco, que se remunera com a própria exploração do serviço, por meio da cobrança de uma tarifa. A outorga de concessão está vinculada à realização de prévia licitação.

A parceria, por sua vez, é um termo amplo para designar a associação do Poder Público com o setor privado para a realização de um determinado serviço de interesse público, como a construção de uma obra pública, a prestação de um serviço público ou ambos. Ressalte-se que as parcerias diferem das concessões, essencialmente, pela forma de remuneração do ente privado, uma vez que os parceiros privados podem ser remunerados tanto por meio de tarifas quanto por meio de pagamentos diretos realizados pelo Estado, ou uma combinação de ambos, ao passo que a remuneração das concessões é feita exclusivamente por meio de tarifas.

Com isso, verifica-se que nas concessões impera o preceito da livre iniciativa, em que o lucro dos concessionários depende exclusivamente de sua eficiência, visto que a remuneração, como dito, é tarifária. Por sua vez, as parcerias podem não estar sujeitas ao regime da livre iniciativa, pois a remuneração pode ser feita (integral ou conjuntamente com a remuneração tarifária) mediante pagamento direto do Estado, o que confere maior garantia ao investidor privado.

14.1. Programa Nacional de Desestatização

O Programa Nacional de Desestatização foi instituído pela Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, sendo atualmente regulado pela Lei nº 9.491, de 09 de setembro de 1997, e seu respectivo Decreto nº 2.594, de 15 de maio de 1998. A referida Lei trata da alienação de empresas, inclusive instituições financeiras, controladas direta ou indiretamente pela União, bem como a transferência, para a iniciativa privada, da execução de serviços públicos explorados pela União, diretamente ou através de entidades controladas, bem como dos serviços de sua responsabilidade.

O Conselho Nacional de Desestatização (CND), composto por Ministros de Estado e subordinado diretamente ao Presidente da República, é o órgão superior responsável pela condução do processo de privatização de acordo com a citada Lei.

O Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) tem a função de gestor do Fundo Nacional de Desestatização, fornecendo apoio administrativo e operacional ao CND, contratando consultorias e serviços especializados necessários à execução das privatizações, articulando o sistema de distribuição de valores mobiliários e as Bolsas de Valores, dentre outras atribuições.

Até o momento, a maioria dos processos de privatização foi feita por meio de leilão em bolsas de valores brasileiras. A Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o artigo 37, XXI, da Constituição Federal, estabelece as regras para licitação. Essa Lei foi posteriormente complementada pela Lei n.º 8.883, de 8 de junho de 1994, pela Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998, e pela Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005, a qual estabelece novos procedimentos para editais e métodos de licitação, formas de pagamento e espécies de garantias aceitas, entre outros. Existe, em trâmite no Congresso Nacional, um projeto de lei que visa a alterar a Lei das Licitações, instituindo novas características para os processos licitatórios.

Um importante marco nas privatizações brasileiras foi a Lei Geral das Telecomunicações (Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997), que regulamenta a Emenda Constitucional n.º 8, de 15 de agosto de 1995, permitindo que o setor privado atue na prestação de serviços de telecomunicações. Anteriormente, o Congresso Nacional já havia aprovado a Lei nº 9.295/96, que permitiu a prestação de serviços de telefonia móvel por empresas privadas, desde que as concessões fossem delegadas a empresas brasileiras cuja maioria (pelo menos 51%) do capital votante fosse detida, direta ou indiretamente, por pessoas (jurídicas ou físicas) brasileiras.

O programa de privatização foi aplicado não somente à alienação das empresas estatais e à concessões de serviços públicos de competência do Governo Federal, mas também àquelas no âmbito dos Estados e Municípios. Cada Estado e Município tem poder para fixar regras para seu próprio programa e, portanto, a privatização de empresas controladas por Estados ou Municípios é feita de acordo com a legislação local específica. Nesse sentido, o Estado de São Paulo realizou um dos mais bem sucedidos programas de privatização no Brasil. A partir da publicação da lei estadual de privatização, São Paulo transferiu aos investidores privados, entre outras, a exploração dos serviços públicos de distribuição de gás canalizado (tanto na região metropolitana, através da Comgás, quanto no interior do estado, por intermédio da Gás Brasileiro e Gás Natural), assim como a geração (pela Paranapanema e pela Tietê, que resultaram da cisão parcial da CESP) e a distribuição de eletricidade (pela CPFL e pela Eletropaulo, duas das maiores distribuidoras brasileiras).

14.2. Concessão de Serviços Públicos

A Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (Lei das Concessões), que regula o Artigo 175 da Constituição Federal, estabelece as regras para a concessão de serviços públicos, excluindo expressamente de seu âmbito os serviços de transmissão de rádio e televisão. Essa Lei foi posteriormente modificada pela Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995, e pela Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005, sendo regulamentada, dentre outros, pelo Decreto nº 2.003, de 10 de setembro de 1996, e pelo Decreto nº 1.717, de 24 de novembro de 1995, os quais estabeleceram as regras e os procedimentos para a outorga de novas concessões, bem como a prorrogação das concessões existentes, inclusive no caso de certas concessões na área de energia elétrica. A Lei das Concessões dispõe, ainda, que as concessões devem ser outorgadas após um processo de licitação pública.

14.3. Principais setores privatizados ou em processo de privatização

As principais atividades econômicas que podem se enquadrar no regime de concessões ao setor privado e que já foram, ou podem ser, privatizadas no Brasil, são as seguintes:

- geração, transmissão e distribuição de energia elétrica e gás;
- petroquímicas;
- transporte municipal, rodoviário, ferroviário, aquaviário e aéreo;
- telecomunicações;

- portos, aeroportos, infra-estrutura aeroespacial, construção de estradas, represas, diques, docas e containeres;
- instituições financeiras;
- saneamento, tratamento e fornecimento de água, e tratamento de despejos industriais; e
- mineração e metalurgia.

14.4. Evolução e Resultados do Programa de Privatização

Desde a promulgação da Lei n.º 8.031/90, centenas de empresas estatais foram privatizadas pelos governos federal e estaduais, angariando mais de 100 bilhões de dólares em recursos. Dentre elas, estão a Companhia Siderúrgica Nacional (CSN), a Companhia Vale do Rio Doce (CVRD); a Mafersa (fabricante de maquinário ferroviário); a Escelsa, a Light, a CERJ, a CEEE (parcialmente), a CPFL, a Eletropaulo, a Gerasul, a Coelba, a CESP (também parcialmente); o Sistema Telebrás (praticamente todas as companhias telefônicas); a Congás, a CEG (empresas distribuidoras de gás); e a Rede Ferroviária Federal S.A. (RFFSA). Além destas, todas as maiores metalúrgicas (p.e., Usiminas, Cosipa, Acesita e CST), petroquímicas (p.e., Poliolefinas), empresas de fertilizantes (p.e., Ultrafertil), a Embraer (4ª maior empresa aeronáutica do mundo), e os bancos Banespa e Meridional foram também privatizados.

Apesar dos inevitáveis obstáculos e atrasos, o programa nacional de desestatização, implementado no Brasil na década de 1990, resultou em consideráveis ganhos para a Administração Pública, sendo que somente o governo federal recebeu, entre os anos 1997 e 2000, com as privatizações dos setores elétrico e de telecomunicações, recursos da ordem de aproximadamente 70 bilhões de dólares, sendo que a participação de capital estrangeiro alcançou cerca de 40% desse valor.

As vendas da gigante mineradora e transportadora CVRD e da Telebrás, empresa *holding* do sistema de telecomunicações, em 1998, foram as maiores privatizações de todos os tempos na América Latina, atraindo interesse mundial e impulsionando significativamente o fluxo de investimentos estrangeiros para o Brasil.

Em 2006, o governo brasileiro pretende retomar o programa nacional de privatização, haja vista a publicação de novos editais para privatizar parte da malha rodoviária brasileira.

14.5. Parcerias Público-Privadas

Foi aprovada, em 31 de dezembro de 2004, a Lei nº 11.079, instituindo as regras gerais para contratação de Parcerias Público-Privadas (PPPs). Por meio dessa Lei, o Governo Federal espera atrair mais de R\$ 13 bilhões em investimentos, estrangeiros e nacionais, em projetos de infra-estrutura básica, especialmente nas diversas áreas de transportes e saneamento básico.

O novo regime jurídico da transferência da prestação de serviços públicos ao setor privado, instituído por essa Lei, pode ser aplicado e utilizado pelos órgãos integrantes da Administração Pública direta, pelos fundos especiais, pelas autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Adicionalmente à concessão de serviços públicos comum, exposta no capítulo anterior (regida pela Lei de Concessão de Serviços Públicos – Lei nº 8.987/95), foram criadas duas novas espécies: a concessão patrocinada e a concessão administrativa. Por concessão patrocinada entende-se a concessão de serviços públicos ou de obras públicas comum, cuja contraprestação envolva, além da tarifa cobrada dos usuários, remuneração complementar do parceiro público. A concessão administrativa, por sua vez, é o contrato de prestação de serviços em que a Administração Pública é a usuária direta ou indireta (i.e., construção e administração de prédios públicos), ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

A diferença entre as novas modalidades de concessão e a concessão comum, que continua a existir sem alterações, consiste exatamente na existência de contra-prestação pecuniária da Administração Pública ao ente privado. Assim, quando a concessão não envolve remuneração por parte da Administração Pública ao ente privado, não se trata de uma PPP.

A lei também estabelece limites para contratações de Parceria Público-Privadas, sendo vedada a celebração de contratos cujo valor seja inferior a R\$ 20 milhões, cujo período de prestação seja inferior a cinco anos ou que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

Os contratos administrativos regulados pela lei de PPP têm prazos compatíveis com a amortização dos investimentos realizados pelo setor privado, não podendo ser inferiores a cinco anos nem superiores a 35 anos, incluindo eventual prorrogação. Para a assinatura desses contratos, é necessária a criação de uma Sociedade de Propósito Específico, tendo como única finalidade a implementação e gerência dos projetos de PPP.

A maior inovação trazida por essa legislação foi a criação de um Fundo Garantidor, que conta com até R\$ 6 bilhões em ativos (ações de companhias estatais, imóveis, dinheiro etc). Esse fundo garante o cumprimento das obrigações pecuniárias assumidas pela Administração Pública ao contratar com o setor privado, sendo que seu ativo serve para garantir eventuais ações de execução movidas contra o Parceiro Público contratante.

Outro ponto que merece destaque é a previsão de utilização de métodos de arbitragem como forma de solução de eventuais disputas surgidas no âmbito das PPPs. Essa é a primeira vez que uma lei possibilita à Administração Pública brasileira participar de procedimentos arbitrais.

Tendo em vista que a principal intenção do governo ao criar as PPPs é agilizar o processo de contratação e construção das obras necessárias ao desenvolvimento sustentado do país, foi necessário incluir no procedimento licitatório novos mecanismos que o tornassem mais célere, possibilitando o saneamento das deficiências em infra-estrutura com maior brevidade.

Complementarmente à legislação federal, os Estados brasileiros têm promulgado legislações estaduais visando viabilizar projetos locais (que não têm interferência da União), criando para tanto novas formas de garantia, como a criação de empresas estatais responsáveis pela gestão e assinatura dos contratos. Os principais Estados que já promulgaram suas leis são São Paulo, Minas Gerais, Santa Catarina, Bahia e Rio Grande do Sul.

15. Licitação – Contratação de Obras, Serviços, Compras e Alienações pela Administração Pública

15.1. Introdução

Preliminarmente, cabe mencionar que a licitação é o procedimento administrativo formal que permite ao Estado selecionar o melhor contratante, que lhe deve prestar serviços, construir obras, fornecer ou adquirir bens. Por meio dela, a Administração pública seleciona a proposta mais vantajosa para um contrato de seu interesse.

A adoção do procedimento licitatório e a observância dos princípios que lhe são correlatos é imperativa ao Administrador Público. A Constituição Federal Brasileira estabelece, em seu artigo 37, inciso XXI, que as obras, serviços, compras e alienações são contratadas pela Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante licitação pública, observadas, contudo, as exceções previstas em legislação específica, quando, então, pode ter lugar a figura da contratação direta.

O artigo 175 da Constituição de 1988, por seu turno, exige a licitação para a concessão e a permissão de serviços públicos, às quais se aplica a Lei nº 8.987/95, com as alterações da Lei nº 9.648/98. Note-se que a permissão, classicamente um ato administrativo discricionário, precário e revogável a qualquer tempo, não se sujeitava à licitação, exigência que passou a ser feita no texto Constitucional. Daí porque a Lei nº 8.987/95, ao regulamentar a matéria, determinou a sua formalização mediante contrato administrativo de adesão, mantidas as características de precariedade e revogabilidade unilateral do contrato pelo poder permitente.

A Lei nº 8.666, de 21.06.1993, e suas alterações, regulamenta o inciso XXI do artigo 37 suso mencionado, instituindo as normas gerais para licitações e contratos da Administração.

Modalidade de licitação é a forma específica de conduzir o certame licitatório, partindo-se de critérios previamente definidos em lei. O principal fator a ser considerado para a escolha da modalidade de licitação é o valor estimado do contrato a ser firmado. Há, contudo, hipóteses em que a complexidade do objeto prepondera sobre o valor da contratação. De qualquer forma, independente da modalidade adotada, é sempre observada a supremacia do interesse público sobre o privado, de maneira a alcançar o resultado mais eficiente para a Administração Pública e a manutenção do equilíbrio

econômico financeiro, entendido como a relação inicialmente pactuada pelas partes entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra ou do serviço adjudicado.

15.2. Modalidades

As modalidades de licitação estão previstas no art. 22 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, estando vedada a criação de outras modalidades ou a combinação daquelas então arroladas. São elas a concorrência, a tomada de preço, o convite, o concurso e o leilão. Além dessas modalidades, o legislador federal acrescentou o pregão, disciplinado pela Lei nº 10.502, de 17 de julho de 2002.

A concorrência é utilizada nas compras ou alienações de bens imóveis, concessões de uso e prestação de serviços ou construção de obras públicas, nos casos em que os valores forem superiores a R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais), bem como nas obras e serviços de engenharia e superiores a R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

Essa é a modalidade utilizada nas licitações internacionais, quando o órgão ou entidade não dispõe de cadastro internacional de fornecedores, hipótese em que se pode adotar a tomada de preços. Na concorrência, o procedimento da licitação é mais complexo, sendo inclusive necessário comprovar a capacidade de cumprir os requisitos mínimos presentes no edital de licitação na chamada etapa de habilitação, momento no qual já terão sido recebidas as propostas comerciais.

A tomada de preços, bastante semelhante à concorrência, é a modalidade pela qual a avaliação dos interessados se dá de forma prévia, uma vez que eles devem estar cadastrados antes do recebimento das propostas comerciais. Os limites de contratação são de até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) para obras e serviços de engenharia, e de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) para compras e serviços diversos dos de engenharia.

O convite é a modalidade na qual são convidados interessados da atividade pertinente ao objeto da licitação, cadastrados ou não, escolhidos em número mínimo de 03 (três), sendo possível aos demais cadastrados requerer a participação no procedimento. Dentre as modalidades licitatórias, o convite é a que envolve os serviços de menor valor, alcançando um valor máximo de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) para obras de engenharia e de obras, e de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) para as demais.

O concurso, por sua vez, se destina a selecionar trabalhos técnicos e artísticos, entre quaisquer interessados, sendo o pagamento efetuado por prêmios ou remuneração aos vencedores.

O leilão é a modalidade reservada à alienação, para qualquer interessado, de bens que não sejam de utilização do poder público, bens apreendidos, bens penhorados, ou ainda bens derivados de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento, pelo melhor preço (lance) oferecido à administração a partir do valor mínimo de avaliação.

Por fim, o pregão foi instituído para regulamentar as contratações que envolvam o fornecimento de bens ou serviços comuns, ou mesmo de bens ou serviços prestados de forma parcelada ou rotineira, sem limite de valor. Tais contratações são feitas em sessão pública por meio de propostas de preços escritas e lances verbais, visando à compra mais econômica, segura e eficiente. Admite-se a realização do pregão por meio da utilização de recursos da tecnologia da informação (pregão eletrônico, não-presencial). Entretanto, exclui-se do âmbito do pregão a contratação de obras e serviços de engenharia, locação ou alienação imobiliária.

Qualquer que seja a modalidade licitatória adotada deve-se sempre obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, com o objetivo de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, assegurando-se a igualdade de condições a todos os participantes frente ao instrumento convocatório, bem como fixando-se exigências de qualificação técnica e econômica e mantendo-se as condições efetivas da proposta.

15.3. Autorização, Concessão e Permissão de Serviço Público

A Constituição Federal, em seu artigo 21, incisos XI e XII, estabelece que os seguintes serviços devem ser explorados pela União Federal: (i) serviços de telecomunicações e radiodifusão; (ii) serviços relacionados à energia elétrica e ao aproveitamento energético dos cursos de água; (iii) navegação aérea, aeroespacial e infra-estrutura aeroportuária; (iv) serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais; (v) serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; e (vi) serviços relacionados a portos marítimos, fluviais e lacustres.

A execução desses serviços pode ser feita de forma direta ou mediante autorização, concessão ou permissão. Nesse sentido, a União está autorizada a delegar a prestação dos serviços, principalmente por meio de concessão ou

permissão, a pessoas jurídicas de Direito privado com competência para executar tal tarefa, como se observará mais adiante.

A autorização é o ato administrativo unilateral e discricionário pelo qual o Poder Público delega ao particular a exploração (no regime privado) de serviço público, a título precário (quer dizer, pode ser revogada a qualquer tempo pela Administração).

A concessão do serviço ocorre por meio de contrato administrativo formal, firmado mediante licitação na modalidade de concorrência, que tem por objetivo a legalização da delegação da prestação de um serviço do Poder Público a uma pessoa jurídica ou a consórcio de empresas, que assume, pelo prazo do contrato, os riscos do negócio, mediante remuneração paga pelo usuário dos serviços. O referido contrato busca ainda satisfazer as condições de regularidade, continuidade, eficiência e modicidade das tarifas na prestação dos serviços.

As normas sobre concessão de serviço público encontram-se na Lei nº 8.987/95, com as alterações introduzidas pela Lei nº 9.648/98. A Lei nº 9.472/97 trata da concessão de serviços de telecomunicações.

Por seu turno, a permissão de serviço público, conforme frisado anteriormente, é ato simples, discricionário e precário, de delegação unilateral do Poder Público, materializado por meio de contrato de adesão que pode a qualquer tempo ser cassado ou a cujo permissionário a Administração Pública pode impor novas condições.

15.4. Habilitação

Para instituir o procedimento de licitação, o Poder Público publica ato justificando a conveniência da respectiva outorga e definindo objeto, área e prazo da contratação, sendo o edital de licitação publicado em seguida.

A instauração do procedimento licitatório se dá, portanto, por meio do edital, lei interna da licitação, não podendo ser descumprido pela Administração ou pelos licitantes. Trata-se do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, previsto no artigo 3º da Lei de Licitações e Contratos.

O interessado em participar de qualquer modalidade de licitação deve atender às exigências previstas no edital e às exigências cadastrais específicas pertinentes a cada modalidade e apresentar a documentação exigida por lei, a qual tem por objetivo a avaliação da habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico financeira e da regularidade fiscal do habilitante.

Caso o edital de licitação faculte a formação de consórcio, cada empresa que dele fizer parte deve apresentar toda a documentação acima mencionada como se licitante individual fosse.

Habilitados, os licitantes apresentam suas propostas atendendo os requisitos estabelecidos no edital, situação na qual qualquer pessoa pode obter certidões sobre atos, contratos, decisões ou pareceres relativos à licitação ou às próprias concessões ou permissões.

Frise-se que a Lei de Licitações, em seu artigo 34, previu a possibilidade de manutenção de um registro cadastral para efeito de habilitação, válido por, no máximo, um ano, contendo os documentos de interessados em participar de licitações. Tais interessados recebem um Certificado de Registro Cadastral que lhes possibilita a participação nas tomadas de preços, substituindo-se a documentação atinente à habilitação em outras modalidades, inclusive, a teor do que reza o parágrafo 2º, do artigo 36 daquele texto legal.

O julgamento das propostas adota os critérios (i) de menor preço, quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que é vencedor o licitante que, atendendo as especificações do edital ou convite, ofertar o menor preço; (ii) de melhor técnica; (iii) de técnica e preço; ou (iv) maior lance ou oferta, nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso.

No caso de empate entre duas ou mais propostas, após análise de todas as condições estabelecidas no ato convocatório, é efetuado sorteio, em sessão pública, registrado em ata, para o qual todos os licitantes são convocados.

15.5. Dispensa e Inexigibilidade de Licitação

Há três situações relevantes dispensadas de licitação por lei: (i) o pequeno valor do objeto da licitação; (ii) situações de emergência por calamidade pública, guerra e ou grave perturbação da ordem; ou, ainda, (iii) compra ou locação de imóvel que, por motivos relevantes quanto a sua seleção – por exemplo, a localização geográfica do imóvel –, impossibilitem a licitação. Essas, juntamente com vinte e uma outras razões, estão arroladas no art. 24 da Lei nº 8.666/93 e caracterizam as hipóteses de contratação direta.

A inexigibilidade de licitação se dá, a teor do disposto no artigo 25 da Lei em comento, em face da impossibilidade de se realizar uma licitação devido à inviabilidade de competição entre os supostos concorrentes, pela produção ou comercialização exclusiva por parte do fornecedor (vedada a preferência

de marca), pela notória especialização de profissionais ou empresas na contratação de serviços técnicos especializados, ou ainda, para a contratação de profissional consagrado pela opinião pública.

15.6. Contrato Administrativo

O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites dessas duas modalidades e contém cláusulas que definem: (i) as partes; (ii) objeto; (iii) área e prazo; (iv) forma e condições da prestação de serviços; (v) parâmetros definidores da qualidade do serviço; (vi) preço do serviço; (vii) critério de reajuste contratual; (viii) direitos, garantias e obrigações dos usuários; (ix) projeções de ampliações e modernizações; (x) forma de fiscalização; e (xi) penalidades contratuais.

Podem, ainda, ser incluídos cronogramas físico-financeiros de execução das obras, bem como garantias do cumprimento das obrigações, nos casos de contratos relativos à concessão de serviço público precedido da execução de obra pública.

A concessionária pode contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço objeto da concessão, relação essa que é regida pelo direito privado. A contratação de terceiros não exclui a responsabilidade da concessionária por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros. Desde que prevista no contrato, autorizada pelo poder concedente e precedida de concorrência, admite-se também a subcontratação.

15.7. Garantias

A exigência de garantias é requisito comum nas contratações de serviços, obras ou compras. Não se trata de exigência obrigatória, mas deve estar prevista no instrumento convocatório para que seja possível e legítima. Salvo exceções previstas em lei (artigo 56 da Lei de Licitações), a garantia deve ser ou caução, ou seguro-garantia ou ainda fiança bancária, a critério do contratado, desde que o valor correspondente ao seguro não exceda a 5% (cinco por cento) do valor total do contrato.

15.8. Fiscalização e Extinção do Contrato Administrativo

Compete ao poder concedente, com base na defesa do interesse do consumidor, o poder-dever de fiscalizar a execução do contrato, formando comissões fiscalizadoras que têm acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária, podendo intervir na concessão.

Evidentemente, toda aquisição e toda obra pública pressupõe a entrega do objeto na forma como avençado, assim como toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, de forma a satisfazer os princípios da continuidade, eficiência, segurança, dentre outros, na prestação dos serviços. A inobservância de tais princípios pode determinar, inclusive, a aplicação de penalidades e a resolução do contrato.

Também são hipóteses de extinção do contrato: o advento de seu termo; a encampação (retomada do serviço pelo cedente por motivo de interesse público); a caducidade, inexecução total ou parcial do serviço; a rescisão; a anulação; ou, ainda, a falência ou extinção da empresa concessionária ou falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual.

Havendo descumprimento das cláusulas contratuais por parte do contratado, são aplicáveis as sanções previstas na Lei de Licitações e no instrumento convocatório. Se o descumprimento se der por parte do poder concedente, cabe ação judicial especial para que o contrato seja rescindido e o particular devidamente indenizado.

15.9. Outras Figuras Contratuais

Visando à otimização dos recursos públicos e à agilidade nos procedimentos contratuais administrativos, o Governo do Estado de São Paulo autorizou, pelo Decreto nº 45.085/2000, a utilização do sistema eletrônico de contratação ou compras *on-line*, como é comumente conhecido, para a aquisição de materiais e serviços pelo Estado.

O leilão eletrônico é modalidade de licitação cujo critério de julgamento é o da melhor oferta e que é cabível em contratações cujo valor não supere R\$ 8.000,00 (oito mil reais), hipótese em que, de acordo com o art. 24 da Lei nº 8.666/93, se dispensa a licitação. Qualquer empresa que esteja prévia e devidamente cadastrada no sistema pode participar do leilão eletrônico.

Há, ainda, os contratos de gestão, decorrentes da nova redação dada pela Emenda Constitucional 19/98 ao artigo 37, § 8º, da Constituição Federal, vistos como técnicas de descentralização, mediante os quais são estabelecidos metas e objetivos a serem atingidos e cuja execução fica sujeita à fiscalização e sanção do Poder Público.

Por meio dos contratos de arrendamento, o Poder Público transfere a gestão de um serviço público a um particular, que passa a explorá-lo por sua conta e risco, colocando à sua disposição um imóvel público.

Finalmente, mister se faz mencionar os Termos de Parceria, firmados entre o Poder Público e as entidades qualificadas como organização da sociedade civil de interesse público, em conformidade com o disposto na Lei nº 9.790, de 23.03.1999. Tal instrumento destina-se à formação de um vínculo de cooperação entre as partes, para a execução de atividades de interesse público, podendo haver repasse de recursos públicos à entidade assim qualificada. Quando tais atividades implicam em delegação de serviços de competência da Administração Pública, fala-se nas parcerias público-privadas (PPP).

Em 30 de dezembro de 2004, foi sancionada a Lei Federal nº 11.079, regulamentada pelo Decreto 5.385/2005, que instituiu normas gerais para licitação e contratação de parcerias público-privadas, no âmbito da Administração Pública.

A referida Lei define a PPP como um contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa, sendo a concessão patrocinada o contrato de prestação de serviços ou obras públicas de que trata a Lei nº 8.987/95, que envolve, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

Na modalidade administrativa, o Parceiro Privado recebe uma contraprestação paga pelo ente da Administração beneficiado pela prestação dos serviços. Vale lembrar que o pagamento da parcela atribuída ao Poder Público está condicionado à efetiva prestação dos serviços e ao desempenho satisfatório do parceiro privado.

De modo geral, na PPP, o setor privado responsabiliza-se pelo financiamento total do serviço, incluindo as obras necessárias à sua implantação e, por ocasião da sua conclusão e efetiva disponibilização, é que começa a perceber a remuneração, seja diretamente através dos recursos do Poder Público, seja combinada com cobrança de tarifa do usuário, como, aliás, acontece com a forma tradicional da remuneração das concessões.

Cabe ao ente público, portanto, especificar o serviço ou obra a ser implantado e disponibilizado pelo agente do setor privado. E uma vez extinto o contrato de parceria, a propriedade dos bens, móveis ou imóveis, necessários à continuidade dos serviços são revertidos para a Administração Pública, independentemente de indenização.

Deve-se notar, por fim, que a simples contratação de obra pública e a concessão comum, isto é, a delegação de serviços públicos ou obras públicas, não constituem PPP, aplicando-se àquela concessão as normas trazidas pela Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/93) e pelas Leis de Concessões (Leis nº 8.987/95 e nº 9.074/95).

16. Telecomunicações

16.1. Histórico das Telecomunicações no Brasil

A Lei nº 4117, de 27.08.1962, editou o Código Brasileiro de Telecomunicações (CBT), que disciplinou por mais de 35 anos os serviços de telecomunicações em todo o território do país e autorizou a criação da Empresa Brasileira de Telecomunicações S.A. (Embratel).

Em 11.07.1972, a Lei nº 5792, autorizou a criação de uma sociedade de economia mista denominada Telecomunicações Brasileiras S.A. (Telebrás) com a finalidade, entre outras, de promover, através de subsidiárias e associadas, a implantação e exploração de serviços públicos de telecomunicações no Brasil e no exterior. A Telebrás, suas subsidiárias e associadas formavam o Sistema Telebrás, incluindo a Embratel, incorporada pela Telebrás.

Em 1995, iniciou-se o processo de liberalização do mercado brasileiro de telecomunicações, com a promulgação da Emenda Constitucional 08, de 15.08.1995, que permitiu ao Governo Federal abrir a exploração de todos os serviços de telecomunicações a companhias privadas, por meio de autorização, concessão ou permissão.

Na sequência, a Lei nº 9265, de 19.07.1996 (Lei Mínima) desregulamentou e liberalizou serviços de valor adicionado, flexibilizou as condições para exploração de satélites e de serviços de telecomunicações não abertos ao público, e organizou o processo de licitação para a Banda B do Serviço Móvel Celular (SMC).

Em 16.07.1997 foi promulgada a Lei nº 9472 (LGT), que criou a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) e estabeleceu critérios para a privatização das concessionárias estatais, bem como outras regras de liberalização e de competição no mercado de telecomunicações.

A LGT estabeleceu que as redes devem ser organizadas como vias integradas de livre circulação, impondo interconexão obrigatória entre todas as redes de suporte de serviços de interesse coletivo, garantindo a operação integrada de redes e condicionando o direito de propriedade sobre as redes à obrigação de cumprir a respectiva função social. Nesse sentido, a interconexão é um importante instrumento para a convergência.

A LGT contém uma definição legal de serviços de valor adicionado que estabeleceu expressamente que eles não são serviços de telecomunicações e

classificou a prestadora de serviço de valor adicionado como usuária dos serviços ou da rede de telecomunicações que lhes dá suporte.

Assim, com exceção dos serviços de transmissão de dados em si mesmos considerados, quaisquer serviços de internet estão fora da competência da Anatel e a respectiva exploração está livre de quaisquer encargos regulatórios.

Em meados do ano de 1998, o Sistema Telebrás passou por uma completa reestruturação, que incluiu o processo de privatização das empresas que o integravam e o direcionamento de grande fluxo de investimentos para a expansão dos serviços de telecomunicações, face às novas tecnologias.

Para efeitos de concorrência no mercado de telefonia fixa, o serviço de telefone fixo comutado (STFC) passou a comportar três modalidades distintas de serviços, objeto de outorgas também diferenciadas. O território nacional foi dividido em quatro áreas de atuação, denominadas Regiões e o número de concorrentes admitidos em cada modalidade de serviço, desde a privatização até 31.12.2001, ficou limitado a duas empresas por Região – a concessionária e a respectiva empresa-espelho (Plano Geral de Outorgas – PGO, aprovado pelo Decreto nº 2534, de 02.04.1998).

A prestação dos serviços de telefonia local foi atribuída a uma concessionária e a uma empresa espelho (duopólio) em cada uma das áreas de atuação correspondentes às Regiões I, II ou III. A prestação dos serviços de longa distância nacional foi outorgada a duas empresas regionais (a concessionária e a empresa-espelho) em cada uma das Regiões I, II e III, e a duas empresas nacionais (a concessionária e a empresa-espelho), estas atuando em todo o território nacional, constituindo a Região IV. A prestação dos serviços de longa distância internacional foi incumbida às duas empresas nacionais, que podiam originar chamadas em todo o território nacional ou Região IV.

O duopólio, uma característica marcante dessa primeira fase de abertura das telecomunicações, tinha como objetivo que as entrantes tivessem tempo para se estabelecer e consolidar no mercado antes da livre competição, em 2002. Durante o período de transição entre a desestatização das empresas do Sistema Telebrás e a liberalização total dos mercados de telefonia fixa e móvel, a competição resumia-se à disputa entre as empresas concessionárias e as empresas-espelho, na telefonia fixa, e entre as concessionárias atuantes nas subfaixas de frequência da Banda A e da Banda B, na telefonia celular.

A partir de 2002, iniciou-se a segunda fase da liberalização do mercado de telecomunicações brasileiro, deixando de existir qualquer limite ao número de prestadoras de serviço, sendo, no entanto, lícita a imposição de restrições

jurídico-administrativas nos casos excepcionais de impossibilidade técnica ou quando o excesso de competidores pudesse comprometer a prestação de uma modalidade de serviço de interesse coletivo.

16.2. O Desenvolvimento da Telefonia Celular

A exploração dos serviços de telefonia móvel foi iniciada pelas operadoras do Sistema Telebrás (na subfaixa de frequência chamada Banda A). Sua organização como serviço móvel celular (SMC) deu-se em 1996, após a Emenda Constitucional nº 08/95, com vistas à privatização da Banda B.

Inicialmente explorado através de concessão, com a plena vigência da LGT, o SMC passou a ser explorado exclusivamente em regime privado, mediante obtenção de autorização prévia.

A promulgação da LGT deu origem à substituição dos regulamentos, normas e demais regras então vigentes pela regulamentação editada pela Anatel, cuja implementação deu-se de forma gradativa desde 2000, sob a designação de normas do Serviço Móvel Pessoal (SMP).

No período entre 2001 e 2003, até três novas autorizações de SMP por região, correspondentes às Bandas C, D e E, foram leiloadas. As empresas interessadas puderam adquirir autorizações em cada uma das três regiões, sendo, no entanto, vedada a aquisição de mais de uma autorização dentro da mesma área de prestação.

Qualquer empresa constituída sob as leis brasileiras e controlada por *holding* brasileira, mesmo sob controle estrangeiro, pode deter autorização de SMP.

As novas regras aumentando as áreas de prestação de serviço deram ensejo a fusões e incorporações entre as operadoras. No Brasil, a telefonia móvel tem crescido rapidamente, com predominância do serviço móvel pré-pago. Atualmente, a tecnologia mais usada é o GSM, seguida pelo CDMA e pelo TDMA.

16.3. O Órgão Regulador das Telecomunicações (Anatel)

O órgão regulador das telecomunicações, a Anatel, possui independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica e autonomia financeira.

Basicamente, a Anatel tem competência para: (i) expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime

público (serviço universal); (ii) fixar, controlar e acompanhar a estrutura tarifária relativa a cada modalidade de serviço prestado no regime público; (iii) celebrar e gerenciar contratos de concessão; (iv) expedir regras sobre a prestação de serviços de telecomunicações no regime privado; (v) controlar, prevenir e reprimir as infrações contra a ordem econômica relativamente às telecomunicações, sem prejuízo da competência definitiva do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE); (vi) administrar o espectro de radiofrequências e utilização de órbitas para satélites; (vii) definir as modalidades de serviço em função de sua finalidade, âmbito de prestação, forma, meio de transmissão, tecnologia empregada e de outros atributos; e (viii) fiscalizar a prestação dos serviços e aplicar sanções administrativas aos infratores das normas de telecomunicações.

