

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
Faculdade de Direito

**DECISÕES JUDICIAIS DISFUNCIONAIS E O
CONTROLE DE CONDUTAS ANTICONCORRENCIAIS**

Dissertação apresentada como requisito para
obtenção a do grau de mestre em direito perante
a Faculdade de Direito da Universidade de
Brasília.

Orientação: Prof. Dra. Ana de Oliveira Frazão

Renato Henrique Caumo

Brasília-DF
Março de 2014

Nome: Renato Henrique Caumo

Título: Decisões judiciais disfuncionais e o controle de condutas anticoncorrenciais

Data da defesa em ___/___/___

Banca Examinadora

À Ana, Camila, e Kátia,
os meus sinceros agradecimentos!

RESUMO

O presente estudo analisa determinados argumentos favoráveis e contrários à atuação dos órgãos integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) no controle de condutas que decorram do estrito cumprimento de uma decisão judicial inter partes, válida e transitada em julgado, cuja fruição produza efeitos disfuncionais do ponto de vista da livre concorrência.

Em síntese, considera-se “efeito disfuncional” aquele por meio do qual um agente econômico, ou grupo reduzido de agentes econômicos, é validamente dispensado, em razão da referida decisão judicial, de cumprir uma regra geral cuja aplicação permanece obrigatória com relação aos seus concorrentes, que continuam a incorrer nos custos e despesas necessários para tanto.

Dessa maneira, o efeito disfuncional cria uma assimetria de mercado que pode representar uma vantagem competitiva arbitrária, e impossível de ser replicada, em favor de alguns poucos agentes econômicos beneficiados, em prejuízo de seus competidores e da livre concorrência como um todo.

A fim de combater tais efeitos perniciosos, se e quando verificados, propõe-se reconhecer uma nova dimensão à atuação do SBDC, no sentido de considerar eventuais impactos negativos dos referidos efeitos disfuncionais como condutas concorrenciais passíveis de regulação na forma da Lei nº 12.529/11.

Palavras-chave: assimetria de mercado, SBDC, CADE, condutas anticoncorrenciais, decisões disfuncionais.

ABSTRACT

This paper reviews certain arguments on whether Brazilian antitrust authorities would have powers to regulate determined actions supported by a valid court order not subject to appeal whenever said order benefits a single party in a way that is adverse or dysfunctional to competition in a relevant market.

A court order is believed adverse or dysfunctional to competition whenever such an order discharges a market participant, individually or as a group, from complying with a general rule that remains binding to other market participants, which other market participants will then incur in cost and expenses that are no longer applicable only with respect to themselves.

In practical terms, such a court order creates a market asymmetry that may represent an arbitrary advantage to the market participant to whom it was awarded, thereby being potentially harmful for competition to the extent that such an order cannot be replicated by competitors.

By way of conclusion, this paper argues that there are sound arguments to support the view that Brazilian antitrust authorities have powers to curb adverse or dysfunctional effects to competition deriving from actions supported by such a court order, if and when said effects are verified.

Key-words: market asymmetry, SBDC, CADE, anticompetitive actions, dysfunctional court orders.

SIGLAS E ABREVIACÕES UTILIZADAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AMS	Apelação em Mandado de Segurança
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CF/88	Constituição Federal de 1988
CPC	Código de Processo Civil
CSLL	Contribuição social sobre o lucro líquido
CTN	Código Tributário Nacional
IRPJ	Imposto de renda da pessoa jurídica
LIDB	Lei de Introdução ao Direito Brasileiro
PGFN	Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RFB	Secretaria da Receita Federal do Brasil
SBDC	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TRF	Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