16.4. Lei Geral das Telecomunicações

O Código Brasileiro de Telecomunicações foi revogado pela LGT, salvo quanto à matéria penal não tratada por essa Lei e quanto aos preceitos relativos à radiodifusão.

A LGT dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e o funcionamento do órgão regulador e os princípios fundamentais do Direito das Telecomunicações.

Os serviços de telecomunicações devem ser organizados em termos que propiciem a livre, ampla e justa competição entre as empresas que os exploram, aplicando-se ao setor as normas gerais de proteção à ordem econômica, vedada a prática de atos, por parte das prestadoras, que possam prejudicar, de qualquer forma, a livre concorrência e a livre iniciativa.

A LGT define a interconexão como a ligação entre redes de telecomunicações funcionalmente compatíveis, de modo que os usuários de uma das redes possam comunicar-se com usuários de serviços de outra ou acessar serviços nela disponíveis. A interconexão deve dar-se mediante acordo, formalizado por contrato livremente negociado entre as operadoras interessadas. Na falta de acordo entre os interessados, a LGT só admite seu suprimento pela Anatel, por provocação de um deles.

16.5. Regime dos Serviços de Telecomunicações

A organização do setor de telecomunicações baseia-se num sistema de limites e restrições às operadoras de serviços de telecomunicações. A exploração de

quaisquer serviços ou redes de telecomunicações depende da prévia obtenção de outorga da Anatel, com exceção de situações específicas em que basta uma mera comunicação à Anatel. As outorgas ainda são concedidas de acordo com as diferentes modalidades de serviços definidas pela Anatel.

Com efeito, a exploração de serviços de telecomunicações só pode dar-se mediante prévia (i) concessão ou permissão; (ii) autorização; ou (iii) comunicação à Anatel.

A IGT adota dois critérios de classificações dos serviços. O primeiro consiste na abrangência da oferta comercial dos serviços, classificando-os em serviços de interesse coletivo e serviços de interesse restrito.

Serviços de interesse coletivo são aqueles cuja prestação deve ser proporcionada pela prestadora a qualquer interessado na sua fruição, em condições não-discriminatórias, mediante simples adesão. Por sua vez, os serviços de interesse restrito são aqueles destinados ao uso próprio do ofertante ou oferecidos a determinadas classes de usuários, de forma seletiva, a critério da operadora.

O segundo critério de classificação da IGT estabelece duas classes de serviços de acordo com o regime jurídico de sua prestação: serviços públicos e serviços privados.

Os serviços de telecomunicações prestados em regime público são aqueles cuja existência, universalização e continuidade a União assume como obrigação ou competência própria. O serviço telefônico fixo comutado oferecido comercialmente ao público em geral, ou STFC, é o único serviço de telecomunicações estabelecido pela IGT como obrigação legal da União. Assim, o único serviço público de telecomunicações sujeito às obrigações de universalização e continuidade é o STFC destinado ao usuário final. Essa competência da União deve ser executada mediante delegação através de contrato de concessão.

Serviço de telecomunicações prestado em regime privado é aquele em que a execução do serviço resulta do exercício do direito de livre iniciativa econômica do setor privado, mediante simples autorização da Anatel e com mera exigência de obrigações de expansão e atendimento.

A concessão dos serviços é objeto de contrato administrativo celebrado pela Anatel, através de licitação, sem caráter de exclusividade, sujeitando as concessionárias, cujas receitas são derivadas da cobrança de tarifas dos usuários, aos riscos empresariais. O prazo máximo da concessão é de 20 anos

e pode ser renovado ou prorrogado uma única vez, por igual período. Em janeiro de 2006, os contratos de concessão então em vigor foram renovados e serão revistos a cada cinco anos pela Anatel, a fim de estabelecer novos condicionamentos, metas de universalização e qualidade.

As tarifas do STFC no regime público estão sujeitas a um teto máximo. A Anatel pode submeter a concessionária ao regime de liberdade tarifária, caso seja constatada a existência de ampla e efetiva competição entre as prestadoras do serviço.

Com efeito, o STFC também pode ser prestado por prestadoras no regime privado (não-concessionárias), não sujeitas às metas de universalização.

A exploração de serviços sob a égide do regime privado tem por base os princípios constitucionais da atividade econômica e deve pautar-se pela livre e ampla competição entre prestadoras, direitos do consumidor e desenvolvimento tecnológico e industrial do setor.

Os preços a serem cobrados pelas prestadoras de serviços no regime privado são livres, porém são reprimidas as práticas prejudiciais à competição e o abuso do poder econômico.

A exploração de serviços no regime privado depende de prévio ato de autorização da Anatel e acarreta o direito de uso das radiofrequências a ele associadas. Não há limite para o número de autorizações a serem outorgadas pela Anatel para a exploração de serviços no regime privado, salvo nos casos de limitações técnicas ou quando o excesso de competidores possa comprometer a prestação de serviços de interesse coletivo. Nesses casos excepcionais em que é necessário limitar o número de autorizações de serviço, a outorga de autorização deve ser precedida de procedimento licitatório, nos mesmos moldes da outorga de autorizações para o SMP.

O direito de uso de radiofrequência, em caráter exclusivo ou não, depende de prévia outorga pela Anatel, mediante autorização, vinculada à concessão ou autorização para a exploração de serviço de telecomunicações. Para os serviços explorados no regime público, o direito de uso de radiofrequência tem o mesmo prazo de vigência da concessão à qual esteja associado. Não obstante a autorização para a exploração do serviço, no regime privado, independentemente de prazo, o prazo de vigência do direito de uso de radiofrequência é de até 20 anos, prorrogável uma única vez, por igual período.

O direito de uso de radiofrequência somente pode ser transferido quando houver a correspondente transferência da outorga a que ele está vinculado.

Recentemente, a Anatel publicou novo regulamento para o STFC no qual deu especial atenção aos direitos dos consumidores, anteriormente regidos apenas pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC). No que concerne aos usuários do SMP, de acordo com regras anunciadas pela Anatel, os seus direitos básicos constantes do CDC também são objeto de regulamentação específica.

16.6. A Transferência de Controle de Empresas de Telecomunicações

A transferência do controle das prestadoras de serviços de telecomunicações no Brasil é regulada pela LGT. A Anatel, visando propiciar a competição efetiva e impedir a concentração econômica no mercado, pode estabelecer restrições, limites ou condições quanto à obtenção e transferência de concessões e autorizações de serviços.

Uma das regras merecedoras de destaque em matéria de controle prévio de fusões e incorporações é a Resolução 101/99 da Anatel, que estabelece critérios e conceitos com vistas à apuração de controle e transferências de controle que possam ensejar a concentração econômica de mercado.

Nos termos desse dispositivo legal, enquadra-se no conceito de controladora a pessoa, jurídica ou natural, que, direta ou indiretamente: (i) participe ou indique pessoa ou membro de Conselho de Administração, de Diretoria ou órgão com atribuição equivalente, de outra empresa ou de sua controladora; (ii) tiver direito de veto estatutário ou contratual em qualquer matéria ou deliberação da outra; (iii) possua poderes suficientes para impedir a verificação de quorum qualificado de instalação ou deliberação exigido, por força de disposição estatutária ou contratual, em relação às deliberações da outra; ou (iv) detenha ações da outra, de classe tal que assegure o direito de voto em separado.

Ademais, dispõe a Resolução que uma empresa é considerada coligada a outra se detiver, direta ou indiretamente, pelo menos 20% de participação no capital votante da outra, ou se o capital votante de ambas for detido, direta ou indiretamente, em pelo menos 20%, por uma mesma pessoa natural ou jurídica.

A aludida Resolução estabelece também que o negócio jurídico que resulta em cessão parcial ou total, pela controladora, de controle da prestadora de serviços, caracteriza transferência de controle.

Por fim, destaca-se que qualquer alteração no quadro societário da empresa que possa vir a caracterizar transferência de controle deve ser submetida,

previamente, à Anatel, especialmente quando: (i) a controladora ou um de seus integrantes se retirar ou passar a deter participação inferior a 5% no capital votante da prestadora ou de sua controladora; (ii) a controladora deixar de deter a maioria do capital votante da empresa; e (iii) a controladora, mediante qualquer acordo, ceder, total ou parcialmente, a terceiros, poderes para condução efetiva das atividades da empresa.

16.7. Tributos do Setor de Telecomunicações

A Lei nº 9.998, de 17 de agosto de 2000, instituiu o Fundo de Universalização de Serviços de Telecomunicações (FUST), cujo objetivo é proporcionar recursos destinados a cobrir a parcela de custo exclusivamente atribuível ao cumprimento das obrigações de universalização de serviços públicos de telecomunicações que não possam ser recuperadas com a exploração eficiente do serviço. As operadoras passaram, a partir de 2001, a recolher 1% de seu faturamento bruto com a prestação de serviços de telecomunicações para financiar o referido fundo, excluindo-se o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transportes Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações (ICMS), o Programa de Integração Social – PIS e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS).

Visando impedir a incidência cumulativa da contribuição ao FUST sobre os serviços de telecomunicações que integram a cadeia produtiva do serviço prestado ao usuário final, a Lei do FUST estabeleceu como base de cálculo da contribuição as receitas decorrentes dos serviços de telecomunicações prestados ao usuário final, estabelecendo uma isenção sobre as receitas de interconexão e sobre as decorrentes da exploração industrial de linhas dedicadas. No entanto, tal isenção legal foi objeto de interpretação pela Anatel através de uma Súmula que estabeleceu o entendimento de que toda e qualquer receita decorrente da prestação de serviços de telecomunicações compõe a base de cálculo do FUST. Tal interpretação está sendo objeto de impugnação tanto na esfera administrativa quanto na esfera judicial, cujo resultado tem impacto sobre todas as operadoras do setor de telecomunicações.

O Fundo de Fiscalização das Telecomunicações (FISTEL) foi criado pela Lei nº 5.070, de 07.07.1966, destinando-se a prover recursos para cobrir as despesas feitas pela Anatel na execução da fiscalização dos serviços de telecomunicações. Todas as concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços de telecomunicações e de uso de radiofrequência devem pagar a Taxa de Fiscalização de Instalação no momento da emissão do certificado de licença para o funcionamento das estações. O valor dessa taxa é estabelecido

pela Anatel, variando em função do número de antenas e equipamentos em uso. Além disso, essas empresas estão sujeitas, anualmente, ao pagamento da Taxa de Fiscalização de Funcionamento de valor equivalente a 50% dos valores fixados para a Taxa de Fiscalização de Instalação.

A Lei nº 10.052, de 28.11.2000, instituiu, por sua vez, o Fundo para o Desenvolvimento Tecnológico das Telecomunicações (FUNTEL). Tal fundo foi criado com um orçamento inicial de R\$ 100 milhões, procedentes do Fundo de Fiscalização das Telecomunicações (FISTEL). O fundo recebe, ainda, 0,5% da receita bruta com a prestação de serviços de telecomunicações, além de 1% da arrecadação efetuada por instituições autorizadas decorrente de eventos participativos realizados por meio de ligações telefônicas. Sua finalidade é o financiamento de pesquisas tecnológicas na área de telecomunicações desenvolvidas por pequenas e médias empresas, de modo a ampliar a competitividade da indústria brasileira de telecomunicações.

Além disso, sobre os serviços de telecomunicações também incide o ICMS, imposto estadual sobre a comunicação, previsto na Constituição Federal.

16.8. Incentivos

A legislação brasileira instituiu diversos incentivos para o desenvolvimento de produtos relacionados aos serviços de telecomunicações, mediante a adoção de instrumentos específicos de política creditícia, fiscal e aduaneira.

Nesse sentido, o governo brasileiro, apesar de ter praticamente eliminado um de seus regimes especiais de importação, o ex-tarifário, manteve benefícios fiscais para diversos componentes destinados à área de telecomunicações, que antes estavam sujeitos a alíquotas de imposto de importação de até 16%.

A Lei nº 10.176, de 11.01.2001, por sua vez, estendeu até 31.12.2000 o benefício de isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) aos itens nela previstos. A partir daquela data, as isenções foram convertidas em redução das alíquotas de IPI aplicáveis, com gradual diminuição do percentual de redução até 31.12. 2009, quando será extinta.

16.9. O Futuro dos Serviços de Telecomunicações

O principal desenvolvimento aguardado no setor de telecomunicações diz respeito à escolha do padrão tecnológico de televisão digital a ser adotado no Brasil. Os critérios para escolha do padrão ainda serão definidos pelo Congresso

Nacional e essa escolha é prioridade do governo. O modelo de implantação escolhido deverá suportar a recepção móvel, recepção portátil, multimídia e interatividade, visando promover a inclusão digital, atualizar e revitalizar o setor de radiodifusão e a indústria eletrônica nacional, otimizar o uso do espectro de radiofrequências, e contribuir para a convergência dos serviços de telecomunicações.

Com o escopo de fomentar a competição, a Anatel editou novas regras para o serviço telefônico fixo comutado, para a exploração industrial de linhas dedicadas e para adoção de um documento de separação e alocação de contas, introduzindo no setor de telecomunicações brasileiro o conceito de poder de mercado significativo (PMS).

A imposição de outras obrigações *ex ante* às concessionárias, tais como o dever de construir redes em localidades nas quais a concessionária não tenha capacidade disponível, é aguardada. A Agência anunciou que regulamentará a numeração, a portabilidade, a revenda e a possibilidade de fazer novos usos de tecnologias, tais como *Wireless Local Loop* (WLL), TV a cabo e *Power Line Networks* (PLN), em novos modelos de negócio.

Uma outra prioridade do governo brasileiro consiste em solucionar questões jurídicas que impedem a utilização dos recursos do FUST, o que inclui uma esperada alteração da LGT.

Diversos projetos de lei estão em tramitação no Congresso Nacional visando harmonizar a legislação de TV a Cabo e radiodifusão, com o escopo de promover a inclusão digital.

A transmissão de conteúdo por prestadoras de serviços de telecomunicações *vis a vis* o âmbito da restrição constitucional ao capital estrangeiro aplicável a empresas de radiodifusão suscitou intenso debate na sociedade, principalmente com a inclusão de uma cláusula nos recém-renovados contratos de concessão, segundo a qual as prestações, utilidades ou comodidades consideradas, pela Anatel, inerentes e complementares à plataforma do STFC, devem observar a restrição ao capital estrangeiro estabelecida pela Constituição Federal para radiodifusão.

Tramita no Congresso Nacional um projeto de lei relativo aos poderes das agências reguladoras, que pode alterar significativamente os poderes da Anatel em relação à competência para outorga dos serviços de telecomunicações e para controle e prevenção de infrações à ordem econômica.

17. Energia Elétrica

17.1. Introdução

O setor elétrico brasileiro sofreu profundas e significativas alterações na década passada, durante o Governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso,⁴ sendo notáveis a redefinição do papel do Estado, a implementação gradativa de um modelo econômico baseado na livre concorrência e o ingresso maciço de investimentos privados no setor.

As mudanças tiveram início em 1995, quando aprovada a Emenda nº 06 à Constituição Federal que eliminou desta o conceito de empresa brasileira de capital nacional, possibilitando o ingresso de capital estrangeiro no setor, inclusive para a aquisição de empresas concessionárias. Em 1995, foram editadas as Leis nº 8.987 e nº 9.074, consideradas um marco no setor elétrico, pois definiram a disciplina das outorgas para exploração de energia elétrica e serviram de base à realização de novas concessões e privatizações das concessionárias de serviços públicos de energia elétrica e à definição do regramento aplicável aos novos agentes surgidos no setor elétrico.⁵

Em 1996, nos termos da Lei nº 9.427, é criada a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), agência independente para regular o setor. Seguiu-se a edição da Lei nº 9.648, que trouxe importantes preceitos para a implementação do novo modelo do sistema elétrico brasileiro.

Basicamente, o novo modelo perseguia a progressiva liberalização das atividades do setor elétrico, pautado na concessão ou autorização para prestação de serviços de geração e distribuição de energia elétrica às empresas de capital privado e na privatização das empresas concessionárias, com a atuação de uma agência reguladora autônoma e independente para fiscalizar e regular o setor, privilegiando, portanto, o setor privado como investidor e a competição entre os agentes prestadores de serviço.

⁴ O Presidente Fernando Henrique Cardoso teve dois mandatos: de 1995 a 1998 e de 1999 a 2002. As mudanças significativas no setor elétrico ocorreram no seu primeiro mandato.

⁵ Concorreram para o processo brasileiro de privatização a Lei nº 8.031/90, que criou o Programa Nacional de Desestatização, a Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações), que definiu os procedimentos aplicáveis à licitação, as Leis nº 8.987 e 9.074/95, que fixaram a disciplina geral das outorgas, a Lei nº 9.427/97 que criou a Aneel e estabeleceu as diretrizes da concessão de serviços públicos de energia elétrica, a Lei nº 9.648/98, que, entre outras matérias, prevê a reestruturação do setor elétrico e a privatização da Eletrobrás e suas subsidiárias (Eletrosul, Eletronorte, CHESF e Fumas).

O modelo foi, no entanto, parcialmente implantado. Entre 1995 e 2002, houve muitas novas concessões de geração. Foram privatizadas, porém, aproximadamente 70% das distribuidoras e somente 20% da geração.

No ano de 2001, o país enfrentou uma crise de abastecimento do setor elétrico, o que levou o Governo a adotar diversas medidas para conter o consumo e incentivar a geração de energia, culminando com a edição da Lei nº 10.438/2002, responsável pela introdução de novas regras. Nesse período, as questões pertinentes ao setor foram largamente discutidas pela sociedade, restando claro que, apesar de seus méritos, o modelo exigia ajustes.

O Presidente Luiz Ignácio Lula da Silva tomou posse em janeiro de 2003 e, diante da nova política do Governo, o Ministério de Minas e Energia (MME), em julho do mesmo ano divulgou as diretrizes básicas de um novo modelo regulatório para o setor elétrico. Em 11 de dezembro de 2003, as novas regras do novo modelo foram editadas, através das Medidas Provisórias n.º 144 e 145, tendo sido posteriormente convertidas, respectivamente, nas Leis nº 10.848⁶ e nº 10.847, de 15 de março de 2004, consideradas o marco regulatório do modelo atual.

Entre as importantes mudanças preconizadas pelo atual modelo está a atribuição de mais poderes ao MME, mediante a transferência de atribuições da Agência para o Ministério. Além disso, inova-se pela criação de dois ambientes distintos para contratação de energia elétrica: o Ambiente de Livre Contratação e o Ambiente de Contratação Regulado *Pool*, do qual participam obrigatoriamente todas as concessionárias geradoras e distribuidoras. Foi criada a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), em substituição ao Mercado Atacadista de Energia Elétrica (MAE) instituído no Governo anterior, com missões de contabilização e liquidação de transações não cobertas por contratos bilaterais. Caracteriza-se o novo modelo pelo forte planejamento do setor, que é exercido pela Empresa de Pesquisa Energética (EPE), criada nos moldes da Lei nº 10.847/2004, e pelo controle das atividades no setor, exercido pelo MME.

17.2. O Modelo do Setor Elétrico Adotado na Segunda Metade dos Anos 90

17.2.1. As Atividades e os Agentes do Setor

Em 1995, com o objetivo de organizar o sistema elétrico brasileiro e dar início a um processo de liberalização no setor, foram definidas e organizadas as

⁶ A Lei nº 10.848 foi regulamentada pelo Decreto nº 5.163/04, posteriormente alterado pelos Decretos nº 5.249/04, 5.271/04 e 5.499/05.

tradicionais atividades de geração, transmissão e distribuição, bem como suas respectivas concessões.

O modelo concorrencial tinha como fundamento o estímulo à competição. Assim, com vistas a tornar mais flexível a oferta e a demanda, novos agentes foram inseridos no setor:

- os Agentes Comercializadores e Agentes Importadores de energia elétrica;
- o Produtor Independente, nova categoria de ofertantes (produtores) de energia elétrica, considerado a pessoa jurídica ou o consórcio de empresas que recebe concessão ou autorização para exploração da energia elétrica destinada à comercialização total ou parcial, por sua conta e risco (isto é, sem a existência de mercado cativo, como ocorre com as concessionárias do serviço público de energia elétrica e sem a fixação de tarifas);
- os chamados consumidores livres, aptos a escolher o fornecedor de energia com quem contratarão, prevendo-se ainda a progressiva ampliação desse grupo de consumidores.

Nos termos do referido modelo, a competição se dá nas atividades de geração e comercialização, que passam a exigir um nível mínimo de regulamentação, enquanto a transmissão e a distribuição, consideradas monopólios naturais, são fortemente reguladas.

Nos termos da Constituição Federal, atribuiu-se à União, titular dos potenciais de energia hidráulica, a competência para explorar diretamente ou mediante concessão, permissão ou autorização "os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água".⁷

Assim, no setor elétrico brasileiro, as atividades de geração, transmissão, distribuição e comercialização são consideradas de forma distinta, inclusive para efeitos de outorga e contratação dos respectivos serviços.

Podem-se resumir as regras com relação a essas atividades conforme segue:

Geração

Diferentemente de outros países, o setor elétrico brasileiro caracteriza-se por ter 90% de sua capacidade de geração de origem hidráulica. A geração é entendida como a transformação em energia elétrica de qualquer outra forma de energia.

⁷ Art. 21, XII, "b" da Constituição Federal.

As regras de outorga para exploração hidrelétrica e termelétrica consideram a modalidade de exploração (prestação de serviço público, exploração como produtor independente ou como autoprodutor)⁸ e a capacidade dos potenciais hidráulicos e térmicos.

Transmissão

Por transmissão compreende-se o serviço público de transporte, em alta tensão, da energia elétrica produzida nas usinas geradoras até os centros consumidores. Como o Brasil tem sua matriz energética predominantemente hídrica, suas usinas são construídas onde existe potencial hidroenergético, muitas vezes em locais não-próximos dos mercados consumidores, razão pela qual, o país possui uma das redes de transmissão mais desenvolvidas do mundo, sendo ela ainda interligada em sua maior parte. A essa rede interligada de transmissão, dá-se o nome de Rede Básica do Sistema Elétrico Interligado ou Sistema Interligado Nacional (SIN), e às linhas de transmissão não-interligadas dá-se o nome de Sistemas Isolados.

É o sistema interligado que, do ponto de vista estrutural, permite a contratação do fornecedor de energia através da garantia de livre acesso dos agentes do setor e consumidores livres aos sistemas dos concessionários (ou permissionários) dos serviços públicos de transmissão e distribuição, mediante ressarcimento do custo de transporte envolvido.

Importa ressaltar, por fim, que o serviço de transmissão é explorado apenas pelo regime de concessão de serviço público, sendo, sem dúvida, um dos segmentos mais regulados do setor.

Distribuição

A distribuição é o serviço público de transporte de energia elétrica em baixa tensão por uma rede capilarizada, prestado a partir dos terminais das linhas de transmissão (onde é realizada a redução da tensão) até os consumidores finais.

⁸ A Lei nº 9.074/95 e suas alterações posteriores e o Decreto nº 2.003/96 disciplinaram as atividades do Produtor Independente e do Autoprodutor de energia elétrica. São considerados Autoprodutores a pessoa física ou jurídica ou consórcio de empresas que recebam concessão ou autorização para produzir energia elétrica destinada ao seu uso exclusivo, podendo, mediante permissão específica, comercializar, nessas mesmas bases, seu excedente de energia elétrica de forma eventual e temporária.

O contrato de concessão de serviços de distribuição garante às concessionárias o fornecimento de energia para um público cativo localizado na sua área de concessão. Assim, os chamados consumidores cativos são aqueles que não podem exercer a opção de compra de outro fornecedor que não a distribuidora local. Por outro lado, os consumidores livres são aqueles que, em função de sua carga e tensão (atualmente consumidores em tensão igual ou superior a 69 kV com uma demanda maior ou igual a 3 MW), apesar de localizados na área de concessão da distribuidora, podem optar pelo fornecimento de energia elétrica de outro fornecedor, estabelecendo livremente as condições de contratação. A distribuidora está também obrigada a dar livre acesso às suas instalações de distribuição, mediante ressarcimento pelos custos de transporte.

Comercialização

A partir da promulgação da Lei nº 9.648/98, a comercialização passou a ser dotada de titulação específica, podendo ser executada dissociadamente das outras atividades do setor, mediante autorização.

17.2.2. Órgãos do Setor

O estímulo à competição reforçou a necessidade de estabelecimento de um novo modelo aplicável à reestruturação do setor elétrico, compreendendo a definição (i) dos agentes responsáveis pela regulação e operação do novo sistema elétrico brasileiro; (ii) das características básicas de que se deve revestir esse sistema para viabilizar a implantação de um modelo eficiente e competitivo e (iii) dos modelos contratuais aplicáveis ao setor.

Do ponto de vista institucional deve-se destacar a criação, pela Lei nº 9.427/96, do órgão regulador específico para o setor elétrico, a Aneel, como autarquia vinculada ao MME, porém dotada de competência e receitas próprias, e do Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS), pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada pela Lei nº 9.648/98 e integrada por agentes do setor elétrico e por consumidores livres, conforme legislação pertinente.

Sinteticamente, cabe à Aneel “regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica” (Lei nº 9.427, art. 2º), enquanto o ONS é fundamentalmente responsável pelas “atividades de coordenação e controle da operação de geração e transmissão de energia elétrica nos sistemas interligados” (Decreto nº 2.655/98, art. 25).

O setor elétrico brasileiro é, em sua grande parte, interligado, operando os seus principais agentes de forma coordenada, para maximização da eficiência do processo produtivo. Essa operação coordenada, implantada já na década de 70 e durante longo tempo dirigida pelo Grupo Coordenador para Operação Interligada (GCOI), é hoje atribuição do ONS, executada mediante despachos de geração.

Deve-se destacar, ainda, durante esse período a criação do Mercado Atacadista de Energia Elétrica (MAE), igualmente previsto pela Lei nº 9.648/98, inicialmente suportado pelo Acordo do Mercado, um contrato multilateral de adesão, assinado por agentes do setor elétrico (partícipes voluntários ou obrigatórios no MAE, conforme disposições do Decreto nº 2.655/98 e Resoluções Aneel aplicáveis), destinado a processar as operações livres de compra e venda de energia elétrica, com destaque para as operações de curto prazo (mercado *spot*). Posteriormente, foi autorizada a criação do MAE, nos termos da Lei nº 10.433/2002, como pessoa jurídica de direito privado, submetida à autorização, regulamentação e fiscalização da Aneel.

O MAE destinava-se, portanto, a disciplinar comercial e financeiramente as operações de compra e venda de energia elétrica. Já o despacho e entrega da energia contratada eram, em sua maioria, coordenados e efetuados pelo ONS.

17.2.3. Contratação no Setor Elétrico

Com a edição, em 1998, da Lei nº 9.648, os modelos contratuais aplicáveis ao setor elétrico passaram a ser os seguintes:

- os contratos iniciais, característicos desse período de transição, onde são fixados pela Aneel, a partir da energia assegurada de cada usina, os montantes de energia e demanda de potência, bem como as tarifas a serem aplicadas aos respectivos contratos. Os montantes anuais aplicáveis aos contratos iniciais foram destinados a vigorar no período 1998-2002, sendo então reduzidos em 25% ao ano até a extinção desses contratos em 2005;
- os contratos bilaterais livremente negociados, pelos quais podem ser negociados os montantes não atingidos pelos contratos iniciais, bem como aqueles objeto de progressiva liberalização. Dispunha a Lei nº 9.648/98 (art. 12) que as operações de compra e venda de energia nos sistemas elétricos interligados deveriam ser realizadas no âmbito do MAE; e
- os contratos de curto prazo (contratos *spot*), destinados a permitir a comercialização da energia efetivamente produzida ou demandada, que não haja sido objeto dos contratos iniciais e bilaterais.

Observe-se que o MAE era o ambiente de processamento e liquidação financeira das transações não cobertas por contratos, sendo dotado de um conjunto de mecanismos de precificação e de um sistema periódico de contabilização e liquidação das operações.

Os contratos bilaterais configuram-se como mecanismos contratuais básicos de um mercado de energia elétrica competitivo. Esse sistema de livre negociação entre agentes possui, contudo, um contraponto destinado à defesa dos consumidores: o sistema de valores normativos, que constituía um mecanismo limitativo do repasse, para as tarifas de fornecimento, dos preços livremente negociados na aquisição de energia elétrica. Atualmente, o repasse depende dos valores decorrentes de leilões.

Posteriormente, em 2002, com a edição da Lei nº 10.433/2002, que determinou a criação do MAE, submetido à regulamentação da Aneel, as regras foram alteradas, estabelecendo-se que a compra e venda de energia elétrica que não fosse objeto de contrato bilateral seria realizada conforme a Convenção e Regras do Mercado do MAE, tais como definidas pela Aneel. A partir de 2002, as distribuidoras foram obrigadas a contratar energia por meio de leilões públicos, ficando excluídas do mercado de livre negociação.⁹

Consideradas apartadamente as fases de transmissão e de distribuição, resta mencionar brevemente os contratos específicos. No que tange à transmissão, as linhas constantes da Rede Básica do Sistema Elétrico Interligado são tornadas disponíveis ao ONS pelos concessionários de transmissão mediante a celebração de Contratos de Prestação de Serviços de Transmissão, sendo que essa entidade então celebra, como representante desses concessionários, Contratos de Uso dos Sistemas de Transmissão com os respectivos interessados. As demais instalações de transmissão, não-integrantes da Rede Básica, tornam-se disponíveis diretamente aos usuários pelos concessionários de transmissão, sendo os respectivos contratos firmados com a interveniência do ONS. Em ambos os casos, é ainda necessária a celebração do Contrato de Conexão com a respectiva concessionária de transmissão, estabelecendo a responsabilidade pela implantação, operação e manutenção das instalações de conexão. Quanto ao segmento de distribuição, devem ser firmados, com a concessionária ou permissionária de distribuição local, o Contrato de Uso do Sistema de Distribuição (CUSD) e o Contrato de Conexão ao Sistema de Distribuição (CCD).

A Aneel fixa as tarifas de uso das instalações de transmissão e as tarifas de uso dos sistemas de distribuição de energia elétrica, na forma das resoluções aplicáveis.

⁹ Lei nº 10.604/2002.

Cumprir destacar que um dos grandes méritos do modelo anterior, mantido no modelo atual, é a garantia de livre acesso dos agentes do setor às linhas de transmissão e distribuição e seu regramento.

Em vista das significativas mudanças que foram introduzidas e implementadas nesse período, no final de 2002, a estrutura regulatória e organizacional do setor elétrico divergia significativamente daquela que se apresentava em 1998.

17.3. O Atual Modelo do Setor Elétrico Brasileiro em Vigor a Partir de 2003

O atual modelo do setor elétrico, instituído por Medidas Provisórias (144 e 145/2003) posteriormente convertidas nas Leis nº 10.848 e 10.849/2004, baseia-se em muitos dos regramentos do modelo então vigente, mas alinha-se em direção oposta. Fundamenta-se numa maior centralização e controle pelo Estado das atividades do setor, inclusive em relação à comercialização de energia, dando ênfase ao planejamento.

17.3.1. Órgãos do Setor

O atual modelo muda consideravelmente a atribuição de competência do MME e da Aneel. A Aneel, desenhada pelo antigo modelo para atuar de forma independente e autônoma na regulação do setor, perde grande parte de suas atribuições para o MME,¹⁰ que passa a ter poderes significativos nas decisões das questões pertinentes do setor. A Aneel passa a concentrar as atividades de promoção das licitações por delegação, fiscalização das concessões, regulação tarifária e regulação da comercialização da energia elétrica.

São criadas a Empresa de Pesquisa Energética (EPE)¹¹ e a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE). A EPE é criada como empresa pública de pesquisa e planejamento, subordinada ao MME, sendo que os estudos e pesquisas desenvolvidos pela entidade subsidiam a formulação, o planejamento e a implementação de ações do MME. Já a CCEE é criada em substituição ao MAE (que foi extinto pelo modelo atual), na forma de pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, sob autorização do Poder Concedente e regulação e fiscalização pela Aneel com a finalidade de

¹⁰ Cabe ao MME elaborar planos de outorga, definir diretrizes para os procedimentos licitatórios e promover licitação para outorga de concessão.

¹¹ Criada pelo Decreto nº 5.184/04.

viabilizar a comercialização de energia elétrica. A CCEE é integrada, obrigatoriamente, pelos agentes do setor, inclusive consumidores livres. Coube à Aneel instituir a Convenção de Comercialização que estabelece as condições de comercialização de energia elétrica e as bases de organização, funcionamento e atribuições da CCEE, bem como as regras e procedimentos de comercialização.¹²

É criado também, no âmbito do MME, o Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico (CMSE), com a função de acompanhar e avaliar permanentemente a continuidade e a segurança do suprimento eletroenergético no território nacional.

As atividades de coordenação e controle da operação de geração e transmissão do sistema interligado continuam a ser executadas pelo ONS, que continua a ser uma pessoa jurídica de direito privado, autorizado não mais pela Aneel, mas pelo MME, sendo fiscalizado e regulado pela Aneel.¹³

17.3.2. As Atividades e os Agentes do Setor

No modelo atual, a organização do sistema elétrico é mantida com as distinções entre as atividades de geração, transmissão, distribuição e comercialização.¹⁴ Por outro lado, as novas regras redefinem a comercialização de energia entre esses agentes, especialmente no que se refere ao sistema de geração e distribuição.

Ressalta-se que, nesse novo arranjo, os consumidores livres passam a poder comprar energia apenas das concessionárias de serviço público de geração, dos produtores independentes, dos autoprodutores com energia excedente, dos comercializadores, importadores e da distribuidora de sua área de concessão. As distribuidoras passam, portanto, a não mais poder vender energia a consumidores livres, exceto aqueles localizados em sua área de concessão.

Além do mais, os consumidores livres passam a poder voltar à condição de consumidor atendido de forma regulada (como o consumidor cativo),¹⁵ desde que agora a concessionária seja informada com antecedência mínima de cinco anos, podendo esse prazo ser reduzido à critério da distribuidora local.

¹² A Convenção de Comercialização foi regulada pelo Decreto nº 5.177/04 e pela Resolução Normativa da Aneel nº 109, de 26/10/04.

¹³ A Lei nº 10.484/04 alterou os artigos 13 e 14 da Lei nº 9.648/98. Dos cinco diretores do ONS, três são indicados pelo MME, inclusive o Diretor Geral.

¹⁴ Vide item 17.2.1.

¹⁵ A regulamentação cria o conceito de consumidores potencialmente livres, que é o consumidor que, a despeito de cumprir as condições previstas no artigo 15 da Lei nº 9.074, é atendido de forma regulada.

17.3.3. A Comercialização de Energia Elétrica: o Ambiente de Contratação Regulada – *Pool* (ACR) e o Ambiente de Livre Contratação (ALC)

O modelo atual muda substancialmente as regras para contratação de energia. Formaliza dois ambientes para comercialização de energia – um Ambiente de Livre Contratação (ALC) e um Ambiente de Contratação Regulada (*Pool*). Todos os agentes ficam obrigados a comercializar a energia do sistema interligado no ALC ou no *Pool*.

A compra de energia elétrica por concessionárias, permissionárias e autorizadas do serviço público de distribuição de energia elétrica do Sistema Interligado e o fornecimento de energia elétrica para o mercado regulado devem ser feitos no *Pool*. Assim, toda a venda de energia às distribuidoras deve ser feita no *Pool* e através de leilões, ficando as distribuidoras obrigadas a garantir a totalidade de seu mercado, mediante contratação regulada.

Nesse sistema, a contratação é formalizada por meio de contratos bilaterais denominados Contrato de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado (CCEAR), celebrados entre cada concessionária ou autorizada de geração e todas as empresas de distribuição. Os contratos podem ser na modalidade de quantidade ou de disponibilidade de energia. As distribuidoras são obrigadas a oferecer garantias e a contratação é feita por meio de licitação realizada pela Aneel que pode promovê-las diretamente ou por intermediação da CCEE. Além disso, as tarifas de suprimento são rigorosamente reguladas nesse ambiente, devendo ser homologadas pela Aneel.

Os contratos para a compra e venda de energia celebrados no *Pool* envolvem necessariamente suprimentos de longo prazo: (i) para empreendimentos existentes que já detêm concessão ou autorização (denominados energia velha), prazo de suprimento de no mínimo 3 e no máximo 15 anos, e (ii) para empreendimentos novos (denominados energia nova), prazo de suprimento de no mínimo 15 e no máximo 35 anos. De acordo com o MME, isso assegura um fluxo de retorno estável aos investidores e também contribui para financiar as obras de expansão do setor elétrico.

Os Produtores Independentes (hidrelétricos e termelétricos) e os Autoprodutores que comercializem seus excedentes podem participar do *Pool*, do ALC ou de ambos simultaneamente. Caso integrem o *Pool* e passem a contratar energia em tal ambiente, estão sujeitos a todas as suas regras, ao passo que suas atividades no ALC continuam por sua conta e risco.

No ALC, devem ser realizadas somente as operações de compra e venda de energia elétrica envolvendo os agentes concessionários e autorizados de

geração, comercializadores, importadores de energia elétrica e consumidores livres.

A contratação no ALC deve ser formalizada por contratos bilaterais livremente negociados pelas partes, conforme regras e procedimentos de comercialização específicos, cabendo à CCEE apenas o registro e a liquidação dos contratos firmados. Na CCEE, devem ser registrados todos os contratos de venda de energia entre os agentes comercializadores, geradores, distribuidores, consumidores livres, inclusive contrato de Itaipu, contratos iniciais, entre outros. Na CCEE, devem ser também liquidadas as compras de energia no mercado de curto prazo (não cobertas por contratos bilaterais), cabendo à CCEE estabelecer o preço de liquidação de diferenças que será aplicado nessas transações.

Estabelece-se que contratos registrados na CCEE não implicam na entrega física da energia elétrica e que as vendas da energia elétrica por qualquer agente do setor deve estar garantida por lastro, por geração própria ou por contratos de compra e venda de energia. Pelo novo modelo, eventuais divergências entre os integrantes da CCEE devem ser resolvidas por arbitragem.

No modelo atual, as concessões e autorizações para a expansão da geração são obtidas através de leilões promovidos pelo MME (exceto as unidades de pequeno porte). Em tais leilões, fica assegurada a venda integral (ou quase integral) da energia a ser produzida.

Pelo atual modelo, não há perspectivas de privatização das sociedades de economia mista federais concessionárias de geração ou distribuição de energia.¹⁶ Nos vários leilões de energia realizados nos anos de 2004 e 2005, para venda de energia velha (projetos já existentes) e para a venda de energia nova (mediante outorga de novas concessões ou autorização para geração de energia), as operadoras estatais tiveram uma participação significativa.

Por fim, no modelo atual os contratos de uso do sistema de distribuição e transmissão não sofrem alteração.

17.3.4. Planejamento

O planejamento e controle das atividades do setor é um dos pilares do modelo atual. Cabe à EPE elaborar estudos e pesquisas que subsidiem a formulação, o

¹⁶ A Lei nº 10.848/2004 exclui do Programa Nacional de Privatização a Eletrobrás e suas subsidiárias – Eletrosul, Eletronorte, CHESF e Furnas – e a Companhia de Geração Térmica de Energia Elétrica – GTEE.

planejamento e a implementação de ações do MME, no âmbito da política energética nacional.

O MME define a relação dos novos empreendimentos que podem ser licitados e homologa a quantidade de energia elétrica a ser contratada para o atendimento de todas as necessidades do mercado nacional, bem como a relação dos novos empreendimentos de geração que integrarão o processo licitatório de contratação de energia.

Por outro lado, as empresas geradoras e distribuidoras de energia elétrica, os comercializadores e os consumidores livres passam a dever informar ao MME a quantia de energia necessária para o atendimento a seu mercado ou sua carga.

17.3.5. Desverticalização das Atividades

Nos termos da Lei nº 10.848/2004, as concessionárias e autorizadas de geração do sistema interligado não podem mais ser controladas por ou coligadas de sociedades que desenvolvam atividades de distribuição. Por outro lado, as distribuidoras não mais podem desenvolver atividades de geração, transmissão, e vender energia a consumidores livres, exceto às unidades consumidoras localizadas na sua área de concessão, exercer atividades estranhas ao objeto da concessão, bem como participar, de forma direta ou indireta, de outras sociedades, com algumas exceções. As atividades de geração e transmissão podem continuar a ser verticalmente integradas. A referida Lei estabelece um prazo para que as empresas implementem o processo de desverticalização.

17.4. Conclusão

O atual modelo foi apresentado pelo MME como o arranjo institucional necessário para que o setor elétrico brasileiro atingisse os seguintes objetivos principais: (i) modicidade tarifária; (ii) melhor qualidade na prestação do serviço; (iii) fornecimento ininterrupto de energia; (iv) justa remuneração para os investidores, de modo a incentivá-los a expandir o serviço; e (v) universalização do serviço.

Parte substancial das regras do modelo atual já foi implementada. No entanto, somente a longo prazo será possível verificar se os resultados almejados pelo atual modelo serão alcançados.

Os estudos indicam que, nos anos de 2008/2009, a demanda deverá ser maior que a oferta da energia elétrica, sendo necessária a construção de novas usinas, inclusive de usinas termelétricas, para atender a essa crescente demanda. Com recursos públicos escassos, a atração dos investimentos privados para o setor será o grande desafio no modelo atual, de modo a garantir o desenvolvimento econômico e social do País.

18. A Regulamentação das Instituições Financeiras e do Arrendamento Mercantil no Brasil

18.1. Instituições Financeiras

A base legal da regulamentação do setor financeiro e bancário brasileiro encontra-se na Constituição Federal (art. 192), na lei que dispõe sobre as instituições financeiras (Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964) e leis a elas relacionadas (tais como, a Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, que disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento, a Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários, e a Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962, que versa sobre a aplicação do capital estrangeiro e as remessas de valores para o exterior). Além dessas leis, destacam-se os normativos baixados pelas autoridades monetárias, tais como as Resoluções do Conselho Monetário Nacional (CMN) e as Circulares e Cartas-Circulares do Banco Central do Brasil.

O Sistema Financeiro Nacional é composto pelo Conselho Monetário Nacional (CMN), pelo Banco Central do Brasil (Bacen), pelo Banco do Brasil S.A., pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) e demais instituições financeiras públicas e privadas. Dentre essas instituições, destaca-se o CMN, autoridade monetária máxima, responsável pela formulação das políticas monetária e de crédito, inclusive relativas ao câmbio e à regulamentação das operações das instituições financeiras em geral.

Por sua vez, cabe ao Bacen cumprir e fazer cumprir as normas expedidas pelo CMN e implementar as obrigações contidas em lei, tais como: exercer o controle de crédito sob todas as suas formas, efetuar o controle dos capitais estrangeiros, realizar operações de redesconto e empréstimo a instituições financeiras bancárias, ser depositário das reservas oficiais de ouro, de moeda estrangeira e de direitos especiais de saque, fiscalizar todas as instituições financeiras, aplicar as penalidades previstas em lei, conceder autorização de funcionamento às instituições financeiras e estabelecer condições para a posse e para o exercício de quaisquer cargos de administração de instituições financeiras privadas.

18.2. Principais Instituições Financeiras

18.2.1 Setor Público

No Brasil, os governos federal e estaduais controlam alguns bancos comerciais e instituições financeiras, que possuem, como principal objetivo, o incremento do desenvolvimento econômico, com maior ênfase no setores da agricultura e da indústria. Além das atividades bancárias comerciais, os bancos estaduais de desenvolvimento atuam como filiais regionais independentes.

Os bancos controlados pelo governo brasileiro incluem o Banco do Brasil, o BNDES (principal agente da política de investimentos do Governo Federal), e outros bancos do setor público de desenvolvimento, bancos comerciais e de múltiplos serviços. O Banco do Brasil fornece uma larga escala de produtos bancários, tanto a setores públicos quanto privados, e é o maior banco comercial do Brasil. O BNDES tem como principal atividade a concessão de financiamentos, de forma quer direta ou indireta, através de outras instituições financeiras do setor público ou privado, a médio e longo prazos, ao setor privado, principalmente às indústrias. Outros bancos de desenvolvimento do setor público federal, bancos comerciais e de múltiplos serviços incluem o Banco da Amazônia e Banco do Nordeste do Brasil S.A., bem como alguns bancos comerciais e de múltiplos serviços controlados por vários governos estaduais.

18.2.2. Setor Privado

O setor financeiro privado inclui bancos comerciais, de múltiplos serviços, sociedades de investimento, financiamento e crédito, bancos de investimento, corretoras, cooperativas de crédito, sociedades de arrendamento mercantil, instituições seguradoras e outras entidades. No Brasil, os maiores participantes dos mercados financeiros são os conglomerados financeiros, envolvidos na atividade bancária comercial e de banco de investimento, financiamento, arrendamento mercantil, negociação de valores mobiliários, corretagem e seguros. Há diferentes tipos de instituições financeiras do setor privado no Brasil, dentre os quais destacam-se:

Bancos Múltiplos

Instituições financeiras, privadas ou públicas, que realizam operações ativas, passivas e acessórias, por intermédio das seguintes carteiras: comercial, de investimento e/ou de desenvolvimento, de crédito imobiliário, de

arrendamento mercantil e de crédito, financiamento e investimento. Essas operações estão sujeitas às mesmas normas legais e regulamentares aplicáveis às instituições singulares correspondentes às suas carteiras, sendo que a carteira de desenvolvimento somente pode ser operada por banco público. O banco múltiplo deve ser constituído com, no mínimo, duas carteiras, sendo uma delas, obrigatoriamente, comercial ou de investimento, e ser organizado sob a forma de sociedade anônima. As instituições com carteira comercial podem captar depósitos à vista. Na sua denominação social deve constar a expressão "Banco" (Resolução CMN nº 2.099, de 1994).

Bancos Comerciais

Instituições financeiras, privadas ou públicas, que têm como objetivo principal proporcionar suprimento de recursos necessários para financiar, a curto e a médio prazos, o comércio, a indústria, as empresas prestadoras de serviços, as pessoas físicas e terceiros em geral. A captação de depósitos à vista, livremente movimentáveis, é atividade típica do banco comercial, o qual pode também captar depósitos a prazo. Deve ser constituído sob a forma de sociedade anônima e na sua denominação social deve constar a expressão "Banco" (Resolução CMN nº 2.099, de 1994).

Bancos de Investimento

Instituições financeiras de natureza privada, especializadas em operações de participação societária de caráter temporário, de financiamento da atividade produtiva para suprimento de capital fixo e de giro e de administração de recursos de terceiros. Devem ser constituídos sob a forma de sociedade anônima e adotar, obrigatoriamente, em sua denominação social, a expressão "Banco de Investimento". Não possuem contas correntes e captam recursos via depósitos a prazo, repasses de recursos, externos e internos, e venda de cotas de fundos de investimento por eles administrados. As principais operações ativas são as de financiamento de capital de giro e capital fixo, subscrição ou aquisição de títulos e valores mobiliários, depósitos interfinanceiros e repasses de empréstimos externos (Resolução CMN nº 2.624, de 1999).

18.3. Principais Requisitos para o Funcionamento das Instituições Financeiras no Brasil

A Lei nº 4595/64, e demais normativos pertinentes dispõe sobre a operação de instituições financeiras no Brasil. As instituições financeiras devem observar os seguintes requisitos:

- devem obter prévia autorização do Bacen ou, quando estrangeiras, por decreto do Poder Executivo;
- somente podem ser proprietárias de imóveis se os ocuparem e utilizarem para a instalação e desenvolvimento de suas atividades. Se bens imóveis forem transferidos a uma instituição financeira, em pagamento de dívida, tal instituição deve transferir os referidos bens, no prazo de até um ano;
- devem observar, como regra, um limite de exposição, por cliente, em montante correspondente a 25% de seu Patrimônio de Referência, na contratação de operações de crédito e de arrendamento mercantil e na prestação de garantias, inclusive em relação a créditos decorrentes de operações com derivativos;
- não podem conceder empréstimos a qualquer empresa que detenha mais do que 10% de seu capital social, salvo em circunstâncias excepcionais, limitadas e sujeitas à aprovação prévia do Banco Central;
- não podem conceder empréstimos a qualquer empresa em que detenham mais do que 10% do capital social, exceto na hipótese de aquisição de títulos de dívida emitidos por suas subsidiárias de arrendamento mercantil;
- não podem conceder empréstimos a seus diretores e membros dos conselhos consultivos ou administrativo, fiscais e assemelhados, bem como aos respectivos cônjuges ou parentes, até o 2º grau;
- as instituições financeiras privadas, exceto as de investimento, só podem participar de capital de quaisquer sociedades mediante prévia autorização do Bacen, solicitada justificadamente e concedida expressamente, ressalvados os casos de garantia de subscrição, nas condições que forem estabelecidas, em caráter geral, pelo CMN.

18.4. Padrões Mínimos de Capitalização das Instituições Financeiras

A Resolução CMN nº 2.099/94, adaptou, com algumas modificações, a regulamentação bancária do Brasil às regras de adequação de capital, baseadas no risco, em cumprimento do Acordo de Basiléia. Ao mesmo tempo, estabeleceu tal Resolução níveis mínimos de capitalização para as instituições financeiras, de acordo com as atividades desenvolvidas. Normas posteriores instituíram critérios de verificação de solvência mais rigorosos que, em termos gerais, são mais restritivos do que aqueles estabelecidos no Acordo de Basiléia. Nos termos da Resolução CMN nº 2.099/94, foram estabelecidos os seguintes níveis mínimos de capitalização:

- I- R\$ 17.500.000,00 (dezessete milhões e quinhentos mil reais): banco comercial e carteira comercial de banco múltiplo;

- II- R\$ 12.500.000,00 (doze milhões e quinhentos mil reais): banco de investimento, banco de desenvolvimento, correspondentes carteiras de banco múltiplo e caixa econômica;
- III- R\$ 7.000.000,00 (sete milhões de reais): sociedade de crédito, financiamento e investimento, sociedade de crédito imobiliário, sociedade de arrendamento mercantil e correspondentes carteiras de banco múltiplo;
- IV- R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais): companhia hipotecária;
- V - R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais): sociedade corretora de títulos e valores mobiliários e sociedade distribuidora de títulos e valores mobiliários, que administrem fundos de investimento nas modalidades regulamentadas pelo Bacen (exceto fundos de investimento em quotas de fundos de investimento) ou sociedades de investimento, que sejam habilitadas à realização de operações compromissadas, bem como realizem operações de garantia firme de subscrição de valores mobiliários para revenda de conta margem e/ou de swap, em que haja assunção de quaisquer direitos ou obrigações com as contrapartes;
- VI - R\$ 550.000,00 (quinhentos e cinqüenta mil reais): sociedade corretora de títulos e valores mobiliários e sociedade distribuidora de títulos e valores mobiliários, que exerçam atividades não incluídas no inciso anterior;
- VII - R\$ 350.000,00 (trezentos e cinqüenta mil reais): sociedade corretora de câmbio.

Em se tratando de instituição que tenha a agência sede ou matriz e, no mínimo, 90% (noventa por cento) de suas dependências em funcionamento fora dos Estados do Rio de Janeiro e/ou de São Paulo, os níveis de capital realizado e patrimônio líquido exigidos têm redução de 30% (trinta por cento).

Para a instituição operar no mercado de câmbio, deve ser adicionado o montante de R\$ 6.500.000,00 (seis milhões e quinhentos mil reais) aos valores de capital realizado e patrimônio líquido.

Além da exigência de limite mínimo de capital realizado e patrimônio líquido, as instituições financeiras devem manter o valor do patrimônio líquido ajustado compatível com o grau de risco da estrutura dos seus ativos, de acordo com a classificação de riscos descrita na própria Resolução nº 2.099.

Por fim, a Resolução nº 2.815, de 24.01.2001, estabelece que, a critério do Bacen, no caso de constatação de descumprimento dos padrões de capital e/ou patrimônio líquido, podem ser solicitadas informações acerca das medidas que serão adotadas com vistas à regularização da situação. Se não ocorrer a

regularização, de acordo com os padrões de capital e patrimônio líquido exigidos, é aplicada punição à instituição financeira, nos termos da Lei nº 6.024, de 13.03.1974.

18.5. Investimento Externo em Instituições Financeiras Brasileiras

O artigo 52 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal brasileira admite a abertura de novas agências de instituições financeiras com sede no exterior e o aumento no capital de instituições financeiras com sede no país, por parte de pessoas físicas ou jurídicas, residentes ou domiciliadas no exterior, somente quando o respectivo investimento a ser realizado resultar de acordo internacional, de reciprocidade ou de interesse do Governo Federal. Tais investimentos estrangeiros estão sujeitos a registro junto ao Bacen, da mesma forma como os investimentos estrangeiros em outros setores da economia, em conformidade com a Lei n.º 4.131/62.

Além do mais, cabe ressaltar que as instituições financeiras estrangeiras somente podem funcionar no Brasil mediante decreto do Poder Executivo e estão sujeitas às mesmas vedações, ou restrições equivalentes, aplicáveis a bancos brasileiros instalados, ou que pretendem se instalar, no país da matriz das referidas instituições estrangeiras.

18.6. Arrendamento Mercantil

As operações de arrendamento mercantil são regidas pela Lei nº 6.099, de 12.09.1974, conforme alterações promovidas pela Lei nº 7.132, de 26 de outubro de 1983, e bem assim pela respectiva regulamentação emitida pelo CMN. As operações de arrendamento mercantil encontram-se sujeitas basicamente à regulamentadas contida na Resolução nº 2.309, de 28.08.1996.

Sociedades brasileiras de arrendamento mercantil

Somente sociedades de arrendamento mercantil, autorizadas a operar pelo Banco Central, podem realizar operações de arrendamento mercantil no mercado brasileiro. Os investimentos estrangeiros em sociedades de arrendamento mercantil estão sujeitos à mesma disciplina aplicável às instituições financeiras em geral, conforme acima descrito.

Para ser autorizada a realizar operações de arrendamento mercantil, a sociedade deve se encontrar constituída como sociedade anônima, estando vedado qualquer outro tipo societário, salvo, em alguns casos específicos, para operações realizadas por outras instituições financeiras. A sociedade deve satisfazer as exigências mínimas de capital determinadas pelo Conselho Monetário Nacional. As atividades das sociedades de arrendamento mercantil estão restritas à realização de atividades de arrendamento e, de sua denominação social, deve obrigatoriamente constar a expressão "Arrendamento Mercantil".

Os prazos mínimos, estabelecidos na regulamentação em vigor, para as operações de arrendamento mercantil financeiro variam de dois a três anos, dependendo da vida útil dos respectivos bens. As contraprestações devem ser estipuladas em moeda corrente nacional e podem ser ajustadas conforme taxas de juros flutuantes ou de acordo com a variação do custo de captação dos fundos no mercado interno ou mesmo pela variação do dólar ou outra moeda, no caso de operações realizadas com recursos provenientes do exterior.

As regras acima sobre prazos mínimos e reajuste das contraprestações não se aplicam a operações de locação ou de arrendamento mercantil operacional. No caso dessas últimas, elas são igualmente privativas de bancos múltiplos com carteira de arrendamento mercantil e de sociedades de arrendamento mercantil e encontram-se sujeitas à disciplina prevista na Resolução nº 2.309, de 28 de agosto de 1996.

Arrendamento Mercantil Internacional

A Resolução nº 1.969, de 30 de setembro de 1992, que disciplina as operações de arrendamento mercantil externo, permite que qualquer bem, produzido no exterior e que, de acordo com as normas vigentes, possa ser importado para o Brasil, seja objeto de arrendamento mercantil internacional.

Para tanto, exige-se que os arrendamentos mercantis internacionais tenham prazos mínimos de dois ou três anos, dependendo da vida útil do respectivo bem. De acordo com o previsto na Circular nº 3.025 de 24.01.2001, para fins de registro de operação de arrendamento mercantil externo no Bacen, é considerada como vida útil do bem aquela informada, conforme o caso, (i) pelo fabricante, no caso de se tratar de bem novo, (ii) pelo fabricante ou organização especializada, estrangeira ou nacional, no caso de bem usado, ou (iii) por empresa especializada, em caso de imóvel. Na análise das condições das operações de arrendamento mercantil externo submetidas a registro, o Bacen utiliza critérios similares aos aplicados a operações de importação financiada.

19. Comércio Eletrônico

19.1. Aspectos Gerais

Comércio eletrônico é a compra e venda de produtos, ou a prestação de serviços, realizada em estabelecimento virtual. Baseia-se na transferência eletrônica de informação entre três grupos básicos de participantes: empresa, governo e indivíduos.

Entre as modalidades mais recentes de comércio eletrônico estão o *m-Commerce* e o *t-Commerce*. O *m-Commerce* é a possibilidade de se realizar transações comerciais através de aparelhos móveis (celulares, *palmtops*, dentre outros) e *t-Commerce* é o termo usado para o *e-Commerce* realizado a partir de televisores digitais conectados à *web*, que funciona como canal de comunicação para comercialização de qualquer produto, através de simples comandos no controle remoto.

O setor de *m-Commerce* possui potencial considerável de crescimento no Brasil. Em 2003, movimentou cerca de dez milhões de reais, segundo um levantamento da *E-Consulting*, com estimativas de se chegar a R\$ 30 milhões e R\$ 50 milhões em 2004 e 2005.¹⁷ No setor do *t-Commerce*, as perspectivas ainda são discutidas. A previsão mundial é de que 100% de lares americanos e ingleses possuam TV digital em 2010. Nos EUA, todas as emissoras comerciais iniciaram transmissões digitais em 2002 e, em 2006, é esperado o encerramento de todas as transmissões analógicas. No Brasil, a previsão é de que, em 10 anos – a partir da escolha do padrão tecnológico a ser adotado (americano, europeu ou japonês) –, mais de 80% dos aparelhos televisores sejam substituídos pelos modelos digitais.¹⁸

O comércio eletrônico no Brasil apresenta claros sinais de evolução, respondendo, em 2003, por cerca de 40% da utilização de *internet* e, hoje, por 75,4% de todos os negócios transacionados eletronicamente entre empresas na América Latina. Estima-se que o volume do mercado brasileiro de comércio eletrônico, englobando transações entre empresas (as chamadas *business-to-*

¹⁷ Fonte: Ministério da Ciência e tecnologia, in http://www.mct.gov.br/Sepin/Imprensa/Noticias_4/Comercio_4.htm. Informação extraída em 22/02/2006.

¹⁸ Fonte: Associação Brasileira das Emissoras de Rádio e Televisão, <http://www.abert.org.br/_mostra_clipping.cfm?noticia=27430>. Informação extraída em 22/02/2006.

businesses, B2B) e transações entre empresas e seus consumidores (as chamadas *business-to-consumer*, B2C), se multiplicarão em progressão geométrica nos próximos anos, a despeito das turbulências ocorridas no mercado de capitais das empresas de tecnologia durante os anos de 2000 e 2001. Para se ter uma idéia, desde 2001, o varejo eletrônico aumentou 355% e espera-se alcançar um crescimento de R\$ 3,9 bilhões em 2006.¹⁹

Em decorrência do desenvolvimento do comércio eletrônico, foi criada, em maio de 2001, a Câmara Brasileira de Comércio Eletrônico, entidade multissetorial da economia digital no Brasil e na América Latina, que busca promover, representar e defender os interesses coletivos de empresas, entidades e usuários associados, envolvidos em atividades de comércio e negócios eletrônicos.

Em sintonia com esse panorama, a área de serviços governamentais eletrônicos também vem ganhando forças no cenário político, principalmente de investimentos em tecnologia e planejamento. Em outubro de 2000, foi criado o Comitê Executivo do Governo Eletrônico, com o objetivo de formular políticas, estabelecer diretrizes, coordenar e articular ações de implantação do Governo Eletrônico, voltado para a prestação de serviços e informações ao cidadão.

O serviço de Governo Eletrônico (e-Gov) é uma ferramenta eletrônica de relacionamento entre governo-governo (G2G), governo-fornecedor (G2B) e governo-cidadão (G2C), que traz mudanças significativas no relacionamento entre o governo e a sociedade, demandando das instituições investimento em infra-estrutura tecnológica que viabilize o grau de segurança exigido, garantindo o direito dos cidadãos à privacidade e à transparência dos seus governantes.

Atualmente, existem mais de 3.500 *sites* governamentais brasileiros na *internet*, sendo exemplos vivos de programas *on-line* os pregões eletrônicos federais, as licitações públicas, a Rede Governo (que oferece cerca de 900 serviços e mais de 5 mil informações), o portal Minas (que reúne *sites* de 133 órgãos e entidades do governo estadual), o leilão reverso eletrônico em São Bernardo do Campo, o portal próprio Comprasnet, dentre diversos outros serviços oferecidos por governos estaduais e municipais.²⁰

¹⁹ Fonte: Câmara Brasileira de Comércio Eletrônico, in < <http://www.camara-e.net/interna.asp?tipo=1&valor=3523>>. Informação extraída em 02/06/2006.

²⁰ Fonte: Câmara Brasileira de Comércio Eletrônico (www.camara-e.net).

19.2. Aspectos Legais

O Brasil ainda não dispõe de uma lei que trate especificamente de comércio eletrônico. Especialistas e autoridades governamentais ainda discutem a necessidade de maior ou menor regulamentação sobre o assunto. Há consenso, entretanto, de que é necessária a adoção de legislação específica, para a segurança jurídica dos negócios realizados no meio virtual.

Atualmente, encontram-se em tramitação no legislativo federal projetos de lei sobre comércio eletrônico, dentre eles: os Projetos de Lei da Câmara nº 1.589/99 (apensado ao PL 1483/99) e nº 3.303/00 (apensado ao PL 3016/2000) e os Projetos de Lei do Senado nº 672/99 (proposição originária), tendo como seu substitutivo o PL 4.906/01 (com vários apensos).

O Projeto de Lei nº 1.589/99, elaborado pela Comissão Especial de Informática Jurídica da OAB/SP, inspirou-se na proposta de diretiva européia (hoje aprovada sob o nº 1999/93/CE), bem como nas sugestões contidas na Lei Modelo de Comércio Eletrônico (1996), da Comissão de Direito do Comércio Internacional da Organização das Nações Unidas – UNCITRAL. Em síntese, trata dos seguintes aspectos: (i) desnecessidade de autorização prévia para oferta de bens e serviços em razão do meio eletrônico; (ii) obrigatoriedade de identificação do ofertante, do armazenador, do provedor de acesso e dos sistemas de segurança para o arquivamento do contrato eletrônico; (iii) regras de utilização de informações de caráter privado; (iv) segurança e certificação eletrônica das transações; (v) responsabilidades dos intermediários, transmissores e armazenadores de informações; (vi) aplicabilidade das normas de proteção e defesa do consumidor ao comércio eletrônico; (vii) eficácia jurídica das assinaturas eletrônicas e dos documentos eletrônicos; (viii) certificações eletrônicas públicas e privadas; (ix) responsabilidade de tabeliães relacionada à atividade de certificação eletrônica; (x) registros eletrônicos; (xi) competência do Poder Judiciário para autorizar, regulamentar e fiscalizar o exercício das atividades de certificação; (xii) competência do Ministério da Ciência e Tecnologia para regulamentar os aspectos técnicos das certificações; (xiii) sanções administrativas e penais aplicáveis.

O Projeto de Lei nº 3.303/00 regula a operação e o uso da *internet* em âmbito nacional, trazendo como inovações, dentre outras: (i) a classificação do provedor de acesso como prestador de serviços de valor adicionado ao serviço de telecomunicação; (ii) a instituição de mecanismos de segurança, o cadastro de usuários juntos aos provedores de acesso e os meios adequados para a identificação de práticas ilícitas na *internet*; (iii) a realização dos registros e a coordenação dos nomes de domínio pelo Comitê Gestor da *Internet* do Brasil e (iv) a criação de Conselho de Ética da *Internet*.

O Projeto de Lei nº 672/99, apresentado apenas poucos meses após o PL 1.589/99, incorpora quase integralmente os preceitos da Lei Modelo da UNCITRAL e toca nos seguintes pontos: (i) reconhecimento de efeitos jurídicos às mensagens de dados; (ii) equiparação da mensagem eletrônica à mensagem impressa; (iii) equiparação dos métodos de identificação eletrônicos à assinatura; (iv) autenticidade de informações em meio eletrônico; (v) conservação de mensagens eletrônicas; (vi) validade das declarações de vontade e formação de contratos através de mensagens eletrônicas; (vii) princípios aplicáveis à determinação do remetente, do destinatário, do tempo e do lugar relativos ao envio e ao recebimento das mensagens eletrônicas.

Por fim, o Projeto de Lei nº 4.906/01 regula o comércio eletrônico em todo o território nacional, destacando a necessidade de uniformização das normas de comércio eletrônico em nível internacional, criando dispositivos que regulamentam a aplicação de requisitos legais às mensagens eletrônicas e a comunicação de mensagens eletrônicas, inclusive quanto à celebração e validade dos contratos celebrados virtualmente.

19.3. Aplicabilidade das Normas Gerais de Direito Brasileiro

Ante a inexistência de lei específica para regulamentar as questões jurídicas oriundas das relações virtuais, são aplicáveis ao comércio eletrônico no Brasil, seja diretamente ou por analogia, os preceitos das leis atualmente em vigor no território nacional, pertinentes aos negócios e práticas tradicionais do comércio. Aplicam-se, ainda, os princípios contidos na Lei de Introdução ao Código Civil, no que for relevante, dado o caráter transnacional do comércio eletrônico.

Normas aplicáveis à formação dos contratos

Assim como os atos jurídicos em geral, cuja validade depende apenas de agente capaz, objeto lícito e forma, prescrita ou não, defesa em lei, aqueles realizados em ambiente virtual reputam-se igualmente válidos quando atendidos tais requisitos, à luz do Código Civil Brasileiro.

Nesse sentido, a contratação eletrônica entre presentes considera-se efetivada quando a proposta e a aceitação realizam-se de forma imediata (*on-line*), aplicando-se, nesse caso, o artigo 428, I, do Novo Código Civil. Por sua vez, a contratação eletrônica entre ausentes ocorre quando a proposta e a aceitação são efetuadas mediante correios eletrônicos (*e-mails*), desde que não estejam conectados *on-line*, aplicando-se nesse caso o artigo 434 do Novo Código Civil.

Lei aplicável e competência jurisdicional

O artigo 435 do Novo Código Civil brasileiro preceitua que o contrato reputa-se celebrado no local onde foi feita a proposta. A Lei de Introdução ao Código Civil dispõe, em seu artigo 9º, que as obrigações decorrentes do contrato regem-se pela lei do país onde se constituírem, estabelecendo, também, que tais obrigações reputam-se constituídas no lugar onde residir o proponente. Assim, uma operação comercial eletrônica celebrada entre partes situadas em países diferentes é regulada pela lei do país onde residir o proponente. Significa dizer que, se uma proposta é feita por empresa ou pessoa residente no estrangeiro, e aceita por empresa ou pessoa residente no Brasil, a lei aplicável é a do país estrangeiro, e, ao inverso, se a proposta é feita por empresa ou pessoa residente no Brasil, e aceita por empresa ou pessoa residente no estrangeiro, a lei aplicável é a lei brasileira.

A competência para julgamento dos conflitos advindos de contratos virtuais ainda não foi regulamentada, no Brasil, por lei escrita. A inexistência de fronteiras e referências físicas na *internet* dificulta a identificação do órgão jurisdicional competente para julgamento. O Projeto de Lei nº 672/99 adota as linhas básicas da Lei Modelo da UNCITRAL, que, em matéria de competência, institui que o lugar de envio ou recebimento de uma mensagem eletrônica é sempre o do estabelecimento dos contratantes, salvo quando o remetente e o destinatário não possuem estabelecimento, caso em que é considerada, para fins de competência, a residência habitual desses, e quando os contratantes têm mais de um endereço, hipótese em que é considerado o local que guarde mais relação com a transação.

A competência internacional geral do judiciário brasileiro, quando o contrato é celebrado entre contratantes situados em países diferentes, rege-se pelas regras dos artigos 88, 89 e 90 do Código de Processo Civil, que estabelecem que a autoridade judiciária brasileira é competente quando: (i) o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil (entendendo-se como domiciliadas no país as pessoas jurídicas que aqui tiverem filial, agência ou sucursal), (ii) a obrigação tiver que ser cumprida no Brasil, e (iii) a ação se originar de fato ocorrido ou praticado no Brasil.