I. INTRODUÇÃO.....	11
1.1. Formulação do problema, objetivos e justificativa	11
1.2. Hipótese de trabalho	15
1.3. Metodologia de análise	18
II. DOIS JULGADORES... E MUITAS MEDIDAS!.....	21
2.1. Resolvendo os males do Brasil, uma canetada de cada vez	21
2.2. Argumentos pela (in)constitucionalidade da CSLL.....	24
2.2.1. Necessidade de lei complementar e bitributação.....	25
2.2.2. Vício de destinação e administração.....	28
2.2.3. Princípio da anterioridade	31
2.3. O Poder Judiciário desempenha a sua função.....	33
2.3.1. Discussão em primeira e segunda instâncias.....	34
2.3.2. Decisões do STF	36
2.3. Resultado final: mortos, feridos, e a coisa julgada	38
III. É ASSIM, E NÃO SE DISCUTE: A COISA JULGADA	41
3.1. Coisa julgada material e formal	41
3.2. Ação rescisória e embargos do devedor	44
3.3. Inexistência e superação da coisa julgada.....	48
3.3.1. Elementos da sentença que não fazem coisa julgada.....	48
3.3.2. Aplicação da Súmula 239 do STF.....	51
3.3.3. Modificação no estado de direito das relações continuativas	55
3.3.4. Relativização da coisa julgada.....	60
3.4. Quando todos tem razão: contraposição de direitos	62
3.4.1. Igualdade, livre iniciativa, liberdade de empresa e livre concorrência.....	62
3.4.2. Coisa julgada, prestação jurisdicional e estabilização das pretensões sociais...	66
3.4.3. Ponderação e resposta certa.....	67
3.5. Quando ninguém tem razão: ainda a CSLL!.....	73
3.5.1. O estágio atual da controvérsia que não acaba nunca	73
3.5.2. Uma emenda pior que o soneto: instrumentos desafinados.....	75
VI. A SOLUÇÃO MENOS RUIM.....	77
4.1. E agora, quem poderá nos defender?.....	77
4.2. Uma nova dimensão para a atuação das autoridades antitruste.....	81
4.2.1. Conceitos gerais, marco teórico e a hipótese de trabalho.....	81
4.2.2. A problemática do cumprimento assimétrico de uma Regra Geral	85
4.2.3. Configuração do ilícito concorrencial	92
4.3. Efetiva atuação das autoridades antitruste	97
4.3.1. Repasse da economia aos preços praticados	101
4.3.2. A difícil questão dos lucros arbitrários	103
4.4. Medidas práticas e ineficiência do acesso ao Poder Judiciário	106
4.4.1. O desafio de regular uma situação fluída	108
4.4.2. O estopim de uma crise institucional e o mínimo essencial.....	110
V. CONCLUSÃO.....	114
VI. BIBLIOGRAFIA	118

I. INTRODUÇÃO

1.1. Formulação do problema, objetivos e justificativa

Esta dissertação analisa determinados argumentos favoráveis e contrários à atuação dos órgãos integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (“SBDC”) no controle de condutas que decorram do estrito cumprimento de uma decisão judicial *inter partes*, válida e transitada em julgado,¹ cuja fruição produza efeitos disfuncionais do ponto de vista da livre concorrência.

De maneira geral, considera-se ser amplamente aceito e reconhecido que a solução de conflitos entre partes litigantes² seja um dos papéis fundamentais do Poder Judiciário, bem como que tais soluções geralmente importam o reconhecimento das pretensões de pelo menos uma das partes litigantes, e que muitas vezes acarreta alguma alteração, mesmo que marginal, da situação jurídica e econômica em que tais partes se encontravam no momento imediatamente anterior ao litígio.

Nesse contexto, para fins do presente estudo, não interessa saber se o Poder Judiciário julgou determinada demanda específica de maneira “adequada ou inadequada,” “acertada ou equivocada,” “justa ou injusta.” Tampouco interessam, ainda, o conteúdo do direito invocado pelas partes, ou quaisquer outros aspectos práticos, conceituais, ou filosóficos que tenham sido discutido em juízo.

Outrossim, interessa apenas que uma decisão judicial seja verdadeiramente disfuncional no sentido que se propõe, ou seja, que seja uma decisão individual, com eficácia *inter partes*, transitada em julgado, e que isente determinado agente econômico (“Parte Beneficiada”) do cumprimento de alguma regra jurídica de caráter geral, *e.g.* regras ambientais, fiscais, regulatórias etc. (“Regra Geral”), cuja aplicação continue compulsória com relação a determinado grupo de pessoas físicas ou jurídicas

¹ Ou seja, uma decisão judicial com certificação formal de trânsito em julgado nos autos do processo, e cujo conteúdo não seja mais passível de questionamento por meio de uma ação rescisória, sob qualquer fundamento que seja.

² Aqui entendidas como partes que possuam pretensões jurídicas incompatíveis.

(“Jurisdicionados”) do qual a Parte Beneficiada faça parte (“Decisão Disfuncional”). Nesses casos, propõe-se que a configuração de uma Decisão Disfuncional dependa, ainda, da verificação de pelo menos três elementos principais.