Assim, no contrato eletrônico celebrado por duas empresas situadas em países diferentes, sendo a proponente sediada no estrangeiro, sem possuir filial no Brasil, a lei aplicável é a do país estrangeiro. Considerando que a obrigação decorrente do contrato tem que ser cumprida no Brasil, a justiça brasileira é competente para processar e julgar o caso.

Normas aplicáveis à prova documental

O Código de Processo Civil estabelece que são hábeis a provar a verdade dos fatos todos os meios legais e moralmente legítimos, ainda que não-nominados. O Novo Código Civil dispõe, em seu artigo 225, que quaisquer reproduções eletrônicas de fatos ou de coisas constituem prova desses, desde que a parte contrária não lhes impugne a exatidão. Portanto, no caso de impugnação pela parte contrária, a prova acerca de informações mantidas sob a forma de registros eletrônicos acaba, de modo geral, dependendo de exame pericial, sendo que a questão da possibilidade de alteração do conteúdo de um documento eletrônico e da incerteza de sua autoria permanece, até o momento, sem tratamento adequado no ordenamento vigente.

Normas aplicáveis à responsabilidade dos ofertantes de bens ou serviços

A responsabilidade por bens e serviços comercializados por meio eletrônico se submete às mesmas normas legais aplicáveis à comercialização por outros métodos.

Em especial, quando ofertados ao público consumidor, estão as respectivas transações eletrônicas sujeitas às normas do Código de Proteção e Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078/90. A aplicação deste se dará quando se tratar de relação de consumo, caracterizada simplesmente pela presença da figura do consumidor (pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final) e do fornecedor de bens ou serviços (pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços) em cada um dos pólos da transação.

Nas relações de consumo internas, via comércio eletrônico, são aplicáveis os preceitos do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, notadamente quanto (i) ao direito de informações sobre o fornecedor e sobre as características do produto ou serviço ofertado; (ii) à proteção contra práticas comerciais consideradas abusivas e à publicidade enganosa; (iii) aos bancos de dados e cadastro de consumidores; (iv) ao direito de arrependimento e (v) ao caráter vinculante da oferta.

Sobre o *e-Commerce* realizado entre empresários, seja através do uso da *internet* (*business-to-business*), seja através do uso do correio eletrônico (*eletronic data*

interchange) não se aplica a Lei Consumerista, já que o empresário não é o destinatário final do produto.

Nas relações de consumo em que se extrapolam as fronteiras nacionais (transnacionais), realizadas via comércio eletrônico, é aplicado o § 2º do artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil, que dispõe que "a obrigação resultante do contrato reputar-se-á constituída no lugar onde residir o proponente." Assim, no caso de a empresa proponente estar domiciliada no exterior e não possuir estabelecimento no Brasil, o consumidor não está amparado pelo CDC, incidindo as leis do país onde se encontra o proponente.

Ressalte-se que a matéria ainda não é pacífica, existindo entendimento jurisprudencial no sentido de que, nas relações de consumo externas, havendo representante do fornecedor no Brasil, este pode ser acionado consoante o Código de Defesa do Consumidor, em virtude da solidariedade existente na regras pertinentes à responsabilidade nas relações de consumo.

O *spam* ou lixo informático

A prática do *spam*, que consiste no envio de correspondências eletrônicas indesejadas, encontra vedação legal na Legislação Consumerista, que estabelece a proibição do fornecedor de enviar ou entregar produtos ou serviços ao consumidor, sem solicitação prévia. Os fornecedores que enviam *spam* podem ser punidos em face do artigo 6º, V, e do artigo 84, ambos do Código de Defesa do Consumidor. Existem, ainda, projetos de lei que disciplinam, especificamente, o envio de *spam*, dentre eles: o PL 21/04 e o PL 36/04 (apensados ao PL 367/03), o PL 2766/03 e o PL 757/03 (sobre o envio de *spam* em celulares) e o PL 2186/03 (em que estão apensados o PL 2423/00, 3731/04, 3872/04, 2423/03).

19.4. Aspectos Tributários do Comércio Eletrônico

O comércio eletrônico implica uma multiplicidade de transações que trazem repercussões na esfera tributária, o que tem sido objeto de preocupação mundial.

A tributação no fornecimento de produtos através do comércio eletrônico consiste no Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), mesmo que a mercadoria seja oriunda de outro país, nos termos do artigo 155, parágrafo 2º, inciso IX, da Constituição Federal.

Especificamente no caso do *software*, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) tem entendido que, se há venda de programas de computador produzidos em série (os chamados *softwares de prateleira – off the shelf*), incide o ICMS. Entretanto, se o fornecimento for em caráter de prestação de serviços, mediante desenvolvimento de programas específicos, conforme o pedido e a necessidade do cliente, incide o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN).

Quanto aos serviços de provimento de acesso à *internet*, embora ainda haja divergência sobre a espécie tributária incidente – se ICMS, ISSQN ou nenhum deles –, a doutrina e jurisprudência têm entendido que o ICMS não incide sobre a prestação desse tipo de serviços por não constituírem serviços de comunicação, nos termos do art. 155, II, da CF (Acórdão da 2ª Turma do STJ. RE nº 456.650/PR, de Re.: Min. Eliana Calmon. J. 24/6/2003. DJU. 8/9/2003).²¹ A questão é importante face à diferença de alíquota entre os impostos, que pode chegar a 20%, já que, no comércio eletrônico, o ICMS pode atingir alíquotas de até 25%, enquanto o ISS pode alcançar a máxima de 5%.

A Constituição Federal outorga aos Municípios competência para instituir impostos sobre serviços de qualquer natureza (ISSQNs), não compreendidos no âmbito de incidência do ICMS e definidos em lei complementar. Entretanto, os serviços de provimento de acesso à *internet* não se encontram descritos nas listas anexas ao Decreto-lei nº 406/68 (aplicável até 31.07.2003) e à Lei Complementar nº 116/03 (aplicável a partir de 01.08.2003), que definem os serviços passíveis de tributação pelo ISS. Portanto, além de não sofrerem tributação pelo ICMS, esses serviços também não constituem fato gerador tributável pelo ISS, uma vez que não se encontram abrangidos na lista de serviços.

Saliente-se, contudo, que o Projeto de Lei nº 3.303, atualmente na Coordenação de Comissão Permanente (CCP) da Câmara dos Deputados, propõe a classificação dos provedores de *internet* como prestadores de serviços, nos termos do Código de Defesa do Consumidor.

19.5. Propriedade Intelectual

Aplicam-se às obras inseridas no ambiente do comércio eletrônico (textos, músicas, desenhos, fotografias, programas de computador, etc.) as disposições da Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610, de 19.02.1998) e da Lei do *Software*

²¹ O que foi confirmado pela MC 10388/SP, Ministro Luiz Fux, DJ 20/02/06; Resp 736607/PR, Ministro Francisco Falcão, j. 25/10/2005; Resp 511390/MG, Ministro Luiz Fux, j. 19/05/2005.

(Lei nº 9.609, de 19.02.1998). Verificam-se pelo menos quatro modalidades de expressão intelectual presentes nos meios atualmente utilizados no comércio eletrônico: os programas de computador, a obra de multimídia, os *websites* e a base de dados eletrônica.

Os programas de computador gozam da proteção conferida pela Lei do *Software* e pela própria Lei de Direitos Autorais. A obra de multimídia, que reúne várias formas de expressão, goza da proteção da Lei de Direitos Autorais, através dos dispositivos aplicáveis a cada uma das formas de expressão que integram. O *website* também é protegido pela citada lei, na medida em que o são as diversas obras protegidas que o integram (expressão gráfica, sons, programas de computador, etc.). As bases de dados eletrônicas são protegidas pela Lei de Direitos Autorais, quando, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual, mas não se confere proteção à base de dados quando esses requisitos não forem atendidos. Questões relativas à necessidade de proteção adicional ao *website*, no que diz respeito a outras formas de expressão criativa nele contidas (por exemplo, estrutura e métodos comerciais), e ao conteúdo das bases de dados eletrônicas (dados propriamente considerados) têm sido objeto de discussão entre especialistas, e ainda carecem de adequado suporte legal no Brasil.

19.6. Nome de Domínio

Todo estabelecimento virtual é identificado pelo nome de domínio, que identifica o “lugar” em que o consumidor ou adquirente pode comprar o produto ou serviço. A atividade de registro de nomes de domínio no Brasil cabia à FAPESP, mas, a partir de 05 de dezembro de 2005, passou a ser de responsabilidade do NIC.br (Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto Br), por delegação do Comitê Gestor da *Internet* do Brasil. O registro dos nomes de domínio obedece às disposições das Resoluções nº 001/2005 e nº 002/2005, ambas do Comitê Gestor.

As resoluções acima citadas estabelecem que o direito ao nome de domínio é conferido ao primeiro que a requerer (atendidas as exigências aplicáveis), não sendo registráveis como nome de domínio palavras de baixo calão ou que pertençam a nomes reservados mantidos pelo Comitê Gestor ou pela NIC.br, bem como aqueles que possam induzir terceiros a erro, como no caso de nomes que representam marcas de alto renome ou notoriamente conhecidas (exceto quando requeridos pelo respectivo titular).

A composição do nome de domínio deve respeitar os direitos industriais de terceiros. Assim, o titular do registro de uma determinada marca junto ao

INPI pode impedir a sua utilização como nome de domínio por aquele que não detém o direito sobre a expressão.²² Diferentemente do registro da marca no INPI, o ato de assentamento do nome de domínio no NIC.br não possui natureza constitutiva. Trata-se de mero cadastro gerencial, cujo objetivo é evitar duplicidade de nomes e viabilizar os procedimentos técnicos que tornam o endereço acessível via *internet*.

O registro do domínio pode ser cancelado, dentre outras hipóteses, pela inobservância das regras previstas pelo Comitê Gestor ou por ordem judicial (Item 5 do Ato Normativo para a Atribuição de Nomes de Domínio na *internet* no Brasil). A matéria tem sido objeto de diversas ações judiciais, em que se pleiteia o cancelamento, a sustação, a suspensão ou a transferência do nome de domínio ao autor da ação, bem como a abstenção de uso do nome de domínio pelo réu. Na maioria dessas ações, tem sido concedida tutela antecipada ao autor, quando requerida e presentes seus fundamentos. No âmbito do NIC ou do Comitê Gestor, não há procedimento administrativo para, a requerimento da parte interessada, examinar e decidir sobre o cancelamento de registros de nomes de domínio já concedidos.

19.7. Eficácia Probatória do Documento Eletrônico

Aspectos Gerais

O presente estudo tem por objetivo analisar a possibilidade de o jurisdicionado utilizar-se dos avanços tecnológicos para demonstrar os fatos articulados no curso da atividade jurisdicional. Em nome do princípio constitucional da ampla defesa, pode ele valer-se das atuais formas contratuais advindas do avanço e da utilização da informática ou "telemática".

19.7.1. Teoria Geral das Provas

Prova é o meio utilizado pelos litigantes para obter o convencimento do Magistrado sobre um fato que lhe é favorável no curso de uma demanda judicial. O julgamento da maior parte dos litígios exige a solução de questões de fato. Em regra o acesso do juiz a tais fatos depende de provas. Teoricamente pelo menos, a probabilidade de atingir-se uma decisão justa cresce na razão direta dos mecanismos probatórios.

²² Sobre o tema, de todo o modo, o Comitê Gestor ressalva que "esse assunto vem sendo discutido em todo o mundo e a tendência é que marca e domínio sejam tratados independentemente" (in < <http://www.cg.org.br/faq/problemas-03.htm> >).

O destinatário da prova é o Magistrado. O julgamento deve ser proferido de conformidade com as provas inseridas no processo (art. 128 do Código de Processo Civil). O juiz decidirá segundo a verdade dos autos e não segundo a verdade da natureza (verdade real). Justifica-se essa limitação como forma de evitar-se o arbítrio.

Durante a fase probatória, a ação do juiz deve ser extremamente cuidadosa e buscar amplo acesso a todos os meios necessários para uma avaliação e análise criteriosa e para a formação de seu convencimento. O indeferimento injustificado da produção de prova pelo magistrado, constitui cerceamento de defesa (art. 5º, LV, Constituição Federal). O Julgador, a partir de critérios ditados por Lei (persuasão racional), tentará reconstruir os fatos discutidos nos autos para precisar de que maneira eles teriam sido presenciados. O Julgador é livre para analisar os fatos. Contudo, essa liberdade não significa, é claro, arbítrio judicial.

Quanto aos meios de prova, nosso sistema legal não adota uma enumeração taxativa, mas admite *"todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código."* (artigo 332, do Código de Processo Civil). O ordenamento brasileiro admite, inclusive, as "provas atípicas" ou "inominadas", muito embora repudie as provas "ilegítimas", ou seja, aquelas que afrontam as normas de Direito Processual, seja quanto ao meio, ou modo se sua obtenção.

A prova documental é a coisa que ela representa e presta-se a reproduzir uma manifestação do pensamento. Como acontecimentos e idéias são tidos em juízo como "fato", o documento é uma coisa representativa de um fato. Como coisa representativa, o documento não existe no estado natural, mas se forma a partir da ação e, portanto, assume uma certa forma ou meio.

Os documentos podem ser escritos ou não escritos, públicos ou particulares. Alguns doutrinadores ainda os classificam segundo sua autenticidade, origem, subscrição, meio de formação (direto, indireto; escrito ou gráfico), conteúdo (narrativos ou constitutivos), forma (solenes ou não), etc.. O documento é "ad solemnitatem", quando for indispensável à própria substância (natureza, forma e constituição) do ato, e será "ad probationem" quando constituir mera prova do ato, ou dos seus efeitos. Aos documentos públicos, desde que firmados por oficial público (fé pública), é garantida presunção *juris tantum* acerca da sua autenticidade, exceto na hipótese de haver prova de sua falsidade (material ou ideológica).

Com relação aos documentos particulares, a questão da sua força probatória é controvertida, tendo em vista a diversidade de formas pelas quais eles se apresentam. Por exemplo, para o documento particular escrito e assinado ou

apenas assinado, há presunção legal de que as declarações dele constantes são verdadeiras. A teor do artigo 388, I, do Código de Processo Civil Brasileiro, o documento particular deixa de merecer fé quando lhe for contestada a assinatura e enquanto não se lhe comprovar a veracidade. Para afastar-se a fé de qualquer documento público ou particular, cabe à parte interessada a arguição de falsidade ("principaliter" ou "incidenter tantum"), a fim de que a mesma seja declarada judicialmente. O documento particular deve ser necessariamente escrito pela própria parte ou por outrem, como também, poderá ou não estar assinado. Para a doutrina tradicional, o autor do documento particular será aquele que o assinou, dispensando-se tal assinatura somente naqueles tipos de documentos que habitualmente não costumam ser assinados, como é o caso dos livros comerciais.

A partir deste ponto é que surgem os questionamentos acerca dos chamados "documentos eletrônicos" e sua utilização como meio de prova. O uso de meios eletrônicos na constituição dos atos jurídicos representa a progressiva substituição da grafia por impulsos ou transmissões eletrônicos. A assinatura do autor não acompanha necessariamente o documento, face à sua substituição pelos chamados "códigos ou senhas confidenciais."

19.7.2. Enquadramento do Documento Eletrônico Entre os Diversos Tipos de Documento

A doutrina teve de abandonar a noção tradicional de prova documental, para admitir uma nova forma de expressão, que não é nem oral, nem escrita, mas digital²³. Todo documento se presta a uma declaração, ou seja, à representação de um fato presente ou passado. Assim também ocorre com o documento digital, com a única diferença que, para esse tipo de documento, a percepção sensorial do receptor/observador não é imediata. Vale dizer: para que a representação se torne compreensível, é necessário o recurso a um elaborador eletrônico, o qual, se traduz em um objeto (intermediário) que permita ao observador a cognição da declaração representada no documento²⁴. Dentro da ampla classificação documental, o documento informático se enquadra, portanto, na categoria dos documentos indiretamente representativos. Pode-se afirmar, portanto, que o documento informático é todo e qualquer objeto que, interagindo com um elaborador eletrônico, seja capaz de transmitir a representação de um fato presente ou passado²⁵.

²³ Cf. Graziosi, Andrea, "Premesse ad una teoria probatoria del documento informático", in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno LII, n. 2, junho/98, Milano, Giuffrè, p. 487.

²⁴ Graziosi, Andrea, *op. cit.*, p. 491.

²⁵ Graziosi, Andrea, *op. cit.*, p. 492.

19.7.3. Suporte Representativo

O conteúdo do documento eletrônico, por seu caráter imaterial, vem sempre apoiado sobre um suporte representativo, ou seja, um objeto sobre o qual está contida a declaração digital (*floppy disk*, fita magnética, *compact disk*, etc.). O suporte representativo é tema que guarda relação com as exigências legais de conservação dos documentos.

Em princípio, a doutrina considerava o suporte magnético (representativo) como sendo o original do documento²⁶, e não as informações ali contidas sob a forma digital. Essa posição parece estar ultrapassada, na medida em que o suporte é hoje considerado apenas meio de conservação do documento, cuja importância reside unicamente sobre o conteúdo.

Assim, tomando-se como exemplo a experiência de países da Europa Ocidental por volta dos anos 80²⁷, mais precisamente a Bélgica e a França, verifica-se que a transcrição ou a impressão do conteúdo do documento eletrônico sobre papel era sempre considerada como cópia. No entanto, isso não quer dizer que as cópias (entendidas aqui como impressão do conteúdo do documento eletrônico sobre um suporte de papel) não pudessem ser utilizadas em juízo. De acordo com a melhor interpretação, a legislação francesa permitia – e permite –, a teor do art. 1.348, alínea “a”, do Código Civil, a utilização de “cópia fiel e durável”, desde que inexistente ou irrecuperável o original.

Desde os anos 80, o posicionamento da doutrina e da legislação européia vem sofrendo sensíveis modificações. Atualmente, já não mais se considera o suporte como sendo o original do documento. É o que se extrai das regras contidas na Diretiva 97/7 da União Européia para Comércio à Distância, regulamentando os contratos concluídos entre consumidores e fornecedores através de meios de comunicação à distância e sem a presença física simultânea de qualquer ou ambas as partes²⁸. A diretiva, prevendo a falta de segurança oferecida pela conservação de dados em suportes magnéticos e visando à proteção das partes contratantes, dispõe que as declarações proferidas em contratos de comércio à distância devem ser confirmadas por escrito ou por outro meio durável (artigo 5º). Nota-se que a nova legislação comunitária e também a doutrina que se formou em torno desta têm se preocupado com os

²⁶ Cf. Amory, Bernard e Pouillet, Yves, “Le droit de la preuve face a l’informatique et à la télématique”, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, n. 2, abril/junho 1.985, pp. 340/341.

²⁷ Cf. Amory, Bernard e Pouillet, Yves, *op. cit.*, p. 341.

²⁸ Cf. Silva, Ricardo Barretto Ferreira da e Paulino, Valéria in “Relevant issues in conducting commerce on the Internet”, paper apresentado na 10th Annual Conference on Legal Aspects of Doing Business in Latin America, 1.998, pp.10/11.

meios de conservação dos documentos informáticos. Tanto assim que, em 1.998, o *Prospective UCC (Uniform Commercial Code)*, Projeto de Código Comercial Uniforme para a União Européia, já mencionava em seu art. 2B o termo *record* (gravação), ao invés de *writting* (escrito tradicional). Para os fins do UCC, o termo *record* equivale a informação inscrita em um meio tangível ou arquivada em um meio eletrônico ou qualquer outro que seja recuperável de forma inteligível²⁹.

19.7.3.1. Questões Processuais Relativas à Prova

A análise do valor probante do documento eletrônico – e sua conseqüente receptividade nos tribunais – subdivide-se necessariamente no exame de três aspectos principais: prova da existência do documento, prova da proveniência da declaração ali contida e prova do conteúdo do documento.

19.7.3.2. Prova da Existência do Documento Eletrônico

A vantagem da telenática é a rapidez, o seu inconveniente é a fugacidade. Levando-se em conta tal aspecto, é possível imaginar a dificuldade que, por vezes, o jurisdicionado tem de enfrentar para a comprovação da própria existência do documento. E, como é cediço, de acordo com nosso sistema jurídico, a prova da existência do documento é ônus de quem o invoca em favor próprio (art. 333, I e II do CPC).

No ordenamento brasileiro, a regra geral é a da liberdade na utilização dos diversos meios de prova previstos ou não na lei (art. 332, CPC). No entanto, essa regra comporta algumas exceções, quanto a determinados tipos de atos jurídicos (contratos de valor superior àquele fixado na lei, por exemplo).

A doutrina italiana costuma equiparar, na prática e para efeito de prova, o documento declarativo (categoria que abrange a de documento eletrônico) com o documento particular previsto no art. 2.702 do Código Civil italiano³⁰.

²⁹ Selected Provisions and Comments from Proposed Article 2B – September, 1997, p. 14, apud Silva, Ricardo Barretto Ferreira da e Paulino, Valéria, op. cit., p. 15. Outras novas diretivas da UEE sobre a matéria: Diretiva 21/2002 – institui um quadro comum de rede e serviço de comunicações eletrônicas; Diretiva 65/2002 trata do comércio de serviços bancários à distância Diretiva 58/2002 – tutela a vida privada e no setor de comunicação eletrônica.

³⁰ Graziosi, Andrea, op. cit., p. 501.

É o próprio art. 2.702 que traz as hipóteses em que o documento particular adquire eficácia probatória.

Os sistemas de *common law* conhecem, por sua vez, duas normas fundamentais que parecem constituir obstáculos à prova da existência do documento eletrônico: a regra da testemunha indireta (*hearsay rule*) e a regra do *original* (*best evidence rule*)³¹. O exame dessas duas normas permite verificar como a questão é tratada, em linhas gerais, em países como a Inglaterra e os EUA.

Em razão da regra da testemunha indireta, o testemunho, meio de prova privilegiado no direito anglo-saxão, é permitido somente se emana daquele que teve conhecimento direto e pessoal dos fatos sobre os quais presta depoimento. Aplicando-se essa regra aos documentos escritos, tem-se que um documento não pode ser considerado como meio de prova idôneo, se o seu autor (emissor) não estiver presente para testemunhar acerca do referido documento. Como, em matéria de documento eletrônico, a informação original passa por vários sujeitos, resta claro que a regra que ora se examina constitui um obstáculo à prova da existência do próprio documento.

Pela regra do original, um documento, em princípio, somente é válido como meio de prova se apresentado em sua versão original. O documento eletrônico assume uma forma digital, sendo que somente o seu suporte representativo se materializa. Assim sendo, a regra do original obsta, em princípio, a prova da existência do documento informático, que é imaterial.

Há, no entanto, no direito anglo-saxão, numerosas exceções à *hearsay rule* e à *best evidence rule*, as quais minimizam a dificuldade da prova da existência do documento eletrônico. A esse título podemos citar o *Civil Evidence Act* inglês de 1.968 e a *Business Records Exception* americana, os quais serão apreciados na sequência.

19.7.3.3. Proveniência da Declaração e Assinatura Eletrônica

Outro tema de interesse é a questão da dúvida quanto à identidade do declarante. Esse tema está intimamente ligado àquele relacionado à assinatura eletrônica, que será examinada pormenorizadamente mais adiante. De fato, à simples digitação de um nome ao pé de um documento eletrônico não se pode atribuir o mesmo valor que a uma assinatura no sentido convencional.

³¹ Cf. Amory, Bernard e Poulet, Yves, op. cit., p. 335.

A subscrição convencional contém peculiaridades (momento no que se refere às características da caligrafia do subscritor) que a tornam única e de difícil falsificação.

A prática comercial trouxe algumas soluções para o problema. Um código secreto detido pelo usuário do sistema eletrônico é uma fonte de identificação freqüentemente utilizada em transações eletrônicas. A crítica que se faz a esse meio de identificação é que ele não permite a identificação física do indivíduo que emite a declaração. Para tanto, seriam necessárias técnicas que permitissem reconhecer à distância uma característica física do indivíduo, como a identificação da impressão digital ou do timbre de voz.

Os avanços da informática vieram acompanhados de novas e modernas técnicas para descoberta do "autor" do documento eletrônico. O que hoje se denomina comumente de assinatura eletrônica é, em realidade, um especial procedimento informático de controle da proveniência dos documentos eletrônicos. Trata-se da adoção de um sistema criptográfico, cujo valor probante tem sido equiparável ao da assinatura tradicional³². Funciona da seguinte forma: o usuário do sistema eletrônico é munido de um par de chaves assimétricas, sendo uma privada e uma pública. Ambas são constituídas de um código alfa-numérico, com a diferença que quanto à chave privada, esse código é secreto e de conhecimento exclusivo do usuário. O código correspondente à outra chave é de domínio público e faz parte de uma lista acessível aos demais usuários. As duas chaves são compatíveis e identificáveis reciprocamente, o que torna possível, portanto, o sistema da firma digital ou assinatura eletrônica³³.

Para fins de prova, a assinatura eletrônica diverge totalmente da assinatura convencional. Isso porque esta última tem caráter de prova documental diretamente representativa, bastando ao juiz que proceda a um exame direto da prova. No que tange à firma digital, esta exige um regime diverso: a verificação da procedência da declaração depende do intermédio de um elaborador eletrônico que possa proceder ao método de controle acima descrito. Assim, a assinatura eletrônica não é uma prova diretamente representativa. Daí resulta uma situação singular: a prova da declaração constante do documento informático é documental, enquanto que a prova da proveniência é *constituenda*³⁴.

³² Cf. Graziusi, op. cit., "l'apposizione della firma digitale integra un atto di volontà, giuridicamente rilevante, di assunzione di paternità della dichiarazione cui si riferisce".

³³ Graziosi, Andrea, op. cit., p. 507.

³⁴ Graziosi, Andrea, op. cit., p. 510.

19.7.3.4. Prova do Conteúdo do Documento

Questão crucial que ora se coloca é quanto à credibilidade do referido conteúdo do documento. Como se sabe, os documentos informáticos são passíveis de manipulação que não deixam rastros.

São dois os tipos de risco a que estão sujeitos os documentos eletrônicos: os erros e as fraudes. Os erros podem ter origem diversas: humana, técnica ou externa. A maior parte dos erros de origem humana deve-se a falhas na manipulação de dados. Os erros de origem externa são imputáveis, principalmente, ao meio ambiente (más condições de temperatura ou umidade, por exemplo). Quanto aos defeitos de origem técnicas, esses resultam de um mal funcionamento do software ou do próprio elaborador eletrônico utilizado. A fraude se diferencia do erro pelo seu caráter doloso.

Trata-se de problema de problema de difícil solução. O que se tem proposto é a criação de novos tipos penais, com previsão de sanções severas. No Brasil, pode-se citar o projeto de lei n. 84 de 1999, de autoria do deputado Luiz Piauhylino, já aprovado na Câmara dos Deputados e com substitutivo seguindo tramitação no Senado Federal sob o nº 89/03, PL 407/2005 (sobre julgamento de 'hackers' e 'crakers').

19.7.4. Trabalhos Legislativos

O *Civil Evidence Act* (Inglaterra, 1.968). Pioneira, essa lei já continha uma série de disposições acerca da prova eletronicamente produzida, trazendo as condições para sua validade perante os tribunais. Previa, inclusive, a confecção de um certificado de identificação do documento, que devia ser subscrito por pessoa responsável pelo conteúdo do documento e apresentado ao tribunal.

Nos EUA, há o *Uniform Business Records as Evidence Act* e as *Uniform Rules of Evidence*, também datadas da década de 60. Contêm uma exceção às regras do testemunho indireto e do original, pela qual a prova eletrônica seria admissível para os casos em que o seu conteúdo tivesse natureza comercial. Ainda, segundo a mencionada exceção (*Business Records Exception*) os documentos de origem eletrônica são admitidos sem a necessidade do depoimento de seu autor.

Na França, o legislador transformou em texto legal (lei de 12.07.80) o entendimento da jurisprudência segundo o qual é dispensável a apresentação em juízo de um "escrito", em caso de impossibilidade material.

Uma das mais completas e modernas leis sobre a matéria é a lei italiana n. 59 de 1.997, que, então, já disciplinava detalhadamente as condições de admissibilidade do documento eletrônico como meio de prova, com previsão expressa a respeito da assinatura criptografada, das cópias digitais, etc.

O Brasil dispõe de regulações recentes, sinalizando para alguns avanços a respeito de documentos eletrônicos (Lei 9.800, de 26 de maio de 1.999, que autoriza às partes o envio de documentos eletrônicos e encaminhamento de petições por fax para a prática de determinados atos processuais; Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal, n. 156 de 22 de dezembro de 1.999, que regulamenta a emissão de documentos eletrônicos a serem utilizados nas relações deste órgão público com o contribuinte tributário; Lei 10.259/2001, cujo art 8º: § 2º autoriza os tribunais a organizarem serviço de intimação das partes e de recepção de petições por meio eletrônico; Emenda Regimental n. 6 do STJ, que autoriza o jurisdicionado a utilizar, em seus recursos, *acórdão* retirado da *internet*, desde que haja declaração do advogado responsabilizando-se pela autenticidade do documento).

Merecem destaque, nesse contexto, os seguintes projetos de lei brasileiros: PLC nº 5.828/2001 (com substitutivo PL nº 71/2002, no Senado), que "*dispõe sobre a informatização do processo judicial e dá outras providências*", de iniciativa da Associação dos Juizes Federais do Brasil; PL 5.732/2005 e PL 1692/2003 (sobre uso de correio eletrônico); PL 7.316/2002 (sobre uso de assinatura eletrônica).

De outra parte, nossos Tribunais, cada vez mais, vêm se adaptando a essa nova realidade legislativa. O Tribunal Regional Federal da 4ª região, por exemplo, implementou em julho de 2003 o processo eletrônico em quatro juizados especiais federais, desenvolvendo um processo sem o uso de papéis, mediante o envio à distância de petições e documentos através do *e-mail*. De outro lado, entretanto, alguns Tribunais ainda tornam desaconselhável a utilização prática do documento eletrônico nos processos. O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, reconhece a validade do documento eletrônico apenas: (i) se o arquivo eletrônico foi corretamente recebido no Tribunal e (ii) se os originais foram protocolizados tempestivamente, nos termos da Lei 9.800/99.³⁵

Sem prejuízo disso, destaque-se o Decreto nº 3.505, de 13 de junho de 2000, que instituiu a Política de Segurança de Informação nos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, foi uma das primeiras normas brasileiras a

³⁵ Resp 594.352/SP, Resp 594.352/SP, REsp. n.º 525.067/ES, j. 19.02.2004; em sentido contrário: Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 11.960/RJ - o Superior Tribunal de Justiça apreciou e reconheceu a validade jurídica do documento eletrônico (informações processuais) que o litigante obteve no *site* do tribunal.

tratar de tema relacionado às comunicações eletrônicas. Posteriormente, o Decreto nº 3.587 de 05.09.2000 (revogado pelo artigo 6º do Decreto nº 3.996 de 31.10.2001) estabeleceu as normas para a Infra-Estrutura de Chaves Públicas do Poder Executivo Federal - ICP-Gov -, visando à criação e utilização da assinatura digital, por meio da criptografia assimétrica.

Na esfera privada, a Medida Provisória 2.200-2, de 24/08/2001, instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas do Brasil (ICP-Brasil), para garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras.

19.7.4.1. Medida Provisória 2.200-2 e outros Projetos de Lei no Brasil

De acordo com a MP 2.200-2, de 24/08/01, a ICP-Brasil é uma organização composta por uma autoridade gestora de políticas (Comitê Gestor - vinculado à Casa Civil da Presidência da República) e por autoridades certificadoras (que são as entidades responsáveis pela emissão dos certificados eletrônicos, tomando providências para estabelecer a identidade das pessoas ou das organizações solicitantes do certificado).

Embora a referida Medida Provisória 2.200-2/01 não imponha a utilização da certificação digital para de fins de validade de documentos eletrônicos, a norma atribui *presunção relativa de autenticidade às assinaturas digitais contidas em documento certificado eletronicamente por uma AC (Autoridade Certificadora) credenciada ao Comitê Gestor da ICP-Brasil* (art. 10, §1º).

De outra forma, caso as partes desejem utilizar outra Autoridade Certificadora (não credenciada no Comitê Gestor) para autenticar seus documentos eletrônicos, é imprescindível que, para validade jurídica perante terceiros, haja estipulação contratual, dando ciência de que as partes aceitam aquela "AC" para o ato de autenticação. É o que recomenda o art. 10, parágrafo 2º da MP. Este procedimento é importante para tornar o documento juridicamente válido, por exemplo, em um processo que o utilize como prova.

A referida Medida Provisória, até chegar ao texto atual, passou por três edições, depois de sancionada, resultando na MP nº 2.200-2/2001. Sua sanção passou por cima de diversos projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional. Eles dispõem sobre a mesma matéria, alguns bem mais completos que a MP, como é o caso do Projeto de Lei nº 4.906/2001, que além de cuidar da assinatura

digital e da certificação eletrônica, trata, de uma maneira bem mais abrangente, as relações e responsabilidades decorrentes do Comércio Eletrônico.

Nesse contexto, destaca-se, ainda, o Projeto de Lei 7316/2002 (da Secretaria de Assuntos Parlamentares da Presidência da República), que, inspirado na Diretiva 1999/93/CE da Comunidade Européia, preenche lacunas da MP 2.200, dispondo sobre a responsabilidade civil das prestadoras de serviços de certificação, os procedimentos a serem observados na hipótese de falência de uma certificadora e o valor jurídico dos certificados emitidos no exterior.

Referido projeto distingue, ainda, as categorias de "assinatura eletrônica" e "assinatura eletrônica qualificada" (a qual tem o mesmo valor jurídico e probante da assinatura manuscrita, desde que obedeça aos requisitos previstos naquela norma), bem como as de "certificado" e "certificado qualificado".

19.7.5. Conclusões

O direito brasileiro tem agido positivamente, no sentido de buscar instrumentos adequados a dirimir questões novas que impostas pelo crescente desenvolvimento da tecnologia. Nessa medida, instaurou-se, com a Medida Provisória 2.200, um regime duplo no que se refere ao valor jurídico e probante das assinaturas eletrônicas. De um lado há a assinatura eletrônica avançada que produz, por força da lei, os mesmos efeitos jurídicos de uma assinatura manuscrita. De outro, tem-se a assinatura eletrônica a que não se pode recusar valor jurídico e probante, desde que admitida pelas partes como válida ou aceita pela pessoa a quem foi oposta. Nesse caso, seu valor jurídico deriva da vontade das partes.

A matéria relacionada ao documento eletrônico está longe de ser plenamente regulamentada. No entanto, o vencimento da barreira da inércia legislativa e jurisprudencial já pode ser considerado uma grande evolução.

É bem verdade que o Direito estará sempre aquém da evolução da Ciência. Por esse motivo é que se diz que as regras legislativas tendentes a regulamentar assuntos de natureza científica têm de ser editadas de forma suficientemente genérica para abarcar o maior número de hipóteses e deixar espaço para a própria evolução.

O documento eletrônico é plenamente admissível como meio de prova, não se constituindo exceção à regra do art. 332 do nosso Código de Processo

Civil, desde que, para tanto, sejam observadas as garantias individuais constitucionalmente previstas e os princípios de ordem pública. Além disso, é certo que a legislação brasileira, em certa medida, adotou sistema capaz de conferir segurança e validade às operações realizadas através de meios eletrônicos, por meio da Infra Estrutura de Chaves Públicas instituída pela MP 2.200-2/01.

20. Informática

20.1. Política Nacional de Informática

Somente em 1984, o Brasil passou a legislar sobre a política nacional de informática, através da Lei nº 7.232/84.

Visando à capacitação nacional nas atividades de informática, em proveito do desenvolvimento social, econômico e cultural, essa Lei autorizava o Poder Executivo a impor restrições à importação, produção, operação e comercialização de bens e serviços técnicos de informática e previa a instituição de incentivos tributários e financeiros em favor de empresas nacionais.

Esses princípios deram ensejo a uma reserva de mercado, monitoramento da importação de bens e serviços de informática, intervenção na política de fabricação desses bens e concessão de privilégios exclusivos em favor das empresas qualificadas como nacionais, definidas como aquelas cujo controle estivesse, em caráter exclusivo, permanente, efetivo e incondicional, nas mãos de brasileiros pessoas físicas, residentes e domiciliados no país.

Essa realidade passou por profunda modificação com a edição das Leis nº 8.191/91 e 8.248/91, posteriormente alteradas em 2001 e 2004, e da Emenda Constitucional 06/95, que alteraram as normas que autorizavam o tratamento favorecido à empresa brasileira de capital nacional (cuja definição era semelhante à adotada pela Lei nº 7.232/84). Foram eliminados a reserva de mercado e os privilégios concedidos às empresas de capital nacional na área de informática e lançadas as bases da atual política nacional de informática.

A política nacional de informática voltou-se para a busca de competitividade internacional e os incentivos garantidos ao setor passaram a ser assegurados a todas as empresas que, independentemente da origem de seu capital, se dedicassem à fabricação de bens de informática e automação com níveis desejáveis de valor agregado local, verificados pela observância de regras de processo produtivo básico (PPB), com padrões de qualidade de produção e que investissem recursos na pesquisa e desenvolvimento das atividades de informática (P&D).

Atualmente, a condução dessa política nacional de informática fica a cargo, principalmente, do Ministério da Ciência e Tecnologia (MCT) e suas Secretarias, bem como dos Ministérios da Fazenda, Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC).

Os incentivos aplicáveis ao setor estão previstos nas Leis nº 10.176/01 e 11.077/04, bem como nos Decretos nº 3.800/01 e 4.401/02. Os principais incentivos trazidos por tais normas são: (i) a simplificação dos requerimentos para inclusão de novas linhas de produtos nos incentivos; (ii) o estabelecimento de incentivos fiscais para empresas que desenvolvam ou produzam bens ou serviços de informática e automação, bem como a regulamentação das exigências a serem atendidas para a obtenção de tais benefícios; (iii) os incentivos a P&D na região Norte (Agência de Desenvolvimento da Amazônia – ADA, que substitui a extinta Sudam), Nordeste (Agência de Desenvolvimento do Nordeste – ADENE, que substitui a extinta Sudene) e Centro-Oeste; e (iv) a desobrigação de pequenas e médias empresas (tal como definidas nessa legislação) de realizar investimentos em P&D em projetos de terceiros.

20.2. Incentivos ao Desenvolvimento e Produção Local de Bens e Serviços de Informática

Em linhas gerais, os incentivos aplicáveis às empresas que se dedicam ao desenvolvimento e à produção local de bens e serviços de informática são:

- preferência nas aquisições dos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta ou indireta, fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público e demais organizações sob o controle direto ou indireto da União, em condições equivalentes de prazo de entrega, suporte de serviços, qualidade, padronização, compatibilidade e especificação de desempenho e preço;
- depreciação acelerada de máquinas, aparelhos e instrumentos novos destinados ao uso na produção industrial; e
- redução do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI).

A redução do IPI segue o seguinte cronograma:

- 95% de 01.01.2001 a 31.12.2001;
- 90% de 01.01.2002 a 31.12.2002;
- 85% de 01.01.2003 a 31.12.2003;
- 80% de 01.01.2004 a 31.12.2004;
- 75% de 01.01.2005 a 31.12.2005; e
- 70% de 01.01.2006 a 31.12.2009.

Ressalte-se que os empreendimentos localizados nas regiões Norte (ADA – Agência de Desenvolvimento da Amazônia), Nordeste (ADENE – Agência de Desenvolvimento do Nordeste) e Centro-Oeste seguem regras específicas, inclusive no tange ao cronograma de redução do IPI.

São asseguradas a manutenção e a utilização do crédito do IPI relativo a matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem empregados na industrialização dos bens de informática incentivados.

Os seguintes bens de informática e automação fazem jus aos benefícios:

- componentes eletrônicos a semicondutor, optoeletrônicos, bem como os respectivos insumos de natureza eletrônica;
- máquinas, equipamentos e dispositivos baseados em técnica digital, com funções de coleta, tratamento, estruturação, armazenamento, comutação, transmissão, recuperação ou apresentação da informação, seus respectivos insumos eletrônicos, partes, peças e suporte físico para operação;
- programas para computadores, máquinas, equipamentos e dispositivos de tratamento da informação e respectiva documentação técnica associada (*software*); e
- serviços técnicos associados aos bens e serviços descritos acima.

Excluem-se, em geral, do conceito de bens de informática e automação as mercadorias dos segmentos de áudio, áudio e vídeo, lazer e entretenimento, ainda que incorporem tecnologia digital. Os produtos incentivados constam, ainda, de relação constante do Decreto nº 3801/01.

Para a fruição dos incentivos, a empresa deve apresentar projeto contendo dados como identificação, atividades, faturamento e número de empregados, bem como informações sobre o projeto a ser desenvolvido (que deve estar em conformidade com as normas de PPB), sobre o processo produtivo dos produtos a serem beneficiados, implantação de sistema de qualidade e de programa de participação dos trabalhadores nos lucros da empresa. Também são exigidas certidões negativas da dívida ativa da União, de tributos e contribuições federais e certificado de regularidade do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS).

As normas relativas ao PPB são editadas pelo MCT, juntamente com o MDIC.

Os investimentos em P&D seguem programa do próprio interessado, com observância, todavia, do investimento anual obrigatório, em atividades de pesquisa e desenvolvimento em tecnologia da informação a serem realizadas no país, de no mínimo 5% de seu faturamento bruto no mercado interno decorrente da comercialização de bens e serviços de informática, deduzidos os tributos incidentes em tais comercializações e o valor das aquisições de produtos incentivados.

Parte do montante relativo ao investimento em pesquisa e desenvolvimento possui destinação específica de, no mínimo, 2,3% do faturamento bruto para:

- centros ou institutos de pesquisa ou entidades brasileiras de ensino, oficiais ou reconhecidas, devidamente credenciadas,
- centro ou institutos de pesquisa ou entidades brasileiras de ensino, oficiais ou reconhecidas, com sede ou estabelecimento principal situados nas regiões de influência da ADA (excetuada a Zona Franca de Manaus), da ADENE e da região Centro-Oeste, devidamente credenciadas; e
- o Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FNDCT).

Como mencionado na introdução desse trabalho, as novas normas sobre a destinação dos investimentos em P&D permitem uma melhor distribuição de tais investimentos entre as diversas regiões do país.

Os percentuais de investimento em P&D são reduzidos, gradativamente, na medida em que são reduzidos os incentivos de IPI. Vale notar que a exigência de investimento em P&D não se aplica a empresas cujo faturamento bruto anual seja inferior a quinze milhões de reais.

As empresas que se dedicam à industrialização de bens de informática e automação nas regiões da ADA, ADENE e Centro-Oeste ficam sujeitas a regras específicas, em geral mais favoráveis, como por exemplo, o benefício do IPI, que teve seus incentivos prorrogados pela Lei nº 11.077/04 até dezembro de 2019.

20.3. Política Tarifária e Mercosul

Os bens de informática e automação constam de lista de exceções à aplicação das alíquotas de imposto de importação vigentes nos países do Mercosul quando do comércio com terceiros países. A Decisão CMC 39/2005, autoriza a adoção, no decorrer de 2006, de alíquotas diferenciadas para bens de informática e telecomunicações.

A negociação de bens de informática entre os países do Mercosul é beneficiada com redução de 100%, desde que atendidas as regras de origem acordadas entre os países envolvidos na transação.

20.4. Proteção Legal Conferida aos Programas de Computador (*Softwares*)

A proteção legal conferida aos programas de computador está atualmente disciplinada pela Lei nº 9.609/98, e pelo Decreto nº 2.556/98, que, dentre outros dispositivos:

- conceituam como *software* o conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados;
- estabelecem que o regime de proteção do *software* é o conferido às obras literárias pela Lei nº 9.610/88 – Lei de Direitos Autorais –, observado o disposto em sua legislação específica;
- prevêm que pertencem exclusivamente ao empregador, contratante de serviços ou órgão público, os direitos relativos ao programa de computador que foi desenvolvido durante a vigência de contrato ou vínculo estatutário, expressamente destinado à pesquisa e desenvolvimento, ou em que tal atividade do empregado, contratado do serviço ou servidor seja prevista, ou ainda, que decorra da própria natureza dos encargos concernentes a esses vínculos;
- dispõem que o uso de programa de computador no país é objeto de contrato de licença. Na inexistência de contrato de licença, o documento fiscal relativo à aquisição ou licenciamento de cópia comprova a regularidade de uso do *software*;
- dispõem que os atos e contratos de licença de direito de comercialização referentes a programas de computador de origem externa devem fixar, quanto aos tributos e encargos exigíveis, a responsabilidade pelos pagamentos e estabelecem a remuneração do titular do programa de computador residente e domiciliado no exterior;
- relativamente ao item imediatamente anterior, prevê que são nulas as cláusulas que limitem a produção, distribuição ou comercialização, em violação às normas vigentes, ou que eximam qualquer dos contratantes das responsabilidades por eventuais ações de terceiros decorrentes de vícios, defeitos ou violação de direito de autor;
- estabelecem que o contrato de licença de uso de programa de computador, o documento fiscal correspondente, os suportes físicos ou as respectivas embalagens devem consignar, de forma legível, o prazo de validade técnica da versão comercializada;
- estabelecem que aquele que comercializar programa de computador, quer seja titular dos direitos do programa, quer seja titular dos direitos de comercialização, fica obrigado, no território nacional, durante o prazo de validade técnica da respectiva versão, a assegurar aos respectivos usuários a prestação de serviços técnicos complementares relativos ao adequado funcionamento do programa, consideradas suas especificações, persistindo essa obrigação, inclusive, no caso de retirada de circulação do programa durante o prazo de sua validade;

- asseguram aos estrangeiros domiciliados no exterior a tutela dos direitos relativos ao *software* independentemente de registro, desde que o país de origem conceda, aos brasileiros e estrangeiros domiciliados no Brasil, direitos equivalentes;
- dispõem que, embora não-obrigatório, o *software* pode ser registrado no Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) para maior garantia do exercício dos direitos a ele relativos, assegurado o sigilo dos dados fornecidos para tanto;³⁶
- dispõem que o *software* é protegido por 50 anos a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao de sua publicação, ou a partir da data de sua criação, independentemente de seu registro no INPI; e
- prevêm que a violação de direitos de autor de *software* sujeita o responsável a uma pena de detenção de seis meses a dois anos ou multa. Caso a violação consista na reprodução para comércio, a pena é de reclusão de um a quatro anos e multa.

20.4.1. Tributos Incidentes nas Operações com Programas de Computador

O Supremo Tribunal Federal (STF), em julgamento³⁷ que discutia a incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) ou do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) na comercialização de *software*, procurou fazer uma distinção entre as diversas espécies de *software*, de tal forma que (i) incidiria o ICMS sobre o *software* massificado ou de prateleira, produzido em larga escala e colocado no mercado interno como se fosse mercadoria, e (ii) incidiria o ISS sobre *software* personalizado (*software* customizado) e produzido por encomenda em decorrência de uma situação específica, já que se trataria de hipótese de prestação de serviço.

Restou consolidado, assim, o entendimento do STF no sentido de que devem ser consideradas verdadeiras mercadorias o chamado *software* de prateleira, que seria aquele comercializado no mercado em geral, sem que haja qualquer tipo de transferência de tecnologia para o adquirente e, também, sem qualquer remuneração a título de licença pelo uso de direitos autorais.

³⁶ O registro no INPI do contrato de licença de *software*, apesar de não ser obrigatório, gera as seguintes vantagens: eficácia perante terceiros e possibilidade de dedutibilidade fiscal dos pagamentos feitos ao licenciado. Somente os contratos que impliquem transferência de tecnologia serão passíveis de registro. Ou seja, se o código fonte e a documentação descrevendo o funcionamento do *software* não são disponibilizados para o licenciado, tal contrato não pode ser registrado no INPI. A Resolução do INPI 58/98 estabelece as normas e os procedimentos para o registro de programa de computador.

³⁷ Recursos Extraordinários 176.626 (DJU 10.11.1998) e 199.464 (DJU 30.04.1999).

Deve-se ressaltar que, embora a distinção entre *software* de prateleira e *software* customizado pareça relativamente simples, a linha divisória entre essas duas figuras muitas vezes não se revela tão nítida, sendo certo que, em determinados casos concretos, não é tarefa fácil identificar qual a espécie de *software* de que se está tratando.

Nada obstante, ressalte-se que as consequências tributárias decorrentes da classificação do *software* em uma ou outra categoria podem ser bem diferentes.

20.4.1.1. Dos Tributos Incidentes sobre Operações com *Software* de Prateleira

Operações de importação

Nas importações de *software* de prateleira incidem o Imposto de Importação (II), o IPI, a Contribuição ao Programa de Integração Social – Importação (PIS-Importação), a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Importação (COFINS-Importação) e o ICMS.

As alíquotas do II e do IPI variam de acordo com suas respectivas classificações fiscais. No tocante à apuração da base de cálculo do II e do IPI nas importações, a Portaria 181/89 admite a segregação do valor do programa e do valor da mídia ou suporte informático, de forma que o II e o IPI sejam recolhidos apenas sobre o valor do suporte informático. Não havendo a segregação, II e IPI devem incidir sobre o valor total da operação.

A Lei nº 10.865/04 instituiu a incidência do PIS-Importação e da COFINS-Importação na importação de bens e serviços do exterior por pessoa física ou jurídica brasileira. Como regra geral, nessas situações, essas contribuições incidem às alíquotas de 1,65% (PIS-Importação) e 7,6% (COFINS-Importação).

Quanto ao ICMS (imposto de competência dos Estados da Federação), no Estado de São Paulo, o artigo 50 do Decreto nº 45.490/00 (Regulamento do ICMS) prevê que, nas operações com *software*, personalizado ou não, a base de cálculo do ICMS é o dobro do valor do suporte informático, sendo que a alíquota aplicável depende do Estado onde se encontra localizado o importador.

Operações internas

Nas operações internas com *software* de prateleira, incidem o ICMS sobre o valor da operação e o PIS e a COFINS sobre as receitas decorrentes da venda de *software*.

O IPI, por sua vez, incide sobre a fabricação de *software*, porém, não sobre sua comercialização.

20.4.1.2. Dos Tributos Incidentes sobre Operações com *Software* Customizado

Operações de importação

Nas importações de *software* customizado incidem II, IPI, PIS-Importação, COFINS-Importação e ICMS sobre o valor do suporte físico, desde que o valor deste esteja segregado nos documentos que suportam a operação de importação; caso contrário, a tributação ocorre sobre o valor total da operação (o valor do programa em si mais o valor referente ao suporte físico).

Nessa hipótese, o ICMS incide sobre o dobro do valor do suporte físico do *software*, na medida em que o artigo 50 do Decreto nº 45.490/00 não faz distinção entre *software* personalizado ou não.

Pagamento pela licença de uso

No pagamento de *royalties* a não-residentes relativos à remuneração pelo uso do *software* licenciado, há a incidência do Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF) à alíquota de 15% (ou 25%, no caso de não-residentes localizados em paraísos fiscais) sobre o valor correspondente aos *royalties* remetidos.

Além do IRRF, a remessa de *royalties* ao exterior a título de remuneração pela licença de uso de *software*, aquisição de conhecimentos tecnológicos e serviços de assistência técnica, administrativa e semelhantes, está sujeita à Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE), à alíquota de 10% sobre a remuneração paga ou creditada a residentes ou domiciliados no exterior.

No tocante à possibilidade de incidência do PIS-Importação e da COFINS-Importação (contribuições incidentes sobre a importação de mercadorias e

serviços) sobre a licença de uso de *software* customizado, não há, até o presente momento, manifestação expressa e/ou definitiva de nossos tribunais a respeito da discussão acerca da caracterização da licença ou cessão de uso de *software* como serviço ou não, para fins de incidência de tais contribuições.

Por fim, de acordo com a lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116/03, o ISS incide sobre o licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação (tanto na importação como nas operações no mercado interno). Tendo em vista que o ISS é um imposto municipal, essa tributação deve ser analisada à luz da legislação do Município em que se encontra localizado o tomador do serviço, no caso de importação, ou do Município do prestador, no caso de operações internas. Apesar de constar expressamente na lista de serviços anexa a essa Lei existe uma discussão jurídica se a licença ou cessão do direito de uso de programas de computador devem ser consideradas como prestação de serviços para fins de incidência do ISS.

Operações internas

Além do ISS incidente nas operações internas de licenciamento ou cessão de direito de uso de *software*, há incidência do PIS e da COFINS sobre as receitas decorrentes das cessões de uso do *software*, às alíquotas de 1,65% e 7,6%, respectivamente.

Finalmente, é importante mencionar que conflitos de competência tributária são freqüentes na aplicação da legislação acima e na definição do tratamento fiscal a ser dispensado à importação e venda, no mercado nacional, de *software*. Tais conflitos têm por pano de fundo a discussão quanto ao enquadramento dos pagamentos de *software* dentre os pagamentos por transferência de tecnologia, de serviços ou de mercadoria.

20.4.2. Das Remessas Financeiras em Pagamento de *Software*

As remessas financeiras ao exterior em pagamento de *software* são disciplinadas pelo Título 1 Capítulo 8 do Regulamento do Mercado de Câmbio e Capitais Internacionais (RMCCI), instituído pela Circular 3.280/,05, do Banco Central do Brasil (Bacen).

De acordo com a RMCCI, as remessas relacionadas a pagamento de *royalties*/serviços relativos às seguintes operações são realizadas diretamente por qualquer banco autorizado a operar em mercado de câmbio:

- direitos autorais sobre programas de computador;³⁸
- atualização, aluguel, manutenção e customização de *software*; e
- prestação de serviços técnicos relacionados a *software*.

O banco que realizar a remessa financeira é responsável por registrar a operação perante o Bacen (enquadrando a operação em uma das modalidades previstas na RMCCI) e determinar os documentos que devem ser apresentados para a efetivação da operação.

20.5. *Internet*

Por meio da Portaria Interministerial do MCT 147/95, foi criado o Comitê Gestor *Internet* do Brasil (CGIbr).

Com a publicação do Decreto nº 4.829/03, foram previstas novas normas de funcionamento e atribuições do CGIbr. Entre as principais novidades está a atribuição de personalidade jurídica ao Comitê, para permitir maior autonomia na administração e arrecadação de valores de registro de nomes de domínio.

Entre as diversas atribuições e responsabilidades do CGIbr destacam-se:

- a proposição de normas e procedimentos relativos à regulamentação das atividades na *internet*;
- a recomendação de padrões e procedimentos técnicos operacionais para a *internet* no Brasil;
- o estabelecimento de diretrizes estratégicas relacionadas ao uso e desenvolvimento da *internet* no Brasil;
- a promoção de estudos e padrões técnicos para a segurança das redes e serviços no país;
- a coordenação da atribuição de endereços *internet* (IPs) e do registro de nomes de domínios usando
; e
- a coleta, organização e disseminação de informações sobre os serviços *internet*, incluindo indicadores e estatísticas.

De acordo com a Resolução 1 do CGIbr, a competência de efetuar registros de nomes de domínio e alocar endereços IP (*Internet Protocol*) passou da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (Fapesp) para o Núcleo de Informações e Coordenação do Ponto BR (NIC.br). A Resolução 2 do CGIbr, por sua vez, regulamenta a execução das atribuições conferidas ao NIC.

³⁸ A remessa de *royalties* referentes a contratos averbados no INPI necessita de documentação comprovando o registro perante o INPI.

Por fim, a Medida Provisória 2.200-2/01, ora em tramitação no Congresso para conversão em lei, instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil), objetivando garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizam certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras.

20.6. Projetos em Tramitação

Acompanhando a ebulição da informática, existem inúmeros projetos de lei sobre a matéria em trâmite. Dentre os assuntos cuja regulamentação se pretende, destacam-se os seguintes: crime de uso indevido da informática, disciplina e estruturação do uso de banco de dados, comércio eletrônico, documentação eletrônica e assinatura digital.

Ressalte-se que o Estado de São Paulo deu o primeiro passo na implantação de parques tecnológicos, por meio do Decreto nº 50.504/06. Por meio desse projeto, pretende-se criar na região de Campinas, município próximo à capital do Estado de São Paulo, um conglomerado de empresas e instituições acadêmicas que funcionem em sinergia, reduzindo custos e aumentando a produtividade. Discute-se também a possibilidade de benefícios fiscais às empresas que atuarem na região, além de investimentos diretos em pesquisas.

20.7. Comentários Finais

Significativa evolução pode ser constatada na legislação que disciplina a informática no Brasil ao longo dos últimos anos. Questões e disputas não alcançadas por essa legislação específica, sujeitam-se às normas de nosso direito tradicional, em especial Civil, do Consumidor e Tributário, cujos institutos já reclamam modificação para contemplar as relações na era digital, caracterizadas por elevado grau de dinamismo e inovação.

21. Representação Comercial (Agência)

A representação comercial, no Brasil, é regulada pelas Leis nº 4.886 de 09 de dezembro de 1965 e 8.420, de maio de 1992, e, mais recentemente, pelo Novo Código Civil, onde recebeu a denominação de Agência. De acordo com essas leis, a Agência é definida como uma atividade de intermediação, realizada de forma permanente, por qualquer pessoa física ou jurídica (que recebe a denominação legal de Representante Comercial ou Agente) encarregada de atuar no mercado para intermediação dos produtos e serviços de uma única empresa ou de várias empresas (dependendo da existência, ou não, de cláusula de exclusividade, no contrato assinado pelas partes contratantes).

Por isso, o Agente (ou Representante Comercial), exerce sua função, agrupando propostas de possíveis compradores e remetendo-as à aprovação da empresa representada. No caso de acolhimento da proposta, o Agente faz jus a um percentual da transação, prévia e contratualmente ajustado (comissão), condicionado ao efetivo pagamento pelo comprador, exceto se o contrato prever o direito de comissão, independentemente do pagamento do adquirente. Importante ressaltar que, independentemente da atuação do Agente, ele faz jus à comissão sobre quaisquer negócios realizados em sua área de atuação, salvo previsão expressa em contrário.

Também é previsto, nas leis mencionadas acima, que todo Representante Comercial é obrigado a se registrar perante o Conselho de Representantes Comerciais do Estado-membro onde exerça suas atividades, observando-se que esses Conselhos têm um poder regulamentar concernente à profissão. Não obstante, as sociedades que prestam o serviço de Agência devem ter seus atos de constituição registrados na Junta Comercial, e os autônomos devem registrar-se na mesma como empresários.

Segundo o artigo 27 da Lei nº 8.420, o contrato deve ser escrito e deve conter, além das especificações acordadas pelos contratantes, os tópicos previstos naquele artigo: (i) condições gerais da Representação; (ii) indicações e características dos produtos; (iii) duração do contrato; (iv) indicação da área, ou áreas, onde a representação será efetuada, bem como a permissão ou não para a empresa representada realizar vendas próprias (diretas) na área ou áreas indicadas; (v) admissão total ou parcial de exclusividade na área de vendas; (vi) retribuição (comissão) em favor do Representante Comercial e determinação de seu pagamento, condicionado ou não ao recebimento do preço efetuado pelo comprador; (vii) exclusividade ou não em favor dos produtos da empresa representada; (viii) indenização ao Representante Comercial no caso do término injustificado do contrato, que não pode ser inferior ao equivalente a 1/12 da retribuição total da relação comercial.

É muito importante enfatizar a cláusula existente no artigo 1º da Lei nº 4.886, segundo a qual não existiria vínculo empregatício entre as partes contratantes, pois, devido à obrigatoriedade da legislação trabalhista brasileira, há sério risco de que a empresa representada venha a arcar com reclamações trabalhistas de seus representantes comerciais, salvo se o representante for uma sociedade. Essas reclamações podem estar baseadas, dentre outras alegações, na presunção de trabalho, uma vez provada a concomitância dos fatores pessoalidade, dependência salarial, habitualidade e subordinação.

Assim, para evitar tais reclamações e respectivos encargos econômicos, é de crucial relevância que a empresa representada inclua as seguintes restrições em seus contratos de Representação Comercial: (i) o Representante Comercial deve sempre ser estabelecido como empresa formada, por, no mínimo, dois sócios; (ii) a empresa representada deve evitar ordens diretas às pessoas da empresa representante e essas ordens devem se restringir ao desempenho das obrigações de representante, já previstas no contrato e sob o pálio das Leis nº 4.886 e 8.420..

22. Contratos de Distribuição

Os contratos de distribuição no Brasil podem ser divididos em duas categorias similares, mas não idênticas: Contratos de Distribuição Comercial e Contratos de Distribuição Ordinária.

22.1. Contratos de Distribuição Comercial

A primeira das categorias supramencionadas é regida pela Lei nº 6.729, de 28 de novembro de 1979 (com alterações decorrentes da Lei nº 8.132, de 26 de dezembro de 1990) e está restrita às relações mantidas entre montadoras de veículos automotores e seus distribuidores (revendedoras).

De acordo com o artigo 2º da Lei nº 6.729, somente automóveis, caminhões, ônibus, tratores agrícolas e motocicletas são regidos por suas disposições, o que nos leva à conclusão de que qualquer outro tipo de automotor, como barcos e tratores não-agrícolas estão excluídos do âmbito da referida lei, pertencendo, por consequência, à segunda categoria, ou seja, a dos contratos ordinários de distribuição, os quais serão oportunamente comentados.

Segundo a Lei nº 6.729 (artigo 3º), os acordos de distribuição comercial, no que diz respeito à função do Distribuidor, compreendem o comércio dos automóveis descritos no artigo 2º e suas peças manufaturadas pelos respectivos fabricantes, a assistência técnica aos consumidores e a permissão para o uso da marca registrada do fabricante.

Entre as cláusulas do artigo 3º da Lei nº 6.729, também encontra-se a possibilidade de o Acordo de Distribuição Comercial prever a proibição do comércio de veículos automotores novos produzidos por outros fabricantes.³⁹ Por outro lado, os revendedores têm o direito de comercializar peças novas produzidas ou comercializadas por terceiros, levando-se em consideração a obrigação para com o chamado nível de fidelidade.⁴⁰ Além disso, os revendedores têm direito de comercializar veículos de segunda mão e autopeças originais de outros fabricantes, bem como outras mercadorias e serviços compatíveis com o contrato.

³⁹ No Brasil, é muito comum encontrar tais proibições nesse tipo de acordos.

⁴⁰ O nível de fidelidade foi definido no artigo 8º da Lei nº 6.729 como a quantidade mínima de peças do fabricante que os revendedores estão obrigados a adquirir, de acordo com as cláusulas previstas na Convenção de Categoria.

No artigo 5º da Lei nº 6.729, encontram-se as cláusulas básicas, que devem constar em todos os Acordos de Distribuição Comercial, a saber, a definição da área operacional onde o revendedor exerce suas atividades,⁴¹ e as distâncias mínimas entre os estabelecimentos revendedores diferentes.⁴²

A empresa revendedora também se compromete em negociar os veículos e peças do fabricante, bem como a dar assistência técnica aos consumidores, segundo o respectivo Acordo de Distribuição Comercial. No entanto, o revendedor é proibido de exercer tais atividades fora de sua área operacional.⁴³

Apesar de a área operacional ser definida no Acordo de Distribuição Comercial, no interesse do mesmo, o artigo 6º da Lei nº 6.729 permite que o fabricante contrate um novo Distribuidor, desde que o mercado dessa área apresente condições para tanto, ou haja vaga decorrente do término de um acordo anterior.⁴⁴

O Acordo de Distribuição Comercial deve também contemplar, com base no artigo 7º da Lei nº 6.729, uma Quota de Veículos Automotores obrigatória, a ser adquirida pelos Distribuidores e que deve ser definida observando-se os seguintes itens: (i) a estimativa de produção do fabricante;⁴⁵ (ii) a correspondência entre a quota e uma parte da produção estimada,⁴⁶ (iii) o acordo das partes contratantes sobre a quota;⁴⁷ (iv) a definição da quota sem levar em consideração o estoque do Distribuidor⁴⁸ e a revisão anual da quota definida.⁴⁹

O artigo 10 da Lei nº 6.729, acima mencionado, abre para as partes contratantes a possibilidade de incluir em seu Acordo de Distribuição Comercial uma

⁴¹ A área operacional pode ser reservada para mais um revendedor, exceto no caso de exclusividade concedida a um revendedor específico.

⁴² Essas distâncias são estabelecidas de acordo com o critério de potencial de mercado.

⁴³ De qualquer forma, os consumidores devem sempre ter direito de escolher livremente qualquer revendedora a fim de adquirir os bens produzidos pelo fabricante, ressalvado, por outro lado, o direito do distribuidor a ser reembolsado pela assistência técnica prestada a um consumidor que tiver adquirido o Produto de outro Distribuidor.

⁴⁴ Mas, em qualquer destes eventos, a Lei nº 6.729 proíbe qualquer contrato novo que possa colocar em risco os Distribuidores já contratados, apesar de não garantir direito de preferência para o Distribuidor já estabelecido em determinada área operacional – onde seja possível, em termos de expectativa de mercado, novas contratações.

⁴⁵ Essa estimativa é calculada por produto, tendo em vista o mercado interno, no período anual subsequente e de acordo com as perspectivas de mercado.

⁴⁶ Essa parte da produção deve ser composta por uma diversidade de produtos diferentes e independentes.

⁴⁷ A quota deve estar em consonância com a real capacidade de negociação e desempenho do mercado, bem como com as possibilidades de negócios na área operacional.

⁴⁸ Tal como previsto no artigo 10 da Lei nº 6.729.

⁴⁹ Se nenhum ajuste necessário tiver sido realizado antes disso, por diferenças eventuais entre a produção atual do fabricante e aquela que foi estimada.

obrigação para o Distribuidor manter em seus estoques uma quantidade de produtos proporcional ao seu fluxo ou rotatividade de novos produtos.⁵⁰

No artigo 12 da mesma lei, há uma disposição proibindo o Distribuidor de vender veículos novos para terceiros, que não os consumidores finais (venda para revenda). Isto se deve ao fato de que a lei não admite negócios com intuito de revenda, a não ser nos casos de negócios entre Distribuidores ligados ao mesmo fabricante, limitados em 15% e 10% da quota de veículos automotores, de caminhões e de outros veículos respectivamente; e nos casos de comércio internacional.

Além disso, nos termos da Lei nº 6.729, o fabricante está obrigado a preservar a igualdade de preços e pagamentos entre todos os Distribuidores, que, por sua vez, são livres para estabelecer seus preços aos consumidores.

Apesar do respeito devido à área operacional do Distribuidor pelo fabricante, este último pode efetuar vendas diretas de veículos automotores nos seguintes casos:

- independentemente do desempenho ou de pedido do Distribuidor: (i) para a Administração Pública ou Representação Diplomática; (ii) para consumidores considerados como compradores especiais pela Convenção de Categoria.
- por meio dos Distribuidores: (i) para a Administração Pública ou Representações Diplomáticas; (ii) para proprietários de frotas de veículos automotores; (iii) para consumidores considerados compradores especiais pela Convenção de Categoria, quando assim requisitado por um Distribuidor específico.

⁵⁰ Não obstante, sempre que o Acordo de Distribuição Comercial prever tal obrigação de estoque mínimo para o Distribuidor, este terá direito de delimitá-lo da seguinte forma:

- Para veículos automotores em geral: 65% do equivalente mensal para a quota anual prevista no artigo 2º da Lei nº 6.729, anteriormente mencionada;
 - Para caminhões: 30% da respectiva quota anual;
 - Para tratores: 4% da quota anual.
 - Para autopeças: 5% de todas as vendas efetuadas nos últimos doze meses, no caso de acessórios, e, no caso de outros componentes, qualquer valor acordado que seja superior ao seu preço de aquisição do fabricante, relativo às vendas a varejo efetuadas pelo Distribuidor, nos últimos três meses.
- Se o Acordo de Distribuição Comercial contemplar uma cláusula de estoque mínimo, além do direito do Distribuidor ter respeitados os limites acima mencionados, também é previsto na Lei nº 6.729 que:
- Com relação a veículos automotores, caminhões e tratores: a cada período de seis meses, deve haver uma comparação entre as quotas de veículos automotores previstas no artigo 7º da Lei nº 6.729 e as condições de mercado atuais do Distribuidor nesse período, em como o seu desempenho nos negócios, com o propósito de reduzir seu limite mínimo de estoque.
 - No caso de alterações nos produtos ou suspensão de entrega dos mesmos: o fabricante deve ser obrigado, num período máximo de um ano, a partir do evento, a comprar de volta o estoque de autopeças (exceto os acessórios) pelo preço atual oferecido para todos os Distribuidores, ou, alternativamente, substituído por novos produtos, à escolha do Distribuidor.

De qualquer forma, o nível das vendas diretas e sua repercussão sobre a quota de veículos dos Distribuidores devem sempre ser previstos pela Convenção de Categoria e é expressamente proibido praticar qualquer tipo de ato lesivo que possa levar à subordinação do Distribuidor ou à interferência em sua administração.

Segundo os artigos 1º e 18 da Lei nº 6.729, a anteriormente mencionada Convenção de Categoria é inerente ao Acordo de Distribuição e pode ser definida como um Acordo Geral que deve ser efetuado entre as entidades civis, representando os fabricantes, e a respectiva Categoria Nacional dos Distribuidores. Outrossim, essa Convenção de Categoria tem força de lei entre as partes, bem como poder de regulamentação sobre suas relações, de acordo e subordinada à Lei n.º 6.729.

Além do mais, segundo a Lei nº 6.729, todos os Acordos de Distribuição Comercial devem sempre observar uma forma escrita padrão e seu conteúdo deve estar de acordo com os artigos 20 e 21, que prevêem que os termos do acordo devem sempre possuir as seguintes cláusulas: (i) especificação do produto; (ii) definição da área operacional; (iii) distância mínima entre os estabelecimentos dos Distribuidores; (iv) as quotas dos distribuidores; (v) requerimentos com relação à condição financeira, administração, equipamentos, pessoal especializado, facilidades e capacidade técnica dos distribuidores; (vi) duração indeterminada do acordo, que só pode ser extinto nos termos da Lei nº 6.729, ressalvada a possibilidade de uma duração inicial de no mínimo cinco anos.⁵¹

Finalmente, os Acordos de Distribuição Comercial podem se extinguir (i) pelo consenso de ambas as partes; (ii) pela remessa da notificação expressa acima mencionada, no caso de um acordo inicial de cinco anos; (iii) pela iniciativa da parte inocente, no caso de quebra de contrato, infração do Convenção de Categoria ou da Lei nº 6.729.⁵²

Ainda, se o fabricante remeter ao Distribuidor a notificação escrita para o término do acordo inicial de cinco anos, de acordo com os artigos 23 a 25 da Lei nº 6.729, o fabricante obriga-se a: (i) comprar o estoque inteiro de veículos e peças pelo preço oferecido aos Distribuidores no dia do pagamento da indenização; (ii) comprar todos os equipamentos, maquinário, ferramentas e

⁵¹ Após esse cinco anos, o acordo é automaticamente transformado em acordo de duração indeterminada, desde que uma notificação escrita de término não seja remetida para a outra parte, nos oitenta dias anteriores ao seu término.

⁵² Também está previsto no artigo 22 da Lei 6.729, que o término baseado nos eventos descritos nesse item deve sempre ser precedido por sanções prévias e graduais. Também no caso de término do contrato, as partes devem ter uma garantia de um período mínimo de cento e vinte dias após a ruptura, para que sejam concluídas quaisquer operações pendentes.

instalações (exceto a propriedade imobiliária), pelo seu preço de mercado, desde que sua aquisição haja sido determinada pelo fabricante ou não tenha sofrido oposição por parte do mesmo, logo após notificação escrita do Distribuidor informando tais aquisições, (iii) pagar uma indenização ao Distribuidor correspondente a 4% do faturamento total de bens e serviços projetados para o período restante do contrato encerrado prematuramente, mais três meses, baseado nos últimos dois anos anteriores ao término ou a efetiva duração do acordo, se o término vier a ocorrer antes disso.⁵³

Com relação ao Acordo de Distribuição Comercial de duração indeterminada, as consequências do seu término estão previstas pelas seções 24 a 27 da Lei nº 6.729, com se segue:

- Término causado pelo fabricante: (i) o fabricante deve comprar de volta o estoque inteiro de novos veículos automotores e autopeças do Distribuidor pelo preço oferecido aos consumidores no dia do distrato; (ii) o fabricante deve comprar todo o equipamento, maquinário, ferramentas e instalações (exceto a propriedade imobiliária), pelo seu preço de mercado; (iii) o fabricante também deve pagar uma indenização ao Distribuidor, correspondente a 4% de seu último faturamento bruto de bens e serviços projetados para os próximos 18 meses, mais três meses, por cada cinco anos de duração do contrato, baseado nos últimos dois anos anteriores ao término do Acordo.⁵⁴

- Término provocado pelo Distribuidor: o Distribuidor deve pagar uma indenização correspondente a 5% do valor total de todas as mercadorias que houver adquirido nos últimos quatro meses anteriores ao término do Acordo.

Independentemente de qual das partes deu causa ao término, todos os valores devidos à parte de boa-fé devem ser pagos até 60 dias contados do dia do término do acordo.

22.2. Contratos de Distribuição Ordinária

Ao contrário dos Acordos de Distribuição Comercial, os chamados contratos de distribuição ordinária não têm lei específica para regulamentar a relação entre as partes, sendo assim regidos pelas disposições gerais encontradas no Código Comercial Brasileiro, de 1850, e no Novo Código Civil brasileiro.⁵⁵

⁵³ Por outro lado, se o Distribuidor remete à notificação prevista no artigo 21 da Lei nº 6.729, de acordo 23 da mesma Lei, o fabricante não faz jus a qualquer indenização.

⁵⁴ Ainda, o fabricante deve pagar ao Distribuidor uma indenização adicional, se assim previsto pelo Acordo de Distribuição Comercial ou pela Convenção de Categoria.

⁵⁵ Arts. 710 a 721, comuns à Agência e Distribuição.

Por isso, as partes contratantes são livres para regulamentar suas relações, quase exclusivamente, por meio do contrato, observando-se tão somente as já mencionadas normas gerais sobre obrigações conforme previsto nos Códigos Comercial e Civil.⁵⁶

Se a relação entre as partes envolver uma intermediação pelo Distribuidor, em nome dos produtos do contratante e não a sua obrigação de comprar produtos para revenda, não importa a denominação atribuída ao contrato, este sempre é considerado um contrato de Representação Comercial ou Agência, regido pelas Leis nº 4.886 e 8.420, anteriormente mencionadas.⁵⁷ Todavia, quando o agente tiver à sua disposição a coisa negociada, este é considerado um contrato de distribuição⁵⁸.

Mesmo assim, é importante notar que, se a relação de distribuição entre as partes estiver ligada a produtos considerados veículos automotores pela Lei nº 6.729, elas estão proibidas de regular seu contrato por qualquer outra lei que não aquela, sendo nula e sem efeito, qualquer cláusula em contrário.

⁵⁶ Portanto, se o contrato não tiver previsão quanto à sua duração, há uma presunção legal de que o mesmo é indeterminado e seu término é possível a qualquer tempo através de uma simples notificação de noventa dias.

⁵⁷ Por outro lado, alguns emitentes doutrinadores brasileiros, como José Alexandre Tavares Guerreiro, aceitam a possibilidade de a Lei nº 6.729 reger os contratos de distribuição, além daqueles que tratam de veículos automotores, como definido em Lei específica.

⁵⁸ Contrato de Distribuição Ordinária, regulado pelo Novo Código Civil.

23. Contratos Internacionais de Propriedade Intelectual

23.1. Aspectos Gerais

Como integrante da Convenção de Estocolmo de 14.07.1967, com base na qual foi constituída a Organização Mundial de Propriedade Intelectual (WIPO), o Brasil é signatário tanto da Convenção de Paris (para a proteção de propriedade industrial) como da Convenção de Berna (para a proteção de obras literárias e artísticas).

A propriedade intelectual é o gênero de que são espécies os direitos autorais e conexos, cuja regulação no Brasil se dá especialmente pela Lei nº 9.610/98 e visa à proteção das obras literárias, artísticas e científicas, e também os direitos de propriedade industrial, voltado para o aproveitamento industrial e comercial dos inventos, marcas, patentes e desenhos industriais.

Em 14.05.1997 entrou em vigor o novo Código de Propriedade Industrial – Lei nº 9.279, de 14.05.1996, abrangendo inventos, modelos de utilidade, desenhos industriais, marcas de fabricantes, marcas comerciais e de serviço que sejam distintivos e que demonstrem a origem e fonte dos produtos. A nova lei dispõe ainda sobre os crimes contra a propriedade industrial. Em 14.02.2001 foi publicada a Lei nº 10.196, que alterou e introduziu alguns dispositivos à Lei nº 9.279/96.

O Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) é o órgão governamental encarregado dos direitos à propriedade industrial, bem como do exame formal de pedidos de concessão de patentes e registro de marcas.

23.2. Patentes

As patentes podem ser concedidas no que diz respeito à proteção de invenções, modelos de utilidade e desenhos industriais. A proteção conferida a uma patente estende-se por 20 anos para invenções, 15 anos para modelos de utilidade e 10 anos, prorrogáveis por três períodos sucessivos de cinco anos, para os desenhos industriais, todos contados a partir da data em que o pedido de proteção for depositado no INPI. Foi criado o Certificado de Adição, no qual podem ser protegidos os aperfeiçoamentos introduzidos em uma patente de invenção. Como acessório, o Certificado tem sempre o mesmo prazo de validade que a patente.

A concessão de patentes envolve procedimentos longos e demorados: deposita-se um pedido no INPI, contendo as reivindicações do inventor, uma descrição completa da invenção e seus desenhos (se aplicável), e a evidência do cumprimento de todas as exigências legais. Uma vez apresentado o pedido, um exame formal preliminar é realizado e um certificado de depósito é emitido. O pedido é mantido em sigilo por um período de 18 meses, ao final do qual ocorre a sua publicação oficial. O inventor pode solicitar a publicação antecipada do pedido, evitando, dessa forma, o decurso desses 18 meses. Após o depósito, abre-se um prazo de 36 meses para que o depositante ou qualquer interessado solicite o exame formal do pedido sob pena de extinção, tornando-se de domínio público o objeto pedido. É concedido um prazo de 60 dias para desarquivamento sob pagamento de taxa específica. Até o final do exame técnico podem ser apresentados documentos e informações para subsidiar o exame, tanto pelo inventor, como por terceiros interessados. Após o exame técnico do pedido de patente, é publicado despacho, que pode ser de deferimento, indeferimento ou arquivamento do pedido. Caso não seja apresentado recurso, o certificado final é emitido após o pagamento de taxas específicas.

O titular estrangeiro de uma patente pode requerer o pedido da respectiva patente no Brasil com reivindicação de prioridade nos prazos estabelecidos na Convenção de Paris: 12 meses para as patentes de invenção e modelo de utilidade e 06 meses para os desenhos industriais, contados a partir da data do depósito no país de origem.

A exploração comercial da patente deve ter início no prazo de três anos da data de sua concessão. Caso contrário, essa exploração pode ser objeto de Licença Compulsória. A patente pode ainda ser extinta nos seguintes casos: (i) pela expiração do prazo de vigência; (ii) pela caducidade; (iii) por falta de pagamento, pelo inventor, das taxas necessárias ao INPI; (iv) por meio da renúncia expressa, pelo inventor, a seu privilégio; (v) pela falta de procurador devidamente qualificado e domiciliado no país, em caso de titular domiciliado no exterior; ou (vi) pelo cancelamento da patente por vias administrativas ou pela anulação judicial. Extinta a patente seu objeto cai em domínio público.

No que concerne à patente de medicamentos, a Lei nº 9.279/96 prevê, no artigo 68, o licenciamento compulsório de uma patente registrada no Brasil para casos de abuso de poder econômico, ou seja, práticas anti-competitivas e casos de não-fabricação do produto em território brasileiro após três anos de concessão da patente. O artigo 71 da Lei nº 9.279/96 prevê ainda que, em casos de emergência nacional ou interesse público, também pode ser concedida licença compulsória de uma patente.

Com a Declaração de Doha, em novembro de 2001, os artigos contidos na Lei de Propriedade Industrial ganharam força. O artigo 31 do acordo internacional menciona casos de emergências nacionais, circunstâncias de extrema urgência e práticas anticompetitivas como justificativas para um país membro da OMC permitir o uso da patente sem a autorização do detentor do direito.

Uma nova Lei de Biossegurança foi aprovada pela Câmara dos Deputados em 05.02.2004 (Projeto de Lei nº 2.401/03), necessitando ainda ser aprovada pelo Senado Federal para que possa substituir a Lei nº 8.974/95, que atualmente trata da matéria.

De acordo com esse Projeto de Lei são proibidas experiências genéticas para clonagem humana e deve ser regulamentados o controle da pesquisa, plantio e comercialização de sementes geneticamente modificadas. A concessão de patentes nesse setor fica adstrita ao cumprimento dos requisitos impostos pela Lei de Biossegurança.

23.3. Marcas

Pode-se efetuar pedido de registro de uma marca como estrangeira ou brasileira. Marcas estrangeiras são registradas segundo os termos da Convenção de Paris, que estabelece um período de prioridade de seis meses, a contar da data do pedido no país de origem, para que seu proprietário faça o pedido de registro dessa mesma marca em outros países signatários da aludida convenção.

Para depositar no Brasil o pedido em questão, é necessário apresentar ao INPI uma cópia autenticada do pedido de marca no país de origem ou certificado de registro.

O registro de marca dentro do prazo de prioridade estabelecida pela convenção tem por principal finalidade, além de assegurar a sua proteção, possibilitar que ela seja licenciada ou transferida em troca do pagamento de *royalties*.

O registro de marca brasileira pode ser solicitado por qualquer interessado, brasileiro ou estrangeiro. O pedido de registro dessa marca deve observar o disposto no Código de Propriedade Industrial brasileiro.

Caso seja feito um pedido de marca no Brasil por um titular estrangeiro sem reivindicação da prioridade estabelecida na convenção de Paris, essa marca é considerada brasileira e, portanto, o benefício da Convenção não é concedido.

Nos termos das leis e regulamentos brasileiros, *royalties* não são devidos em relação a contratos de licença de marcas e de patentes nos seguintes casos:

- se a marca não estiver devidamente registrada/concedida no Brasil;
- se a patente não tiver sido depositada no Brasil no prazo de prioridade, conforme mencionado acima;
- se o registro da marca não estiver renovado;
- se o registro da marca estiver extinto ou em processo de nulidade ou cancelamento;
- se o contrato de licenciamento for executado entre a matriz estrangeira e sua filial no Brasil; ou
- em caso de transferência, se o proprietário anterior não tivesse direito à remuneração.

A legislação brasileira exige que o titular de marca no Brasil exerça, lícita e efetivamente, a atividade para qual é reivindicada proteção dos bens ou serviços cobertos por essa marca. Assim, ao solicitar um registro de marca no Brasil, é necessário apresentar evidência de que o titular encontra-se em situação regular perante as leis de seu país, confirmado ainda seu ramo de negócios.

É conferido ao registro de marca por um período de 10 anos, que pode ser prorrogado por períodos idênticos e sucessivos.

O uso efetivo de uma marca é essencial para sua proteção no Brasil, cujo registro pode caducar caso não seja utilizada dentro de cinco anos após a data de concessão de seu registro ou seu uso seja interrompido por mais de cinco anos consecutivos. A comprovação do uso da marca pode ser efetuada tanto por seu titular no Brasil quanto pela licença que efetivamente usar a marca.

Quanto ao Protocolo de Madri, firmado em 1989, com o intuito de atualizar o conteúdo do Tratado de Madri no que tange ao registro internacional de marcas, seu principal prisma é unificar o registro de marcas em um só local, permitindo que, com um único depósito internacional, a empresa requeira o registro da marca de seu produto em todos os países membros que integram o sistema atualmente.

É importante observar que a adesão do Brasil ao citado protocolo é ainda tema de grandes fóruns e debates no país. A estimativa é que, possivelmente no ano de 2006, o Brasil se torne membro do referido acordo.

23.4. Contratos de Transferência de Tecnologia

As transferências de tecnologia que envolvem partes brasileiras ou direito de propriedade industrial registrados no Brasil são regidas pelo disposto no Ato Normativo INPI nº135, de 15.05.1997.

Esse Ato Normativo se destina a regular a averbação e o registro de contratos que contenham dispositivos relacionados a transferência de tecnologia, licenciamento de marcas e patentes, fornecimento de tecnologia, assistência técnica e científica, bem como os contratos de franquias.

Exige-se o registro desses contratos no INPI para que os mesmos produzam efeitos não somente entre as partes, mas também perante terceiros, bem como para fins cambiais e de dedutibilidade fiscal, no que tange às remessas ao exterior dos pagamentos provenientes dos contratos.

Outros documentos válidos consubstanciando a transferência de tecnologia e as condições que regem essa transferência (como, por exemplo, despesas operacionais) devem ser submetidos ao INPI para aprovação, possibilitando, assim, remessa de fundos ao exterior e dedução fiscal dos pagamentos relativos à transferência.

Os contratos de transferência de tecnologia devem especificar claramente quais os seus objetivos, a remuneração, os prazos de vigência e o seu modo de execução, além dos demais direitos de propriedade industrial envolvidos.

Os contratos devem indicar (i) as condições de exploração comercial efetiva de patentes regularmente requeridas e concedidas no Brasil; (ii) o licenciamento de marcas depositadas e concedidas no Brasil; (iii) a aquisição de *know-how* e a tecnologia sem proteção de direitos de propriedade industrial; e (iv) a obtenção de técnicas, métodos de planejamento e programação, pesquisa, estudos e projetos para a execução ou prestação de serviços especializados.

Apesar de não se tratar expressamente de uma obrigação, é conveniente que se indique se o licenciamento ou exploração comercial tem caráter exclusivo ou não, como também se a subcontratação é permitida. O prazo de vigência do contrato não deve ultrapassar a validade do registro da marca ou patente.

Os contratos de transferência de tecnologia podem conter cláusulas relativas à confidencialidade e indisponibilidade da tecnologia a ser transferida. Os aludidos contratos devem ainda conter cláusulas que disponham sobre a responsabilidade das partes no que tange às obrigações fiscais oriundas da

transferência. Cabe à cedente fornecer à cessionária todas as informações técnicas relevantes, bem como assistência técnica necessária, visando à efetiva absorção da tecnologia.

Os contratos de prestação de serviços de assistência técnica e científica devem mencionar o tempo exigido para a prestação desses serviços especializados, o número de técnicos necessários, seus programas de especialização e treinamento, assim como sua remuneração.

Quanto à remuneração relativa à tecnologia a ser transferida, esta pode ser estabelecida da seguinte forma: (i) pré-fixada, a um preço estabelecido para cada item vendido; (ii) porcentagem nos lucros ou porcentagem do preço de venda líquido, deduzidos os impostos, taxas e outras despesas previamente avençadas pelas partes. Os níveis de preços domésticos e internacionais no tocante a operações similares são levados em consideração, pelo INPI, para a remuneração em questão.

No que concerne à dedutibilidade tributária, é imprescindível consignar que somente podem ser deduzidos do lucro bruto os montantes devidos a título de *royalties* e assistência técnica até o limite de 5% calculado sobre a receita bruta de produção. Esse coeficiente pode ser diminuído de acordo com a essencialidade do setor produtivo, ou seja, quanto maior a importância da indústria para a economia, maior o coeficiente utilizado para o cálculo de dedução fiscal.

Ainda, não são dedutíveis os *royalties* pelo uso de patentes quando pagos pela filial brasileira de uma empresa com sede no exterior em benefício de sua matriz.

No que tange ao pagamento de importâncias a pessoas jurídicas em razão de assistência técnica prestada, elas somente podem ser deduzidas, nos cinco anos iniciais da introdução da tecnologia, podendo esse prazo ser prorrogado por igual período, desde que demonstrada sua necessidade ao crivo do Conselho Monetário Nacional.

O pedido de aprovação deve ser apresentado ao INPI em formulário próprio, instruído com o contrato original ou documentação equivalente, tradução quando redigido em outro idioma, carta explicativa justificando a contratação, ficha-cadastro da empresa cessionária da transferência da tecnologia ou franqueada e outros documentos que as partes julgarem pertinentes, comprovante de recolhimento da retribuição devida e procuração nos moldes dos artigos 216 e 217 da Lei nº 9.279/96.

O INPI pode, a seu critério, requerer a apresentação de documentação adicional. A decisão do INPI quanto à aprovação ou não do registro é proferida no prazo de 30 dias contados a partir da aceitabilidade de seu efetivo pedido na Diretoria de Transferência de Tecnologia, quando recebe numeração sistêmica.

Na eventualidade de o INPI fazer alguma exigência quanto a documentação complementar, a parte interessada dispõe de 60 dias para enviá-la, caso contrário o pedido é cancelado. Uma vez apresentada a documentação necessária, o INPI examina o pedido nos prazos supramencionados. Se houver decurso de prazo para a aprovação pelo INPI, resta o contrato ou equivalente aprovado.

O INPI pode, a seu exclusivo critério, acompanhar o procedimento de transferência de tecnologia.

23.5. *Franchising*

No Brasil, o sistema de *franchising* é regulado pela Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994. Complementando o texto legal, a ABF (Associação Brasileira de *Franchise*), entidade que zela pela ética da atividade no Brasil, elaborou um código de auto-regulamentação do *franchise*, o qual também dá suporte ao sistema como um conjunto de regras diretoras para sua implantação, assim como para a resolução de questões oriundas da atividade de *franchise*.

Além da definição do que seja o sistema de *franchising* (adotado pelo legislador brasileiro com o nome de franquia empresarial), a Lei nº 8.955/94 normatiza as relações entre franqueador e franqueado, desde as negociações preliminares, até a formalização do contrato de franquia, dispondo, ainda, sobre as sanções no caso de não-cumprimento de algumas determinações.

O ponto chave dessa Lei está contido em seu artigo 3º, que trata da obrigatoriedade do franqueador de fornecer ao potencial franqueado a circular de Oferta de Franquia (adaptação do original *Uniform Franchise Offering Circular* (UFOC)). Trata-se de um verdadeiro roteiro sobre o conteúdo obrigatório da Circular de Oferta de Franquia, a qual deve ser entregue ao potencial franqueado "10 dias antes da assinatura do contrato ou pré-contrato de franquia, ou ainda, do pagamento de qualquer tipo de taxa pelo franqueado..." (art. 4º).

Em seu artigo 3º, a Lei de Franquia determina que a circular contenha, dentre outras informações:

- histórico resumido, forma societária, nome completo e razão social do franqueador e de todas as empresas a que esteja diretamente ligado, para que o candidato tenha referências suficientes sobre o franqueador;
- balanços e demonstrações financeiras do franqueador relativos aos dois últimos exercícios. Vale ressaltar que a empresa com menos de dois anos de existência não está impedida de franquear, devendo, entretanto, apresentar os demonstrativos de sua constituição;
- relação de todas as pendências judiciais que envolvam o franqueador, as empresas controladoras e titulares de marcas, patentes e direitos autorais relativos à operação, que possam impedir a realização ou o bom andamento da franquia;
- descrição detalhada da franquia, do negócio e das atividades que serão desempenhadas pelo franqueado;
- perfil do franqueado ideal, no qual são detalhadas a experiência, nível de escolaridade e outras características consideradas obrigatórias ou, ao menos, preferenciais, conforme critérios adotados pelo franqueador;
- requisitos quanto ao envolvimento direto do franqueado na operação e na administração do negócio;
- descrição detalhada do investimento inicial necessário à implantação da franquia, taxas de filiação ou caução, e ainda valor e custos estimados das instalações, equipamentos e estoque inicial;
- informações precisas quanto a taxas periódicas (*royalties*, aluguéis, seguro, etc.) e demais valores a serem pagos pelo franqueado ao franqueador, ou a terceiros por ele indicados;
- relação completa de todos os franqueados (nome, endereço e telefone), subfranqueados e subfranqueadores, bem como os que se desligaram da rede nos últimos 12 meses;
- modelo do contrato de franquia a ser firmado.

Dispõe a lei, ainda, que a Circular acima e o contrato de franquia devem ser elaborados em linguagem clara e acessível, evitando-se, assim, textos vagos, confusos e suscetíveis de numerosas interpretações.

No mais, a Lei nº 8.955/94 repete as diretrizes que, antes de seu advento já se faziam sentir nos tribunais pátrios, principalmente no que diz respeito à inexistência de vínculo empregatício entre franqueador e franqueado, ou entre o franqueador e os empregados do franqueado, sendo válido ressaltar que tal dispositivo não é aplicado na hipótese em que existir evidente dissimulação de contrato de trabalho, com ou sem conluio entre as partes envolvidas.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça entendeu não ser devido o ISS (Imposto sobre Serviços) nas operações de *franchising*.

É importante notar que não é obrigatório o registro do contrato de franquia perante qualquer órgão governamental para que tenha validade e executoriedade, mas, para que tenha validade contra terceiros, é necessária a averbação desse contrato perante o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), de acordo com os termos do Ato Normativo 135/97. Além disso, se o franqueador for estrangeiro, é necessário o registro perante o Banco Central do Brasil, com a finalidade de permitir a remessa dos pagamentos previstos em contrato, além da dedutibilidade fiscal das remessas dos pagamentos contratados.

24. Tratados Internacionais

24.1. Aspectos Gerais

Os Tratados são acordos escritos celebrados entre partes que possuem personalidade jurídica de Direito Internacional, podendo ser ajustados entre Estados, entre Estados e organizações internacionais ou entre as próprias organizações internacionais, desde que as partes estejam representadas por agentes habilitados e visem disciplinar as relações jurídicas livremente ajustadas, de objeto lícito e possível, para o fim de assegurar aos contratantes o efetivo cumprimento e respeito às disposições neles contidas.

Negociados e assinados pelo Chefe do Poder Executivo – o Presidente da República – antes de serem ratificados na esfera internacional, devem os tratados e convenções internacionais ser remetidos à aprovação do Congresso Nacional: em primeiro lugar, pela Câmara dos Deputados e, em seguida, pelo Senado Federal, cujo Presidente edita um Decreto Legislativo formal, passando então os tratados e convenções a ter eficácia e a integrar o ordenamento interno, seguindo-se a promulgação e publicação, etapas estas imprescindíveis para que os Tratados obtenham executoriedade no âmbito interno.

Na sequência e por último, os Tratados são levados a registro junto ao Secretariado da ONU. Efetuado o registro, tornam-se então conhecidos pelos demais países, ou seja, perante a Ordem Internacional.

24.2. Comércio

Do ponto de vista do comércio internacional, o Brasil é membro da Organização Mundial de Comércio (OMC), que substituiu o *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT) através do acordo de Marrakesh, em 1995, tendo sido um dos Estados signatários originários dos acordos de Bretton Woods (instituição do Fundo Monetário Internacional, o FMI, e do Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento, o BIRD). É membro fundador e acionista do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e Estado-observador junto às Comunidades Econômicas Europeias, mantendo uma Representação permanente em Bruxelas. Assinou tratados bilaterais com a Áustria, em 13.03.1993, com a Comunidade Europeia, em 31.01.1994, com a Turquia, em 10.04.1995 e com o Uruguai, em 06.05.1997, bem como ajustes complementares com o Peru, em 21.07.1999 e com a Costa Rica, em 04.04.2000, e um protocolo com a Argentina, em 29.10.1999.

24.3. Propriedade Intelectual

No que se refere à proteção da propriedade intelectual e do comércio internacional de tecnologia, o Brasil foi um dos fundadores da União em Paris, e, desde 1975, é membro da Organização Mundial da Propriedade Intelectual, a OMPI, sendo signatário da Convenção da União de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial, com as revisões da Haia, em 1935, e de Estocolmo, em 1967. É igualmente signatário do Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes (PCT), assinado em Washington, em 1970, tendo o mesmo sido ratificado e promulgado como lei interna brasileira. É vigente no país, como lei interna, o Acordo de Estrasburgo, de 1971, relativo à Classificação Internacional de Patentes. No campo das relações bilaterais em matéria de propriedade industrial, assinou vários acordos, como por exemplo: com a Suécia (1955), para a proteção de marcas industriais e comerciais; com a França (1983), sobre propriedade industrial; com a antiga URSS (1982), de cooperação científica e tecnológica; com os EUA (1957) e a Itália (1963), sobre direitos autorais.

24.4. Tributos

No campo do Direito Tributário das relações comerciais internacionais, o Brasil assinou, ratificou e transformou em leis internas, vários acordos bilaterais internacionais para evitar a dupla tributação do imposto de renda (acordos internacionais de bitributação), destacando-se, a título de exemplo, os acordos com: Argentina (1982), Áustria (1976), Bélgica (1973), Canadá (1986), Chile (2003), China (1993), Coreia do Sul (1991), Dinamarca (1974), Equador (1988), Espanha (1976), Finlândia (1998), Filipinas (1991), França (1972), Hungria (1991), Índia (1992), Itália (1981), Japão (1967 e 1978), Luxemburgo (1980), Noruega (1981), Portugal (2001), Reino dos Países Baixos (1991), Suécia (1976 e 1996), República Eslovaca e República Tcheca (1991). Igualmente, assinou tratados internacionais de isenção de imposto de renda de empresas de navegação marítima e aérea com a África do Sul, o Chile, a França, a Itália, o Reino Unido da Inglaterra, a Irlanda, a Suíça e a Venezuela. Por força dos acordos para evitar a bitributação, o Brasil aplica alíquotas reduzidas, conforme estabelecido nos citados acordos, em detrimento daquelas fixadas pela legislação interna brasileira, aos rendimentos previstos, inclusive aos juros relativos à aquisição de bens a prazo: tal redução de alíquotas é permitida, ainda, quando a fonte pagadora tenha assumido o ônus do imposto, por força de contratos celebrados ou no Brasil ou no exterior, com pessoas residentes no país ou fora dele.

Além disso, com o intuito de desenvolver projetos e ações de cooperação técnica na área da administração tributária e da administração aduaneira, o Brasil celebrou ajuste complementar com Cuba, em 27.05.1998, priorizando, na área da administração tributária, tanto a arrecadação, os procedimentos e sistemas no relacionamento da administração tributária com a rede bancária (com adaptação ou desenvolvimento de sistema de classificação de receitas e, ainda, com adaptações de sistemas informáticos para gerência da arrecadação) quanto a tecnologia de redes e informática, com o desenvolvimento de sistemas.

24.5. América Latina

Após o final da Segunda Guerra Mundial, o Brasil foi um dos principais agentes na instituição de uma zona de livre comércio na América Latina, tendo sido um dos fundadores da Associação Latino-Americana de Livre Comércio, a ALALC, estabelecida pelo Tratado de Montevidéu, de 16 de fevereiro de 1960, entre Brasil, Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, Equador, México, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela.

Em 1980, aqueles Estados instituíram a Associação Latino-Americana de Integração (ALADI), pelo Tratado de Montevidéu, de 12 de agosto de 1980, "a fim de dar prosseguimento ao processo de integração encaminhado a promover o desenvolvimento econômico-social, harmônico e equilibrado da região" (Preâmbulo do Tratado de 1980).

Foi dentro da permissividade consagrada aos acordos de alcance parcial (pelo Tratado da ALADI de 1980), que Brasil e Argentina firmaram importantes tratados bilaterais, de constituição próxima e rápida de uma área de mercado comum bilateral: o Tratado de Integração, Cooperação de Desenvolvimento, assinado em Buenos Aires em 29 de novembro de 1988; vinte e quatro Protocolos, seguidos de outros acordos bilaterais sobre assuntos tópicos, dos quais se destaca o Tratado para o Estabelecimento de um Estatuto das Empresas Binacionais Brasileiro-Argentinas, de 6 de junho de 1990.

O Brasil também assinou acordos multilaterais, de natureza econômica, com Argentina, Chile, México, Uruguai e Venezuela, em 1995, e, individualmente, Acordos de Complementação Econômica (ACE) com o Chile (1996), a Bolívia (1997) e o México (2002) e um Acordo de Alcance Parcial de Complementação Econômica com o Suriname (2005).

24.6. Mercosul

O Tratado do Mercosul, assinado em 26 de Março de 1991 em Assunção, Paraguai, com o intuito de constituir um mercado comum entre o Brasil, a Argentina, o Uruguai, o Paraguai, prevê os seguintes objetivos:

- (a) a livre circulação de bens, serviços e fatores de produção entre as nações componentes, através da eliminação de barreiras tarifárias e não tarifárias entre os países;
- (b) o estabelecimento de uma tarifa externa comum, e a adoção de uma política comercial comum de relacionamento, no âmbito regional e internacional;
- (c) a coordenação de políticas macroeconômicas setoriais, entre os países membros, com relação a comércio exterior, agricultura, indústria, matéria fiscal, câmbio, capital, serviços, política aduaneira, transporte e comunicação, assim como qualquer outro item sobre o qual vierem a acordar;
- (d) compromisso dos Estados membros de harmonizar suas legislações objetivando o processo de integração completo.

O Mercosul tem como membros associados o Chile, a Bolívia (ambos desde 1996), o Peru (2003), Venezuela, Colômbia e Equador (os últimos em 2004). Por meio da celebração de Acordos de Complementação Econômica pretende-se instituir uma zona de livre comércio entre o Mercosul e cada um desses países, às quais aplicar-se-ão condições tarifárias diferenciadas. Alguns deles, como Chile e Venezuela, devem aderir ao Mercosul como membro pleno em um futuro próximo.

Cinco Anexos integram o Tratado de Assunção, assinado em 1991, que criou o Mercosul: I) Programa de Liberação Comercial; II) Regime Geral de Origem; III) Solução de Controvérsias; IV) Cláusulas de Salvaguardas e V) Subgrupos de Trabalho do Grupo Mercado Comum. Esses Anexos estão previstos no artigo 3º do Tratado, que também estabelece o Regime Geral de Origem, um Sistema de Resolução de Controvérsias e Cláusulas de Salvaguarda. O Tratado de Assunção foi, ainda, complementado pela assinatura de Protocolos acerca das referidas matérias.

A estrutura institucional do Mercosul é estabelecida com base nas regras estipuladas no Tratado de Assunção e no Protocolo de Ouro Preto, até a consolidação do mercado comum. Os entes institucionais do Mercosul são os seguintes:

- (a) Conselho Mercado Comum ("CMC") - Composto pelos Ministros das Relações Exteriores e Economia (ou equivalente) dos Estados membros. Sendo a mais alta entidade institucional com poder decisório no âmbito do Mercosul, o CMC é responsável por zelar pela observância e pelo cumprimento das regras estabelecidas no Tratado de Assunção. O CMC é, ainda, a entidade a representar o Mercosul nas negociações e assinaturas de acordos com Estados não-membros, com instituições internacionais, e outras nações em geral;
- (b) Grupo Mercado Comum ("GMC") - Composto por quatro membros permanentes e quatro suplentes nomeados por cada um dos Estados componentes, representando as seguintes entidades: I) Ministério das Relações Exteriores; II) Ministério da Economia (ou equivalente); e pelo Banco Central. É o corpo executivo do Mercosul encarregado de implementar as decisões tomadas pelo CMC, supervisionar as atividades da Comissão de Comércio do Mercosul ("CCM") e dos órgãos administrativos, propor medidas objetivando a implementação de um programa de liberalização comercial, coordenar uma política macroeconômica, participar em negócios com agências internacionais e Estados não-membros com relação à assinatura de acordos e, se necessário, estar presente na solução de controvérsias no âmbito do Mercosul, assim como organizar e coordenar Subgrupos de Trabalho;
- (c) A Comissão de Comércio do Mercosul ("CCM") - Composta por quatro membros permanentes e quatro suplentes, nomeados por cada um dos Estados membros do Mercosul, e coordenado por cada um dos Ministros das Relações Exteriores desses países. A CCM está encarregada de zelar pelo cumprimento dos mecanismos relativos à implementação da política comercial comum. A CCM é também a entidade encarregada de falar em nome dos Estados membros no tocante a qualquer questão levantada quanto à Tarifa Externa Comum e objeções suscitadas pelo setor privado;
- (d) Comissão Parlamentar Conjunta ("CPC") - Composta por 64 (sessenta e quatro) membros permanentes e 64 (sessenta e quatro) membros suplentes. Cada um dos Estados membros nomeia 16 (dezesseis) membros, os quais deverão ser integrantes de seus respectivos Congressos Nacionais. A CPC representa os corpos legislativos dos Estados membros. No âmbito da estrutura institucional do Mercosul, a CPC assume um papel consultivo e de tomada de decisões;
- (e) Secretaria Administrativa ("SAM") e Fórum Consultivo Econômico e Social ("FCES"). A SAM é encarregada das publicações do Boletim Oficial do Mercosul e de zelar pela guarda de documentos relevantes. Também

é responsável em tornar públicas as atividades do GMC. O FCES, por sua vez, é a entidade que representa as áreas econômicas e sociais dos Estados membros, sendo um órgão consultivo; e

- (f) Subgrupos de Trabalho ("SGT") - Os Subgrupos de Trabalho são subordinados ao GMC. Sua tarefa é gerenciar estudos em matérias específicas de interesse do Mercosul e tomar decisões e resoluções a serem levadas à apreciação do GMC. Atualmente, existem 15 (quinze) subgrupos de trabalho formados da seguinte maneira:

SGT Nº 1 - Comunicação;

SGT Nº 2 - Aspectos Institucionais;

SGT Nº 3 - Regulamentos Técnicos e Avaliação da Conformidade;

SGT Nº 4 - Assuntos financeiros;

SGT Nº 5 - Transporte;

SGT Nº 6 - Meio ambiente

SGT Nº 7 - Indústria;

SGT Nº 8 - Agricultura;

SGT Nº 9 - Energia;

SGT Nº10 - Relações de Trabalho, Emprego e Seguridade Social;

SGT Nº 11 - Saúde;

SGT Nº 12 - Investimentos;

SGT Nº 13 - Comércio Eletrônico;

SGT Nº 14 - Acompanhamento da Conjuntura Econômica e Comercial; e

SGT Nº 15 - Mineração.

A Decisão do Conselho Mercado Comum Nº 23/05 adotou o Protocolo Constitutivo do Parlamento do Mercosul. Com sede em Montevidéu, o Parlamento será instituído em duas fases distintas, a iniciar-se em 31 de dezembro de 2006 e com término previsto para 2014, quando a escolha dos Parlamentares deverá ocorrer por meio de sufrágio universal, direto e secreto dos cidadãos, no mesmo dia, em todos os Estados Membros.

Desde 1º de janeiro de 1995, não existem mais barreiras tarifárias entre os países participantes. A grande maioria dos produtos comercializados entre os quatro países - há algumas exceções - não sofre a incidência de tributos alfandegários. Além disto, uma União Aduaneira foi estabelecida para vigir a partir de 1º de janeiro de 1995. Com esse propósito, foi criada, como um instrumento para tornar os países membros mais competitivos no mercado externo, a **Tarifa Externa Comum (TEC)**.

Assim como ocorre na União Européia, a TEC deverá ser um dos alicerces do processo de integração do Mercosul. Esta tarifa cobrirá a maioria dos produtos

importados de países não-membros para o Mercosul, com exceção daqueles produtos considerados "sensíveis" em seus respectivos países, tais como bens de capital, informática e telecomunicações no Brasil.

Com o intuito de evitar desvios no fluxo do comércio, estabeleceu-se que a tarifa externa comum deveria variar de 0% a 20%, baseada em 11 níveis de alíquotas, aumentando de dois em dois. Conforme Decisão do Conselho Mercado Comum ("CMC") Nº 22/94, uma TEC de 14% (quatorze por cento) foi implementada para *bens de capital*, aplicável com referência ao Brasil e Argentina a partir de 1º de janeiro de 2001. Paraguai e Uruguai tiveram até 1º de janeiro de 2006 para implementar essa tarifa.

Não obstante, nos termos da Decisão Nº 34/2003, o Conselho Mercado Comum introduziu o "Regime Comum de Importação de Bens de Capital não produzidos no Mercosul". A importação de tais bens tem por objetivo a modernização do setor produtivo dos Estados Partes e o incentivo aos investimentos. Assim, foram criadas duas listas de produtos: Lista Comum do Regime, temporariamente com alíquota de 0% (zero por cento) e Listas Nacionais, temporariamente com alíquota de 2% (dois por cento), para produtos não aceitos na Lista Comum. Os bens incluídos nas referidas listas permanecerão sob o amparo da importação com alíquotas diferenciadas por no mínimo 21 (vinte e um) e, no máximo, 27 (vinte e sete) meses, contados de sua inclusão na Lista, prorrogáveis por igual período, mediante solicitação ao CMC. A Decisão CMC Nº 40/2005 prorrogou o prazo inicial de entrada em vigor deste Regime de 1º de janeiro de 2006 para 1º de janeiro de 2009. Até lá, os Estados Partes poderão manter seus regimes nacionais de importação de bens de capitais novos.

Aguarda-se, até o momento, semelhante regulamentação para a modificação da TEC para bens de capital produzidos na região, as quais deveriam ter sido apresentadas pelos Estados Partes à Comissão de Comércio até 30 de junho de 2001. Após diversas prorrogações, a Decisão CMC Nº 40/2005 fixou o dia 31 de dezembro de 2006 como prazo para que o Grupo de Alto Nível para Examinar a Consistência e Dispersão da Tarifa Externa Comum constituído apresente tal proposta de modificação da TEC para bens de capital.

Com relação aos *bens de informática e telecomunicações*, a convergência das tarifas foi agendada pela Decisão CMC Nº 07/1994 para 1º de janeiro de 2006. Foi fixada uma tarifa máxima comum de 16% (dezesseis por cento), vigente a partir daquela data. A Decisão CMC Nº 33/03, dispõe, entretanto, que a Comissão de Comércio deverá negociar um Regime Comum de Bens de Informática e Telecomunicações, a ser aprovado pelo Grupo Mercado Comum até 31 de dezembro de 2005. Recentemente, a Decisão CMC Nº

39/2005 não apenas prorrogou este prazo até 31 de dezembro de 2006, como acordou instituir um outro Grupo de Alto Nível para Examinar a Consistência e Dispersão da Tarifa Externa Comum, o qual deverá elaborar, até 30 de junho de 2006, proposta para uma revisão da TEC para bens de informática e telecomunicações, a ser aplicada em 1º de janeiro de 2009. As mudanças pretendidas deverão ser colocadas em prática seguindo um cronograma de convergência vigente a partir de 1º de janeiro de 2007. Até então poderão os Estados Partes, aplicar uma alíquota distinta da TEC em vigor – inclusive de 0% (zero por cento), quando o caso – mediante a realização de consultas quadripartites.

Ato contínuo, os Estados Partes comprometeram-se, nos termos das Decisões do CMC Nº 69/2000 e Nº 33/2005, a eliminar completamente, até 31 de dezembro de 2007, os regimes aduaneiros especiais de importação adotados unilateralmente por eles. Tal comprometimento não inclui as Áreas Aduaneiras Especiais, mas tão-somente os regimes e benefícios que impliquem a isenção parcial ou total dos direitos aduaneiros que gravam a importação temporária ou definitiva de mercadorias e que não tenham como objetivo o aperfeiçoamento e posterior exportação das mercadorias resultantes para terceiros países. Os produtos elaborados utilizando tais mecanismos se beneficiarão do livre comércio no âmbito do Mercosul, até 31 de dezembro de 2007, desde que cumpram com o Regime de Origem do Mercosul. Outrossim, isenções já foram estabelecidas pelo CMC no que se refere a bens destinados a atividades efetivas de execução, coordenação ou fomento de investigações científicas ou tecnológicas e sejam reconhecidas como tais pelas Autoridades Competentes de cada país, os quais não estarão sequer sujeitos à TEC, nos termos da Decisão nº 36/2003.

A Decisão CMC 68/00, por sua vez, estipula que os Estados Partes do Mercosul poderiam estabelecer e manter uma lista de 100 (cem) itens da NCM como exceções à TEC, até 31 de dezembro de 2002. O referido prazo foi prorrogado pela Decisão CMC Nº 38/2005 até 31 de janeiro de 2008, quando Brasil e Argentina deverão reduzir o número máximo de itens a 75 (setenta e cinco), e a 50 (cinquenta), a partir de 1 de agosto, até 31 de dezembro do mesmo ano.. Os Estados Partes podem, modificar, a cada 06 (seis) meses, até 20% (vinte por cento) dos produtos dessas listas de exceções, desde que prévia e devidamente autorizados pelo GMC.

O Conselho Mercado Comum aprovou e regulamentou recentemente a eliminação da dupla cobrança e distribuição da renda aduaneira (Decisões CMC Nº 54/2004 e 37/2005). Assim, os bens importados de terceiros países que ingressem no território de algum dos Estados Partes a partir de 1º de janeiro de 2006 receberão tratamento de originários tanto no que respeita a

sua circulação dentro das fronteiras do Mercosul, quanto a sua incorporação em processos produtivos, desde que a eles se aplique (i) uma TEC de 0% (zero por cento) ou (ii) uma preferência tarifária de 100% (cem por cento), quadripartite e simultaneamente, e estejam sujeitos ao mesmo requisito de origem, no âmbito de cada um dos acordos subscritos pelo Mercosul, sem quotas nem requisitos de origem temporários, quando os mesmos sejam originários e procedentes do país ou grupos de países a que se outorga essa preferência. Uma lista dos referidos produtos encontra-se nos Anexos I e II da referida Decisão CMC e será atualizada periodicamente pelo Conselho do Mercado Comum. A eliminação da múltipla cobrança da TEC constitui a solução de um dos principais problemas apontados ao regime aduaneiro instituído pelo Mercosul.

O estágio avançado dos mecanismos de consolidação do Mercosul demonstra que o processo de integração da América Latina, pelo menos com relação ao Cone Sul, não é mais mera teoria, mas sim uma atitude positiva que certamente levará a resultados positivos e concretos.

25. O *Dumping* no Brasil

25.1. Introdução

Com o processo de globalização, a utilização das regulamentações antidumping tem se intensificado ao longo dos últimos anos, sendo esse instituto freqüentemente utilizado pelas diversas empresas nacionais como forma de defesa de seu mercado doméstico. Apesar do forte teor econômico que acompanha a matéria, pretende-se aqui abordar apenas os aspectos jurídicos do *dumping* e da legislação antidumping adotada no Brasil (Lei nº 9.019 e Decreto nº 1.602, de 23 de agosto de 1995), com base no Artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (GATT).

Com relação ao conceito jurídico de *dumping*, bem como a seus elementos fundamentais, é importante ressaltar que as normas antidumping podem ser utilizadas por empresas para neutralizar ou até mesmo prevenir os efeitos do *dumping*, atentando-se para o fato de que os direitos aplicados nunca podem exceder a margem de *dumping* calculada.

Devido ao fato de o *dumping* ser, normalmente, confundido com outras medidas de defesa econômica, tais como subsídios e medidas compensatórias, faz-se necessário tratar, de forma breve, dos parâmetros que permitem diferenciá-lo de outras medidas.

Será abordada, ainda, a descrição do processo antidumping e suas possibilidades de encerramento ou suspensão, incluindo a possibilidade de encerramento do processo por iniciativa das empresas peticionárias, por requisição do governo em caso de interesse nacional, ou por celebração de compromisso de preços por parte da empresa acusada de prática de *dumping*.

25.2. Conceito e Elementos Fundamentais do *Dumping*

Juridicamente, o *dumping* ocorre com a exportação de produto a preço inferior àquele que a empresa exportadora pratica para produto similar nas vendas em seu mercado interno. Contudo, apesar de a diferenciação de preços ser por si considerada prática desleal de comércio, para que essa diferença de preço seja condenável é necessário que cause dano ou ameaça de dano à indústria nacional.

Dessa forma, como elementos fundamentais do *dumping* tem-se:

Preço de exportação inferior àquele praticado no mercado interno

É inerente ao próprio conceito de *dumping* a prática de exportação a valor inferior ao praticado no mercado interno pela própria empresa exportadora, sendo esse elemento suficiente para caracterizar o *dumping*, mas não para torná-lo condenável. Para análise dos referidos preços e para fins de comparação entre ambos para cálculo da margem de *dumping* são considerados, em princípio, os preços *ex fábrica*, ou seja, sem impostos, e à vista. Com a comparação desses preços, determina-se a margem de *dumping*, que consiste na diferença entre o preço praticado no mercado exportador e o preço de exportação, determinada através de uma comparação justa, ou seja, eliminadas as diferenças nas condições de comercialização por meio de ajustes.

Produto similar

A definição dada pela legislação para produto similar é um tanto quanto subjetiva, não fornecendo características claras para uma análise acurada desse item. Assim sendo, produto similar é definido pela legislação como "produto idêntico, igual sob todos os aspectos ao produto que se está examinando, ou, na ausência de tal produto, outro produto que, embora não exatamente igual sob todos os aspectos, apresente características muito próximas às do produto que se está considerando". O trecho transcrito da legislação brasileira denota que o conceito de produto similar é bastante amplo, permitindo grande mobilidade às autoridades encarregadas de eventual investigação de prática de *dumping*.

Dano à indústria nacional

Conforme a legislação, considera-se dano tanto o dano material quanto a ameaça de dano material à indústria doméstica já estabelecida ou mesmo o retardamento em sua implantação. A legislação brasileira coloca alguns parâmetros tangíveis para a determinação de ocorrência de dano, tais como o volume das importações objeto de *dumping*, os efeitos das referidas importações sobre os preços de produto similar no Brasil e o conseqüente impacto de tais importações na indústria doméstica. A referida determinação inclui, ainda, análise objetiva do volume das importações objeto de *dumping*, da participação das importações objetos de *dumping* no total importado e consumo aparente e do preço. Nesse mesmo aspecto, para que seja configurada a ameaça de dano, são consideradas a taxa significativa de crescimento das importações do produto, a suficiente capacidade ociosa ou o iminente aumento substancial na capacidade produtiva do produtor estrangeiro e as

importações realizadas a preços que provoquem redução nos preços domésticos ou impeçam aumento dos mesmos; (iv) estoques.

Nexo causal entre o dano e a prática de *dumping*

Na investigação de prática de *dumping*, procura-se verificar se e em que medida as importações objeto de *dumping* são responsáveis pelo dano causado à indústria doméstica, avaliando-se, inclusive, outros fatores conhecidos que possam estar causando danos ocorridos no mesmo período.

Cabe aqui efetuar a distinção entre o *dumping* e outros mecanismos de defesa comercial, principalmente as medidas de salvaguarda e os subsídios.

As chamadas medidas de salvaguardas, tratadas no Artigo XIX do GATT, são medidas de emergência adotadas para proteger a indústria nacional, a fim de evitar dano decorrente do aumento de importações. Diferentemente do *dumping* as medidas de salvaguarda visam proteger a indústria nacional independentemente da ocorrência de práticas desleais de comércio e são, normalmente, utilizadas quando há falta de condições da indústria nacional para concorrer contra os produtos estrangeiros. Note-se que a aplicação dessas medidas está condicionada a concessões, por parte do Estado que as aplica, aos Estados que as sofrem.

Adicionalmente, cabe ressaltar que, distanciando-se do instituto do *dumping*, as medidas de salvaguarda não têm caráter seletivo, ou seja, atingem todas as importações de determinado produto efetuadas pelo Estado reclamante.

Já os subsídios consistem em vantagens, concedidas por um Estado, em benefício de determinadas empresas ou setores e que acabam por reduzir artificialmente custos de produção.

Outros equívocos normalmente cometidos são a confusão entre *dumping* e *underselling* e preço predatório. Os dois primeiros diferenciam-se na medida em que o *underselling* conceitua-se como a venda abaixo do preço de custo, o que não é característica do *dumping*, que requer, apenas, que o preço praticado nas exportações seja inferior ao preço praticado no mercado interno do país de origem, independentemente de ser superior ou inferior ao preço de custo. Por outro lado, preço predatório consiste na venda de produtos a baixo preço visando à eliminação de concorrentes, intenção que também não é exigida no *dumping*. Outrossim, a diferença básica entre o *dumping* e as outras duas figuras é que estas devem ser protegidas por leis nacionais de defesa da concorrência, enquanto o *dumping* caracteriza-se por ser uma questão de comércio exterior.

25.3. Processo de Investigação de *Dumping* no Brasil

O processo de investigação de *dumping* no Brasil se inicia com a apresentação de petição, por escrito, pelos produtores nacionais ou entidade de classe, requerendo o início de investigação de prática de *dumping* atribuída a determinada empresa ou empresas em suas exportações ao Brasil.

Note-se que a petição deve, necessariamente, apresentar elementos de prova de *dumping*, dano e nexos causal entre ambos. Caso esses elementos não estejam caracterizados, procede-se ao arquivamento da petição.

Para ser habilitada, a petição deve, ainda, estar devidamente instruída, contendo: (i) qualificação do peticionário, indicação do volume e do valor da produção da indústria doméstica que lhe corresponda; (ii) estimativa do volume e do valor da produção nacional do produto similar; (iii) lista dos produtores domésticos conhecidos do produto similar, que não estejam representados na petição e, na medida do possível, indicação do volume e do valor da respectiva produção, bem como sua manifestação de apoio à petição; (iv) descrição completa do produto alegadamente importado a preços de *dumping*, nome do respectivo país ou dos países de origem e de exportação, identificação de cada exportador ou produtor estrangeiro conhecidos e lista dos importadores do produto; (v) descrição completa do produto fabricado pela indústria doméstica; (vi) informação sobre o preço de venda no país exportador (preço normal); (vii) informação sobre o preço de exportação representativo ou, não sendo este disponível, sobre preço representativo pelo qual o produto é vendido, pela primeira vez, a um comprador independente situado em território brasileiro; (viii) informação sobre a evolução do volume das importações, alegadamente objeto de *dumping*, os efeitos de tais importações sobre os preços do produto similar no mercado doméstico e o conseqüente impacto das importações sobre a indústria doméstica.

Uma vez habilitada a petição, é efetuada a análise do mérito, dando-se início à abertura das investigações.

Ressalte-se que, a petição é indeferida e o processo arquivado quando: (i) não houver elementos de prova suficientes da existência do *dumping* ou de dano por ele causado, que justifiquem a abertura da investigação; (ii) a petição não tiver sido feita pela indústria doméstica⁵⁹ ou em seu nome; ou (iii) os produtores domésticos, que expressamente apóiam a petição, reúnem menos de 25% da produção doméstica total do produto similar.

⁵⁹ É considerada feita pela indústria doméstica ou em seu nome a petição que for apoiada por produtores cuja produção conjunta represente mais de 50% da produção doméstica do produto similar. Note-se, portanto, que esses elementos são essenciais para que se instaure a abertura da investigação.

A investigação deve ser concluída no período de um ano após sua abertura, podendo esse prazo ser prorrogado por mais seis meses em circunstâncias excepcionais. Note-se que o período objeto de *dumping* deve compreender os 12 meses mais próximos possíveis anteriores à data da abertura da investigação, podendo, em circunstâncias excepcionais, ser inferior a 12 meses, mas nunca inferior a seis meses. Já o período objeto da investigação da existência de dano, por sua vez, deve ser suficientemente representativo, a fim de permitir a análise (não será inferior a três anos e incluirá, necessariamente, o período de investigação de *dumping*).

Durante a fase de instrução do processo, as partes interessadas⁶⁰ têm ampla oportunidade de apresentar, por escrito, os elementos de prova que considerem pertinentes com respeito à investigação. Para tal fim, podem ser solicitadas ou aceitas por escrito informações adicionais ou complementares, podendo, inclusive, ser pedidas audiências. Note-se, contudo, que o comparecimento a essas audiências não tem caráter obrigatório.

Caso as informações requeridas não sejam apresentadas às autoridades brasileiras por qualquer das partes envolvidas, o parecer preliminar ou final pode ser elaborado com base na melhor informação disponível, ou seja, nos dados obtidos. Outrossim, pode ser solicitado o tratamento de confidencialidade às informações fornecidas consideradas pelas partes como sigilosas, desde que fundamentada tal requisição, constituindo as informações um processo separado.

Como peça principal da investigação de *dumping*, as partes interessadas recebem questionários destinados à investigação e dispõem de 40 dias (prorrogáveis por mais 30 dias) para restituí-los. Adicionalmente à resposta aos questionários, é recomendável que seja apresentada uma petição de defesa, contestando a petição inicial e o Parecer emitido pelo Departamento de Defesa Comercial (DECOM), informando o início da investigação.

Antes de terminado o processo, mas após decorridos 60 dias do início das investigações, as autoridades nacionais podem aplicar medidas provisórias contra as importações investigadas, desde que todas as partes tenham se manifestado, que seja atingida uma determinação preliminar positiva de existência de *dumping* e dano à indústria doméstica e que as autoridades decidam que tais medidas são necessárias para impedir que ocorra dano durante a investigação.

⁶⁰ Consideram-se partes interessadas: (i) os produtores domésticos e a entidade de classe que os represente; (ii) os importadores e a entidade de classe que os represente; (iii) os exportadores e a entidade de classe que os represente; (iv) o governo do país exportador.

Após a publicação de determinação preliminar de dano e *dumping* pelas autoridades brasileiras, o exportador pode assumir, voluntariamente, compromissos satisfatórios de revisão dos preços ou cessação das importações a preços de *dumping*. Caso aceite tal compromisso pela Secretaria de Comércio Exterior (Secex) e homologado pela Câmara de Comércio Exterior (Camex), o processo de *dumping* pode ser encerrado ou suspenso sem a imposição de direitos. A investigação, contudo, deve prosseguir se o exportador ou as autoridades assim o desejarem.

Note-se que a aceitação ou não de compromisso de preços é ato discricionário das autoridades brasileiras, o que não a isenta de fundamentação quanto à recusa. Contudo, apesar de, formalmente, não ser necessária manifestação da indústria nacional quanto a esse compromisso, é comum que a Secex indague a opinião da indústria doméstica quanto à aceitação do mesmo.

Antes de ser formulado o parecer final, é realizada audiência, convocada pela Secex, para informar às partes os fatos essenciais que formam a base para o parecer, sendo dado a elas 15 dias para se manifestarem a respeito. Findo tal prazo, é encerrada a instrução do processo e informações recebidas posteriormente não são consideradas.

O encerramento da investigação pode ser normalmente efetuado com ou sem a aplicação de direitos antidumping, traduzido como a "taxa imposta às importações realizadas a preço de *dumping*, com o objetivo de neutralizar seus efeitos danosos à indústria nacional".⁶¹ Nesse sentido, a investigação é encerrada, sem a aplicação de medidas antidumping se: (i) não houver comprovação suficiente de *dumping* ou de dano dele decorrente, (ii) a margem de *dumping* for de *minimis*, (iii) o volume de importações objeto de *dumping* real ou potencial for insignificante. Alternativamente, a investigação é encerrada com a aplicação de medidas antidumping se a Secex entender que há *dumping*, dano e nexos causal entre eles.

As autoridades nacionais podem, então, impor direitos antidumping, especificando seu valor, o qual não pode ser superior à margem de *dumping* apurada. Chama-se a atenção para o fato de que a legislação brasileira permite a cobrança de direitos antidumping definitivos sobre produtos que tenham sido despachados para consumo até 90 dias antes da data de aplicação das medidas antidumping provisórias sempre que (i) haja antecedentes de *dumping* causador de dano, ou que o importador estivesse ou devesse estar ciente de que de que o produtor ou exportador pratica *dumping* e de que este causaria

⁶¹ Manual de Defesa Comercial, elaborado pela Secex, página 24.

dano; e (ii) o dano seja causado por volumosas importações de um produto a preços de *dumping* em período relativamente curto.

Os direitos antidumping e os compromissos de preços propostos pelo exportador permanecem em vigor somente enquanto perdurar a necessidade de neutralizar o *dumping* e dano causados. Contudo, esses direitos são extintos no prazo máximo de cinco anos após sua aplicação, podendo esse prazo ser prorrogado desde que demonstrado que a extinção dos referidos direitos pode acarretar no retorno do *dumping* e do dano à indústria nacional dele decorrente.

O processo antidumping pode, ainda, ser encerrado com base em iniciativa do peticionário ou de autoridades brasileiras. De fato, o peticionário pode solicitar, a qualquer momento, encerramento do processo. Entretanto, a Secex pode determinar o prosseguimento da investigação e, adicionalmente, em circunstâncias excepcionais, decidir em razões de interesse nacional, pela suspensão da aplicação dos direitos.

25.4. Conclusão

Ante o exposto, fica claro que o processo antidumping é figura nova que vem sendo crescentemente utilizada no Brasil.

A regulamentação brasileira, baseada no GATT e nos acordos da Organização Mundial do Comércio (OMC), busca ser bastante detalhista, dando possibilidade ao contraditório e exigindo provas detalhadas.

Contudo, a recente utilização do termo faz com que, na prática, as autoridades envolvidas, as partes interessadas e até mesmo os profissionais do ramo se deparem com situações inusitadas, as quais vão sendo resolvidas à medida em que se vai avançando no tema.

26. Contencioso Civil e Comercial

26.1. A Jurisdição no Contencioso Civil e Comercial

O Código Civil Brasileiro, instituído pela Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que revogou expressamente o Código Civil anterior, de 1916 (Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916), e a Primeira Parte do Código Comercial (Lei nº 556, de 25 de junho de 1850), configura-se a base mais relevante para as decisões judiciais envolvendo assuntos de natureza civil e comercial. O Código Comercial, atualmente, apenas regra as relações envolvendo o comércio marítimo.

O contencioso civil e comercial é decidido pelas varas estaduais que têm jurisdição geral e que consistem de um juiz singular, podendo as suas decisões ser revistas, a pedido da parte derrotada no processo, por um Tribunal Estadual. A Constituição brasileira não prevê julgamento por júri em casos comerciais e civis.

As regras processuais estão expressas em um Código de Processo Civil, que também é uma lei federal. Em função do sistema federativo, a organização judiciária e as regras específicas sobre a competência são estabelecidas pela legislação estadual. Em geral, as varas estaduais não são especializadas e têm jurisdição quanto a casos civis, comerciais, criminais e de família.

A regra geral relativa à competência para a distribuição de uma ação é de que seja proposta no domicílio do réu. Essa regra se aplica a pessoas físicas e jurídicas. O consentimento das partes e a eleição de um foro diferente, tal como estabelecido em um contrato, são também aceitos para fixar a competência, desde que não haja regra específica para a sua determinação ou não seja reconhecida a sua abusividade. O processo judicial em matéria civil e comercial não é sigiloso, sendo público o acesso, exceto quando envolver assuntos de família.

26.2. Custos do Processo

As partes litigantes devem pagar as custas pelo processo judicial, que variam de Estado para Estado. A regra geral é que as custas iniciais são pagas pelo autor, normalmente calculadas como um percentual do valor discutido, sendo outros pagamentos feitos no caso de recursos, pela parte recorrente.

Honorários advocatícios pelos serviços prestados são usualmente estabelecidos tendo por base uma porcentagem do valor discutido ou a ser cobrado. Essa porcentagem resulta de um acordo entre o advogado e seu cliente, sendo calculada tomando em consideração vários fatores, tais como o valor a ser pleiteado em juízo, a complexidade do trabalho a ser executado, o prazo de tramitação do processo, a capacidade do cliente de pagar e a competência e renome do advogado. Na maior parte das vezes, um valor inicial é pago pelo cliente, sendo descontado do pagamento final, no caso de sucesso.

Adicionalmente, o Código de Processo Civil estipula que todas as despesas incorridas pela parte vencedora sejam pagas pela parte vencida, o que se chama sucumbência. Esta inclui o reembolso da taxa judiciária, as despesas gerais do processo, e os honorários pagos a peritos, assistentes técnicos, assim como o pagamento de honorários advocatícios. Estes são arbitrados pelo juiz, de acordo com as regras processuais e são devidos ao advogado, não se confundindo com os honorários pactuados diretamente com o cliente.

26.3. Procedimentos Iniciais

Existem várias formas procedimentais, das quais será abordado somente o processo ordinário, que é o mais comum em casos envolvendo contratos ou responsabilidade civil em que se discutam valores superiores a 60 (sessenta) salários mínimos e desde que não haja previsão processual própria, pertinente ao rito sumário e ao especial.

Uma ação civil ou comercial começa mediante a distribuição, pelo advogado do autor, de uma petição inicial perante o órgão judiciário que tenha competência sobre o caso, conforme ditames da lei de organização judiciária estadual. O próximo passo processual, após a distribuição da ação, é a citação do réu. Esta deve ser efetuada, em regra, pelo correio, ou por um oficial de justiça. Em ambas as hipóteses, deve ocorrer a entrega de uma cópia da petição inicial ao réu para que possa responder à ação em um curto período (geralmente 15 dias). Quando desconhecido ou incerto o réu, bem como quando ignorado ou inacessível o local em que se encontre a legislação processual permite ainda a sua citação por edital, ou seja, mediante a publicação em jornais.

O réu deve procurar um advogado para defendê-lo. Este, por sua vez, submete a juízo uma defesa às alegações e pedido do autor. Essa petição deve confirmar ou negar os fatos e pode ainda dar-lhes uma interpretação diferente, bem como também discutir a base legal do pedido do autor. O autor, por sua vez, deve apresentar outra petição, chamada réplica, expressando sua resposta aos pontos de direito e de fato levantados pelo réu. O juiz, então, deve solicitar

às partes que se manifestem quanto às provas que pretendem produzir em juízo. Em seguida, se o direito em litígio admitir transação, o magistrado designa audiência preliminar, que tem por objeto a conciliação das partes litigantes.

Na hipótese de a conciliação não ser frutífera e a ação tiver condições de prosseguir, o juiz deve sanear o processo, que é um julgamento preliminar sobre todas as questões formais e procedimentais levantadas pelas partes, exceto o mérito do caso. O juiz pode, nesse ponto, por exemplo, julgar o autor carecedor da ação se entender que ausente qualquer das condições da ação, a saber: legitimidade, interesse e possibilidade jurídica do pedido. Estando o processo em condições regulares, compete ao juiz também decidir quanto às provas que serão admitidas e produzidas pelas partes.

26.4. Provas

Como se verá, todo o processo, mais especialmente a coleta de provas, é inteiramente conduzido pelo juiz. Em princípio, as provas documentais devem ser apresentadas em juízo junto com a petição inicial. O réu também deve apresentar sua prova documental junto com a contestação. Como regra geral, todavia, outros documentos relativos ao caso, que venham a se tornar relevantes durante o desenvolvimento da instrução, podem ser apresentados pelas partes a qualquer momento, desde que seja dado à parte contrária o direito de manifestação sobre eles.

A prova não-documental que deve ser produzida em seguida é o laudo ou laudos de peritos, tais como aqueles preparados por contadores, engenheiros, médicos, avaliadores ou outros profissionais especializados. O juiz deve nomear o perito judicial e as partes formulam quesitos, perguntas por escrito, que devem ser respondidos também por escrito. As partes também têm o direito de nomear peritos assistentes de sua escolha para responder aos quesitos e formular críticas ao laudo do perito judicial.

O próximo passo é a audiência de instrução e julgamento, que tem lugar na data determinada pelo juiz encarregado do caso, depois de as partes terem tido a oportunidade de discutir extensivamente a prova documental e de examinar o laudo do perito judicial.

As partes submetem previamente ao juiz um rol de testemunhas que desejam que sejam interrogadas. Na audiência, o juiz faz, em primeiro lugar, o interrogatório das testemunhas e, depois, dá aos advogados das partes o direito de formular perguntas. Tal interrogatório não é feito diretamente à

testemunha mas ao juiz, que pode repetir, reformular ou recusar as questões colocadas pelos advogados. Outra característica importante é que ambas as partes podem prestar depoimento, mas, em tal caso, a parte não é considerada uma testemunha. Só as testemunhas estão sob juramento. A audiência é transcrita à forma escrita.

A decisão do caso pode ocorrer imediatamente, se não houver, após a audiência, apresentação de razões finais pelas partes, comentando quanto à audiência e toda a prova produzida. O juiz, então, deve reexaminar todo o processo e julgá-lo.

Como se pode ver, no sistema brasileiro, para o processo ordinário, não existe um *trial*, no sentido de um evento ininterrupto no qual toda a prova é produzida. De fato, a prova vai sendo produzida passo a passo, sendo progressivamente incorporada aos autos do processo e a sua condução está focada na formação da convicção do juiz.

26.5. Decisão

A decisão do juiz deve ser por escrito, contendo uma breve descrição das partes; um resumo do pedido inicial e da resposta do réu, bem como o registro dos principais fatos havidos na fase de instrução; sua opinião quanto às questões de fato e de direito envolvidas e o seu julgamento. A sentença pode determinar à parte o direito a uma indenização, pode ordenar a uma parte praticar um ato ou mesmo declarar a exata interpretação de uma cláusula contratual.

26.6. Medidas Urgentes

Na própria petição inicial, em caráter excepcional, pode o autor pleitear ao Magistrado a antecipação dos efeitos da sentença. Para tanto, deve oferecer ao juiz elementos de prova suficientes para comprovar a verossimilhança do quanto alegado, bem como justificar o receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

A antecipação dos efeitos da tutela também pode ser concedida no curso do processo, a partir de quando um ou mais pedidos mostrarem-se incontroversos.

No sistema processual brasileiro, há ainda o procedimento de natureza cautelar que pode ser ajuizado antes do processo principal, como medida preparatória

ou de forma incidental. Em ambos os casos, visa-se tutelar, de forma urgente, eventual direito da parte passível de perecimento. No processo cautelar, o Magistrado pode conceder medida liminar uma vez presente o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

26.7. Recursos

O sistema brasileiro permite muitos recursos, tanto das decisões finais quanto daquelas interlocutórias, que não encerram o caso.

Recentemente, uma reforma processual restringiu a possibilidade de recursos contra decisões interlocutórias. Agora, sempre que houver uma decisão interlocutória suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, a parte pode recorrer, objetivando a sua revisão pelo tribunal. Não preenchidos tais requisitos, a parte também pode recorrer. No entanto, nesses casos, o recurso não é encaminhando de imediato ao tribunal, mas fica retido aos autos e é analisado somente quando do julgamento de eventual recurso de apelação.

Em regra, o recurso não suspende o processo. O mesmo advogado pode prosseguir com o caso nas instâncias superiores. Os recursos são julgados por uma câmara do tribunal estadual, que é composta de um juiz relator e um número par de outros juizes. A câmara pode rever a decisão em relação à sua interpretação dos fatos e do direito.

Da decisão do tribunal estadual que julgar os recursos interpostos, cabe ainda recurso aos tribunais federais superiores, que são o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Se a parte alegar violação de tratado ou lei federal ou uma interpretação diferente de lei federal por outro tribunal estadual pode interpor recurso ao Superior Tribunal de Justiça. Se alegar violação da Constituição Federal, pode interpor recurso ao Supremo Tribunal Federal. Ambos os recursos podem ser interpostos ao mesmo tempo, mas sua admissão é muito restritiva.

Nesse ponto, não é admitida a discussão dos fatos, mas só das questões de direito pelos tribunais superiores federais. Estes também se organizam em Turmas. O recurso aos tribunais superiores federais não suspende o processo e a parte pode iniciar a execução do julgado.

26.8. Execução do Julgado

Quando a parte vencedora obtém uma decisão final, tem o direito de iniciar a execução do julgado para fazer valer o julgamento a seu favor. A execução deve se iniciar mediante a apresentação de uma petição nos mesmos autos da ação que decidiu o mérito do caso.

Recentemente, foi aprovada uma alteração no Código de Processo Civil visando dar mais celeridade à execução do julgado.

O autor deve declinar o valor que entende lhe ser devido, mas, em muitos casos, o julgamento apenas declarou que uma indenização deve ser paga e em que base esta deve ser calculada, e, portanto, o valor dessa indenização deve ser determinado mediante uma discussão das partes quanto à base do cálculo da indenização. A parte executada é, então, intimada, na pessoa de seu advogado. Nesse momento, o réu pode apresentar as objeções que entender necessárias, mas deve de qualquer modo depositar em juízo o valor pleiteado pelo autor ou apresentar bens a serem penhorados para garantia da execução do julgado.

Tratando-se de sentença que determina a entrega de coisa certa ou incerta, o juiz determina providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. Caso refira-se à obrigação de fazer ou não fazer, o juiz fixa um prazo para que o vencido cumpra a sentença. Em ambos os casos, não cabe qualquer impugnação, sendo que o devedor somente pode se defender incidentalmente.

Sendo a execução por quantia certa contra devedor solvente, caso esse não pague o débito, e nem recorra dentro do prazo de 15 dias, contados da sua intimação na pessoa de seu advogado, a condenação é majorada em 10% (dez por cento). Nesse caso, é dada oportunidade ao credor para que indique bens de propriedade do devedor que deseja penhorar.

Realizados os autos de penhora e de avaliação, o devedor é intimado, mais uma vez na pessoa de seu advogado, para, querendo, apresentar impugnação. Essa impugnação não interrompe o processo executivo, a não ser que o juiz, fundado em seu convencimento, assim o determine. Ainda que seja conferido efeito suspensivo à impugnação, a execução pode prosseguir provisoriamente, mediante a prestação de caução pelo credor.

Se, ao final, o réu não puder ou não se dispuser a pagar o valor ou praticar o ato determinado pelo juízo, os bens penhorados devem ser avaliados judicialmente e vendidos através de alienação promovida pelo próprio credor

ou em leilão público, sendo o produto da venda usado para pagar a parte vencedora.

O ordenamento jurídico brasileiro não prevê penalidades criminais aos devedores por dívidas civis, sendo que a Constituição Federal coloca em patamar superior o direito à liberdade. As únicas hipóteses de prisão civil restringem-se à do devedor por alimentos e à do depositário infiel, sendo esta última questionada em razão da ratificação, pelo Brasil, de Tratado Internacional.

26.9. Processo de Cobrança

A cobrança de títulos executivos extrajudiciais, ou seja, letras de câmbio, notas promissórias, duplicatas, debêntures, cheques, contratos e outros assim definidos por lei, é realizada através da ação de execução contra devedor solvente.

O procedimento tem por objeto expropriar bens do devedor, a fim de satisfazer o direito do credor, devendo aquele, uma vez iniciado o processo, depositar em juízo o valor pleiteado ou apresentar bens a serem penhorados para poder discutir a cobrança do débito.

Todavia, quando a parte é titular de documento ou título sem força executiva e visa ao pagamento em dinheiro, à entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel, pode utilizar-se, também, da ação monitória que representa procedimento judicial célere para obtenção de título executivo em via judicial.

27. Direitos do Consumidor no Brasil, Enquadramento e Execução da Lei

27.1. Definição Geral

A definição de consumidor como uma pessoa que somente compra uma mercadoria ou serviço tem uma interpretação mais ampla no Brasil porque a Constituição brasileira efetivamente privilegia o interesse público em relação aos direitos privados – um princípio visto, por exemplo, no Art. 5, XXII da Constituição Federal do Brasil.

27.2. Desenvolvimento da Lei

No passado, os direitos do consumidor no Brasil eram protegidos por uma diversidade de leis e decretos, principalmente o Código Comercial (1850), o Código Civil (1917) e outros estatutos específicos.

Foi somente em 1990 que um estatuto específico foi emitido com o propósito de cercar a lista de aspectos conhecidos como direitos do consumidor. Trata-se da Lei nº 8.078 ou Código de Proteção e Defesa ao Consumidor, efetivada no dia 12.03.1991. A verdadeira existência dessa Lei é devida a uma base constitucional resultado dos artigos 5, XXXII, 170, V da Constituição Brasileira de 1988, que definiram a edição compulsória de tais corpos legais. Assim, a lei brasileira pode ser melhor descrita como completamente estatutária, com uma forte ênfase nas medidas de proteção de natureza constitucional.

O Código do Consumidor brasileiro regula a relação entre o cliente/consumidor com a indústria, com o comércio, com prestadores de serviços e com outros agentes, tais como os importadores, impondo a esses agentes econômicos várias obrigações.

Mesmo com a entrada em vigência do Novo Código Civil Brasileiro, no ano de 2003, as relações de consumo continuam a ser reguladas pelo Código de Defesa do Consumidor, que é a lei especial sobre o assunto.

27.3. Escopo

O Estatuto Brasileiro dos Direitos do Consumidor cobre uma lista ampla de assuntos, desde proteção à segurança e saúde dos consumidores, o acesso a

informações específicas referentes a mercadorias, bens e serviços (i.e., validade ou uso por datas), até o controle (com respeito a eliminações) de contratos com cláusulas abusivas, incluindo aquelas que podem levar o consumidor a obrigações excessivamente onerosas (envolvendo o princípio *rebus sic stantibus*). Estão também incluídas provisões específicas para reparação dos danos (i.e., atos ilegais, quebra de contrato, infração de regras públicas gerais ou específicas relacionadas com os direitos dos consumidores).

Esse estatuto também reverteu o procedimento legal em favor do consumidor insatisfeito. É a inversão do ônus da prova. Para simplificar, o ônus está no fato de o fabricante produzir evidências de que suas mercadorias estão dentro das normas, não no fato de o cliente provar que a mercadoria foi encontrada com defeito ou é perigosa. Esse aspecto pode ser exercitado pelo juiz em casos que ele julgue apropriados, de acordo com os requisitos estabelecidos na lei.

Outros novos aspectos implementados pelo estatuto são: (i) a adoção de uma doutrina comumente conhecida como desconsideração da entidade legal (aqui até ampliada, se comparada com os modelos americanos e europeus); (ii) o novo tratamento da responsabilidade civil em caso de produtos falhos, os quais agora mantêm o produtor ou fabricante responsável sem referência à existência ou não da intenção específica de causar prejuízo/dano (o princípio é diferente no caso de serviços prestados por profissionais liberais, tais como dentistas, engenheiros etc.); (iii) as regras de propaganda, que são particularmente rigorosas. Em todos os casos, é mantido o princípio básico constitucional do devido processo legal.

Como consequência de tais leis protetoras, fabricantes e prestadores de serviços devem ser muito cuidadosos com seus produtos/trabalho de produção. A consulta legal é recomendada e freqüentemente solicitada, desde a fase de pré-fabricação até a real exibição de prateleira.

27.4. Execução da Lei

Interpretar a lei do consumidor brasileiro, do ponto de vista de advogados estrangeiros, pode ser um trabalho intricado. A chave para entender e dominar esse estatuto é aceitar que ele traz junto, embrulhado em um pacote, sanções civis, administrativas e penais.

Existem na verdade muitos comportamentos que são agora considerados como atos criminosos, mas o código reafirma o direito constitucional de defesa no devido processo da lei. Mesmo a construção dos contratos é agora um trabalho

muito mais detalhado, por causa das pesadas penalidades nas cláusulas abusivas. A propaganda era também uma meta dos fazedores da política, e isto leva a um grande cuidado com os conseqüentes compromissos pré-contratuais levantados por qualquer imprensa ou mídia.

27.5. Tendências

O estatuto dos direitos do consumidor no Brasil é compatível com as mais modernas leis no mundo. As cortes brasileiras têm sido cautelosas em aplicar a lei, de modo que ela alcance o objetivo principal, que é proteger os consumidores, enquanto ao mesmo tempo aumenta a competição saudável entre os jogadores no mercado de suprimento. Para a indústria brasileira, significa que o Brasil tem o cenário certo para o desenvolvimento dos seus fabricantes, de modo que eles possam vencer os competidores baseados fora do país, e ao mesmo tempo os coloca em sintonia com possíveis parceiros no Brasil e no exterior. Entender os direitos do consumidor nas várias jurisdições ajuda pessoas de negócios a se integrarem melhor, mais rápido e de uma maneira mais lucrativa.

28. Arbitragem, Reconhecimento e Execução de Decisões Arbitrais e Sentenças Judiciais Estrangeiras no Brasil

28.1. Objeto e Regras Aplicáveis

De acordo com a Lei nº 9.307/96 (Lei de Arbitragem), as pessoas capazes de contratar podem valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Em outras palavras, podem ser submetidas à arbitragem as questões que envolvam direitos patrimoniais de caráter privado sobre os quais as partes podem transacionar.

As regras de direito que são aplicadas na arbitragem podem ser livremente estabelecidas, inclusive sendo possível que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

A cláusula através da qual as partes se comprometem a submeter todo e qualquer litígio à arbitragem (cláusula compromissória) vincula as partes. A Lei de Arbitragem contém dispositivo específico que confere ao contratante o direito de exigir o cumprimento forçado (judicial) da cláusula compromissória, caso a outra parte resista à instituição da arbitragem.

28.2. Procedimento Arbitral

O processo de escolha dos árbitros pode ser estabelecido, de comum acordo, pelas partes. Também podem ser adotadas as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada para o processo de escolha. O árbitro é juiz de fato e de direito e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários. As partes podem postular por intermédio de advogado, respeitada, sempre, a faculdade de designar quem as represente ou assista no procedimento arbitral.

A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral:

- o relatório, que contém os nomes das partes e um resumo do litígio;
- os fundamentos da decisão, onde são analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade;
- o dispositivo, em que os árbitros resolvem as questões que lhes são submetidas e estabelecem o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e
- a data e o lugar em que foi proferida.

28.3. Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras

O Brasil ratificou o Protocolo de Genebra sobre Cláusulas de Arbitragem, de 1923, assim como a Convenção de Nova Iorque de 10.06.1958, acerca do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras.

Para ser reconhecida e executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita unicamente à homologação pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

O pedido de homologação deve ser instruído com o original da sentença arbitral ou uma cópia devidamente certificada, autenticada pelo consulado brasileiro e acompanhada de tradução oficial e o original da convenção de arbitragem ou cópia devidamente certificada, acompanhada de tradução oficial.

De acordo com a Lei de Arbitragem, a homologação de sentença estrangeira segue as mesmas regras do Código de Processo Civil e do Regimento Interno do STF relativas à homologação de sentença estrangeira.

Nesse sentido, ainda de acordo com a Lei de Arbitragem, uma sentença arbitral estrangeira não é homologada pelo STF se:

- as partes na convenção de arbitragem forem incapazes;
- a convenção de arbitragem não for válida segundo a lei à qual as partes a submeteram, ou, na falta de indicação, em virtude da lei do país onde a sentença arbitral foi proferida;
- a parte contra a qual se invoca a sentença arbitral não foi notificada da designação do árbitro ou do procedimento de arbitragem, ou tenha sido violado o princípio do contraditório, impossibilitando a ampla defesa;
- a sentença arbitral foi proferida fora dos limites da convenção de arbitragem e não foi possível separar a parte excedente daquela submetida à arbitragem;
- a instituição da arbitragem não está de acordo com o compromisso arbitral ou cláusula compromissória;

- a sentença arbitral não se tenha, ainda, tomado obrigatória para as partes, tenha sido anulada, ou, ainda, tenha sido suspensa por órgão judicial do país onde a sentença arbitral for prolatada;
- segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido pela arbitragem;
- a decisão ofende a ordem pública nacional.

Quando homologada pelo STF, a sentença arbitral estrangeira assume a condição de título executivo judicial.

28.4. Sentenças Judiciais Estrangeiras

Sentenças estrangeiras podem ser reconhecidas e executadas no Brasil, sem que para isso haja necessidade de reciprocidade por parte do país de origem ou de convenção internacional entre este e o Brasil. Mas, para que possa gerar efeitos no Brasil, uma decisão judicial proferida no exterior depende de homologação pelo Poder Judiciário brasileiro.

Conforme a Constituição Federal de 1988, artigo 102, (h), o órgão federal responsável por analisar e decidir os pedidos de homologação de sentenças estrangeiras é o STF, sendo que esse assunto se rege pelas disposições da Lei de Introdução ao Código Civil, que contém normas de interpretação de direito internacional privado, pelo Código de Processo Civil e pelo Regimento Interno do STF.

Para conferir eficácia à sentença estrangeira, no território nacional, o STF verifica o cumprimento dos requisitos formais no que diz respeito ao processo, até se chegar à sentença. No Direito brasileiro, sentença é uma decisão final, de natureza civil, comercial ou penal, proferida por um juiz ou tribunal, seguindo e respeitando o devido processo legal.

Satisfeitas essas condições básicas, verifica-se o atendimento aos seguintes requisitos, previstos no artigo 217 do Regimento Interno do STF, com base nas disposições do artigo 15 da Lei de Introdução ao Código Civil:

- A sentença estrangeira deve ter sido proferida por um juízo competente. Nesse ponto, o STF não busca comprovar a competência do juízo onde correu a demanda, pois disso poderia resultar a fixação de outro juízo no mesmo país, o que constituiria indevida interferência na sua soberania por parte da justiça brasileira.

O que é examinado, na verdade, é se a sentença estrangeira não versa sobre tema sobre o qual a lei brasileira confere competência exclusiva às cortes brasileiras. Não é passível de homologação, por exemplo, sentença relativa a imóvel situado no território nacional, pois a Lei de Introdução ao Código Civil, em seu artigo 12, parágrafo I, estabelece que “só à autoridade judiciária brasileira” compete julgar tais ações.

- As partes devem ter sido devidamente citadas ou deve ter-se verificado legalmente a revelia
A citação é o ato pelo qual a parte é chamada a se defender em um processo contra ela movido. É fundamental para a garantia do direito de defesa e deve ter seguido os parâmetros estabelecidos pela lei do local onde a sentença foi proferida. Sendo o réu domiciliado no Brasil, a citação deve ter sido efetivada por meio de carta rogatória. Nesse sentido, a jurisprudência dominante do STF é de que a citação do réu domiciliado no Brasil, por qualquer outro meio que não a carta rogatória, é contrária à ordem pública brasileira.
- A sentença não deve mais ser passível de qualquer recurso e deve estar revestida das formalidades legais necessárias para sua execução no lugar em que tiver sido proferida.
Para facilitar a verificação de que se trata de coisa julgada, é conveniente que se obtenha, do próprio juiz que proferiu a sentença, uma certidão indicando não mais haver qualquer recurso possível contra a mesma, em qualquer grau, pois é certo que o STF, seguindo seus usos e costumes, exigirá uma prova de tal circunstância.
- A sentença deve ser autenticada junto ao consulado brasileiro mais próximo e traduzido por tradutor público juramentado no Brasil.
- A sentença para a qual se postula a homologação não deve ferir a ordem pública, a soberania nacional e os bons costumes, conforme artigo 17, da Lei de Introdução ao Código Civil.
Esse é o único aspecto relativo à essência do julgado estrangeiro que será analisado pelo STF.

A homologação é obtida através de uma ação, proposta pela parte vencedora, perante o STF que, por sua vez, determina a citação da parte vencida, para que esta apresente eventuais argumentos contrários à homologação.

Apenas são aceitas, como argumentos contrários à homologação, razões que questionem a autenticidade dos documentos comprobatórios produzidos pelo vencedor da ação no exterior, a interpretação da sentença estrangeira ou o

atendimento aos requisitos acima descritos, conforme define o artigo 221 do Regimento Interno do STF.

Obtida finalmente a homologação da sentença estrangeira, ela adquire a condição de um título executivo judicial, podendo, portanto, ser levada à execução, perante o foro de 1ª instância competente.

29. Aspectos Internacionais da Jurisdição Brasileira

29.1. Jurisdição Geral dos Tribunais Brasileiros

A Constituição Federal brasileira estabelece que o Executivo, o Legislativo e Judiciário são poderes independentes e harmônicos da República (CF, artigo 2º). A Constituição também estabelece que nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário (CF, artigo 5º, inciso XXXV). A jurisdição é, conseqüentemente, uma questão de soberania.

Devido à estrutura federativa do Estado brasileiro, o poder jurisdicional dos Estados federados deriva também das Constituições estaduais. O Código de Processo Civil (CPC), estatuto nacional, estabelece que a jurisdição civil é exercida pelos juízes em todo o território nacional (CPC, artigo 1º). Além disso, o Código de Processo Civil também estabelece que as ações cíveis são julgadas pelos juízes de acordo com as respectivas competências, sem prejuízo do direito das partes de submeter suas disputas à arbitragem (CPC, artigo 86).

Os limites da jurisdição brasileira em relação a outras jurisdições são estabelecidos pelas leis brasileiras, sempre que as ações forem propostas no foro brasileiro. Em outras palavras, os tribunais brasileiros observam a *lex fori* – lei do foro –, que é o Código de Processo Civil brasileiro. A esse respeito, o Código de Processo Civil estabelece uma clara distinção entre a jurisdição concorrente (CPC, artigo 88) e a jurisdição exclusiva (CPC, artigo 89). No caso da jurisdição concorrente, o Judiciário brasileiro pode exercer o seu poder sempre que (i) o réu seja domiciliado no Brasil, independentemente de sua nacionalidade, ou (ii) a obrigação tenha sido contraída no Brasil, ou (iii) a ação decorra de um fato ocorrido ou de um ato praticado no Brasil. No caso de jurisdição exclusiva brasileira, somente tribunais brasileiros podem exercer a jurisdição em ações relativas a direitos reais e para processar a sucessão e partilha de bens situados no Brasil, ainda que o falecido fosse estrangeiro e tenha vivido fora do território brasileiro.

29.2. Eleição de Foro

A jurisprudência brasileira tem sido vacilante quanto à autonomia da vontade para a eleição de foro estrangeiro. Podem ser encontradas decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em ambos os sentidos. Alguns ministros entendem que a simples manifestação de vontade das partes não pode afastar a jurisdição brasileira, porquanto as regras da jurisdição estatal são fundadas na soberania

nacional e não estão sujeitas à autonomia das partes. Em consequência, as partes são livres para modificar a competência territorial interna, mas não podem modificar a extensão da jurisdição nacional.⁶² Outros ministros, entretanto, entendem que não existe proibição para a eleição do foro em contratos internacionais.⁶³

Diante da indefinição jurisprudencial da mais alta corte brasileira incumbida de questões infraconstitucionais a respeito da escolha do foro em contratos internacionais firmados entre partes domiciliadas no Brasil, ou havendo uma obrigação a ser cumprida no Brasil, ou, ainda, quando houver um ato praticado ou um fato ocorrido no Brasil, o contrato deve ser cuidadosamente negociado e cautelosamente redigido.

29.3. Cooperação Judicial

As leis brasileiras são, geralmente, favoráveis à cooperação com tribunais de outros países. A Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) estabelece que os tribunais brasileiros devem processar os atos judiciais requeridos por meio de cartas rogatórias pelos tribunais estrangeiros competentes, desde que seja concedido a elas o necessário *exequatur* (artigo 12, parágrafo 2º, LICC).

De acordo com a Constituição, há necessidade de *exequatur* à carta rogatória para que seja determinada a realização de citação de réu domiciliado no Brasil, assim como para a obtenção de provas, por um juiz brasileiro de primeira instância (CF, artigo 105, inciso I, alínea "i"). A Emenda Constitucional nº 45, de 2004, transferiu a competência para a concessão do *exequatur* do Supremo Tribunal Federal (STF) para o Superior Tribunal de Justiça (STJ), e novas regras foram recentemente estabelecidas para o seu processamento.⁶⁴ O Presidente do STJ notifica o réu sobre o pedido contido na carta rogatória, e o réu pode impugnar o pedido, se houver ofensa à ordem pública brasileira, ou se não tiverem sido observadas as formalidades necessárias.

Ao lado das normas de direito positivo sobre cooperação judicial, aplicáveis a qualquer Estado estrangeiro, existem tratados bilaterais assinados pelo Brasil e alguns Estados estrangeiros, como a França (1985), a Espanha (1991), a Itália (1995), a Argentina (1995) e o Uruguai (1995). Esses tratados não têm

⁶² Resp 498835/SP, 3ª T., Relator Min. Nancy Andrighi, DJ 29/5/05; Resp 251438/RJ, 4ª T., Relator Min. Barros Monteiro, DJ 8/8/00.

⁶³ Resp 242383/SP, 3ª T., Relator Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 21/3/05; Resp 505208/AM, 3ª T., Relator Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 13/10/03.

⁶⁴ Para o texto completo da Resolução nº 9, de 4 de Maio de 2005, da Presidência do Superior Tribunal de Justiça, V. <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/368>.

idêntico teor, mas a maioria deles contém dispositivos para agilizar, até certo ponto, os atos necessários para se obter o *exequatur* do STJ.⁶⁵

Há também tratados multilaterais firmados pelo Brasil com relação à cooperação internacional entre países que mantêm relação política ou econômica especial com o Brasil. Esse é o caso dos países do continente americano – do sul, do centro e do norte –, reunidos na Organização dos Estados Americanos (OEA), bem como os países integrantes do Mercado Comum do Sul (Mercosul).

Os estados-membros da OEA firmaram uma série de convenções de direito internacional privado (as CIDIP's), algumas das quais relativas à cooperação judicial. É o caso da Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias (CIDIP-I, Panamá, 1975) e seu Protocolo Adicional (CIDIP-II, Montevidéu, 1979),⁶⁶ ambos promulgados no Brasil, em 1996.

De acordo com esses tratados, as notificações e as citações podem ser requeridas pelas partes interessadas, por meio do sistema judiciário, por intermédio de agentes consulares ou diplomáticos e por meio das autoridades centrais dos países requerentes e requeridos.

A principal inovação introduzida pela Convenção de Cartas Rogatórias foi o uso de autoridades centrais como intermediárias entre os tribunais dos países envolvidos, tomando possível transmitir os pedidos de cooperação com menos formalismo do que o normalmente usado por tribunais e canais diplomáticos. Um certo grau de uniformização procedimental também foi alcançado por essa Convenção, de modo que as exigências para o processamento das cartas rogatórias são aproximadamente as mesmas nos países em que ela estiver em vigor. Entretanto, alguns de seus dispositivos foram considerados inaplicáveis, tais como aquele que estabeleceu a possibilidade de comunicação direta entre juízes de países vizinhos, o que não pode ser aplicado no Brasil devido às regras constitucionais que determinam a necessidade do *exequatur* pelo STJ como condição de processamento da carta rogatória.

A concessão do *exequatur* na carta rogatória não implica o automático reconhecimento da jurisdição do país requerente, nem implica a obrigação de reconhecimento e execução da decisão que vier a ser proferida pelo tribunal estrangeiro.

⁶⁵ Para o texto completo dos tratados bilaterais, V. <http://www.mj.gov.br/drci/cooperacao/acordosinternacionais.htm>

⁶⁶ Para o texto completo da Convenção e seu Protocolo Adicional, V. <http://www.mj.gov.br/drci/cooperacao/Acordos%20Internacionais/Conven%27E3o%20interamericana%20sobre%20cartas%20rogat%F3rias.pdf>

Os procedimentos para o cumprimento do pedido constante da carta rogatória seguem as regras do Estado requerido, mas podem seguir algum requerimento especial feito pelo Estado requerente, desde que não seja incompatível com a ordem pública do Estado requerido. Em todo caso, o Estado requerido pode recusar o cumprimento da carta rogatória, quando considerar que o pedido viola manifestamente a sua própria ordem pública.

Existe tratado multilateral sobre cooperação judicial também no quadro do Mercosul – o Protocolo de Las Leñas, de 1992,⁶⁷ que contém regras facilitadoras do cumprimento de cartas rogatórias pelos Estados membros do Mercosul. O Protocolo de Las Leñas trata da citação, da notificação e de atos similares, bem como da obtenção de provas. Dispõe que a carta rogatória deve ser cumprida de ofício pela autoridade requerida, exceto quando se evidenciar alguma questão de ordem pública. Também estabelece que o cumprimento da carta rogatória não significa o automático reconhecimento da jurisdição do tribunal requerente. Os procedimentos seguem as regras do Estado requerido e as autoridades centrais são as intermediárias preferenciais entre os Judiciários envolvidos.

O Protocolo de Las Leñas dispensa a obrigação de prestar caução para custas e honorários advocatícios, normalmente exigidos de partes estrangeiras que litigam no Brasil.

29.4. Reconhecimento e Execução de Sentenças Estrangeiras no Brasil

O reconhecimento e a execução das sentenças estrangeiras têm estado, há longo tempo, presentes no direito brasileiro. No quadro legal atual, estão contemplados na Constituição Federal de 1988 e subsequente Emenda Constitucional nº 45 (artigo 102), na Lei de Introdução ao Código Civil (artigo 15), no Código de Processo Civil (artigos 483 e 484) e, finalmente, na Resolução nº 9 da Presidência do STJ.

Segundo as regras aplicáveis, a sentença estrangeira, para ser obrigatória no Brasil, deve (i) ter sido proferida por juiz competente, (ii) ter o réu citado para o processo, (iii) estar transitada em julgado e pronta para a execução no estado de origem, (iv) ter sido traduzida por um tradutor juramentado brasileiro, e (v) ter sido homologada pelo Superior Tribunal de Justiça.

⁶⁷ Para o texto completo do Protocolo de Las Leñas, V. http://www.mj.gov.br/mercosul/RMJ/Documenta%E7%E3o/3_Protocolo%20de%20Las%20Len%E3s%20espanhol_.pdf

O procedimento para o reconhecimento da sentença estrangeira pelo STJ exige que a parte interessada requeira a homologação, juntando cópia da sentença estrangeira, assim como de outros documentos necessários para a compreensão do pedido, tudo devidamente traduzido e autenticado.

Se a sentença estrangeira for incompatível com a ordem pública brasileira, ela não pode ser homologada; porém, se a incompatibilidade for parcial, a homologação também pode ser apenas parcial. Medidas antecipatórias ou provisórias também podem ser concedidas em procedimentos para o reconhecimento de sentenças estrangeiras, de modo a evitar que o réu frustre o propósito da homologação durante o tempo de seu processamento.

Se o réu desejar contestar o pedido de homologação da sentença estrangeira, somente pode fazê-lo questionando a autenticidade dos documentos, a compreensão do julgamento ou o respeito aos requisitos da Resolução nº 9, não se admitindo discutir o mérito da decisão, exceto, eventualmente, a questões de ordem pública.

Uma vez reconhecida pelo STJ, a decisão estrangeira pode ser executada pelo juízo federal de primeira instância.

Para evitar as incertezas e peculiaridades das várias leis nacionais sobre reconhecimento e execução das sentenças estrangeiras, tratados bilaterais e multilaterais buscaram criar um conjunto de condições uniformes para esse fim. O Brasil celebrou alguns tratados internacionais relativos ao reconhecimento e à execução das sentenças e laudos arbitrais estrangeiros, tanto no nível dos Estados-membros da OEA quanto do Mercosul.

A Convenção Interamericana sobre a Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros⁶⁸ foi assinada em Montevidéu, em 1979, e promulgada no Brasil em 1997. Esta Convenção outorga eficácia extraterritorial, em outros Estados-parte em que esteja em vigor, às sentenças ou laudos arbitrais estrangeiros proferidos em matéria cível, comercial ou trabalhista, em qualquer dos Estados-parte, desde que (i) seja considerada autêntica no estado de origem, (ii) a sentença e os documentos que a acompanham tenham sido traduzidos para a língua do Estado do reconhecimento, (iii) tenha sido autenticada na forma exigida pelas leis do Estado homologante, (iv) tenha sido proferida por tribunal competente na esfera internacional, de acordo com as leis do Estado da homologação, (v) o réu tenha sido citado em forma substancialmente equivalente àquela aceita pelas leis do Estado homologante, (vi) as partes tenham tido oportunidade de

⁶⁸ Para o texto completo da Convenção, V. <http://www2.mre.gov.br/dai/arbitral.htm>.

apresentar defesa, (vii) a decisão seja definitiva ou tenha efeito de coisa julgada no Estado de origem, e (viii) a decisão não esteja em manifesto desacordo com princípios e normas de ordem pública do Estado homologante.

A Convenção sobre Validade Extraterritorial se excede em exigências burocráticas, mas nada menciona sobre como determinar a jurisdição internacional do Estado de origem. Diante de tal omissão, outra convenção foi posteriormente elaborada – a Convenção Interamericana sobre Jurisdição na Esfera Internacional para a Eficácia das Decisões Estrangeiras –,⁶⁹ assinada em 1984, mas ainda não ratificada pelo Brasil. Essa Convenção tem sido criticada pelo seu escopo de aplicação extremamente limitado, o que possivelmente explica o fato de ter sido ratificada apenas por dois Estados da região (México e Uruguai).

Devido à situação confusa das convenções interamericanas sobre reconhecimento das sentenças estrangeiras, os Estados-parte do Mercosul trataram do assunto novamente no Protocolo de Las Leñas, em 1992. A notável inovação contida nesse instrumento a respeito do reconhecimento das sentenças estrangeiras é que o pedido pode ser processado por meio de carta rogatória, em lugar de o ser por meio de petição protocolada diretamente no Brasil pelo requerente, permitindo, com isto, que o processo tenha início no país de origem e seja conduzido por intermédio das respectivas autoridades centrais. Entretanto, deve ser salientado que a homologação pelo Superior Tribunal de Justiça não foi dispensada.

Apesar de a lei brasileira não considerar a litispendência em jurisdição estrangeira como prejudicial da jurisdição dos Tribunais brasileiros (CPC, art. 90), a litispendência constitui impedimento para o reconhecimento de sentença estrangeira sob o Protocolo de Las Leñas, caso a ação pendente tenha sido proposta antes da ação na qual tenha sido proferida a sentença estrangeira homologada (artigo 22).

Em complemento ao Protocolo de Las Leñas, os Estados-membro do Mercosul também definiram condições para a assunção de jurisdição internacional em matéria contratual, por meio do Protocolo sobre Jurisdição em Matéria Contratual,⁷⁰ assinado em Buenos Aires, em 1994, e promulgado no Brasil, em 1996.

⁶⁹ Para o texto completo da Convenção, V. <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/B-50.htm>

⁷⁰ Para o texto completo do Protocolo, V. http://www.mj.gov.br/mercosul/RMJ/Documenta%E7%E3o/5_Protocolo%20de%20Buenos%20Aires.pdf

29.5. Jurisdição dos Tribunais Arbitrais Internacionais

A lei brasileira de arbitragem – Lei nº 9.307, de 1996 –⁷¹ aceita e endossa a arbitragem internacional como mecanismo efetivo de solução de controvérsias envolvendo direitos patrimoniais e partes com capacidade de dispor sobre seus próprios direitos. Não há restrições para o uso das regras de arbitragem de instituições arbitrais estrangeiras ou internacionais, que são deixadas à escolha das partes envolvidas na convenção de arbitragem.

Apesar da liberdade das partes em contratos internacionais para estabelecer os mecanismos de soluções de controvérsias de sua escolha, a sentença arbitral proferida fora do território brasileiro necessita ser reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, como se faz com a sentença de tribunal estatal estrangeiro. O procedimento para a obtenção de tal reconhecimento é praticamente o mesmo da sentença judicial estrangeira, e também é regulado pela Resolução nº 9, de 2005, da Presidência do STJ.

Em acréscimo às previsões da lei brasileira de arbitragem, as regras da Convenção sobre o Reconhecimento e Execução de Laudos Arbitrais Estrangeiros de 1958 (Convenção de Nova York), ratificada e promulgada no Brasil em 2002, também se aplica ao reconhecimento de laudo arbitral estrangeiro no Brasil.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (anteriormente o tribunal competente para o reconhecimento de laudo arbitral estrangeiro), nos últimos anos, foi geralmente favorável, particularmente com a entrada em vigor da Lei de Arbitragem, de 1996, que dispensou o regime da dupla homologação que até então prevalecia. Ao se tornar competente para o reconhecimento das sentenças arbitrais estrangeiras, em 2004, o Superior Tribunal de Justiça tem tido atitude também favorável à arbitragem internacional envolvendo partes domiciliadas no Brasil, em consonância com a interpretação estabelecida pela Convenção de Nova York.

⁷¹ Para o texto completo, V. http://legislacao.planalto.gov.br/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%209.307-1996?OpenDocument