Primeiro, que uma das partes litigantes seja uma pessoa legitimada (“Autoridade”) a exigir que os Jurisdicionados observem uma determinada Regra Geral, e que (i) nem a Autoridade possa deixar de exigir o cumprimento da Regra Geral por parte dos Jurisdicionados, e (ii) nem os Jurisdicionados possam deixar de se comportar da maneira exigida pela Autoridade com base na Regra Geral.³ Assim, tanto a aplicação quanto a observância da Regra Geral devem ser compulsórias.

Segundo, que a Regra Geral seja amplamente conhecida pela Autoridade e pelos Jurisdicionados, e que seu cumprimento seja demandado pela Autoridade de maneira homogênea com relação a todos os Jurisdicionados. Ou seja, casuísmos não podem ser tolerados.

Terceiro, a Decisão Disfuncional deve obrigar a Autoridade a tolerar justamente esse tipo de casuísmo que foi afastado pela segunda premissa, mas apenas com relação a uma determinada pessoa dentre os Jurisdicionados. Assim, exceto por essa pessoa protegida pela Decisão Disfuncional (*i.e.* a Parte Beneficiada), todos os demais Jurisdicionados continuarão obrigados ao cumprimento da Regra Geral.

Logo, para que uma Decisão Disfuncional seja verdadeiramente disfuncional, no sentido aqui proposto, ela deve criar ou permitir uma assimetria de comportamentos dentro de um grupo que, de outra maneira, estaria obrigado a um comportamento homogêneo.

Por óbvio, o caráter disfuncional de uma Decisão Disfuncional pressupõe ainda que (a maioria dos) outros Jurisdicionados não disponham de uma decisão judicial semelhante,⁴ seja pelo fato de não terem questionado a Regra Geral perante o Poder Judiciário, seja porque seus processos individuais foram decididos de maneira

³ Ao menos não de maneira voluntária, ou sem incidir em qualquer espécie de sanção ou penalidade.

⁴ Ou que não possam obtê-la rapidamente, com custo baixo.

diversa, ou ainda porque já litigam a questão mas, até então, ainda não obtiveram o trânsito em julgado de decisões judiciais igualmente disfuncionais em seu favor.

Além disso, a problemática sugerida só faz sentido quando uma Decisão Disfuncional é analisada sob a perspectiva de Jurisdicionados inseridos no mesmo contexto socioeconômico, de maneira que a Parte Beneficiada possa explorar a assimetria criada a fim a obter uma vantagem comparativa com relação aos demais Jurisdicionados. O exemplo óbvio, que será discutido a seguir, é o caso de empresas concorrentes atuando de maneira competitiva no mesmo mercado relevante.

Como premissa menor também se assume a inexistência de uma decisão judicial com eficácia *erga omnes* no mesmo sentido da Decisão Disfuncional, ou ainda de resolução do Senado Federal editada nos termos do inciso X do artigo 52 da CF/88, pois, nesse caso, a situação de assimetria jurídica que ora se discute possivelmente deixará de existir, ressalvada a análise das situações de fato ou de direito verificadas no interregno entre a prolação da Decisão Disfuncional e a decisão *erga omnes* ou Resolução do Senado Federal.⁵

Isso posto, o objetivo geral do presente trabalho é verificar a possibilidade teórica de configuração de abuso de poder econômico ou ilícito concorrencial ante o legítimo cumprimento de uma Decisão Disfuncional e, mais especificamente, se existem argumentos jurídicos convincentes para defender a atuação do SBDC no sentido de regular ou interferir na fruição do direito reconhecido por uma Decisão Disfuncional quando isso acarretar dano à livre concorrência.

Em linhas gerais, o tema escolhido se mostra relevante em virtude da aparente inclinação do sistema jurídico brasileiro à disfuncionalidade, pois combina (i) uma

⁵ Parece existir um campo de análise interessante no que se refere a possibilidade, ou não, de uma Decisão Disfuncional subsistir mesmo após a prolação de uma decisão judicial com eficácia *erga omnes*, como por exemplo uma decisão em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade. Essa discussão, contudo, não será abordada no presente trabalho e, por questão de simplicidade, será assumida a hipótese da não-subsistência da Decisão Disfuncional, bem como feita a ressalva de que futuros estudos sobre o tema podem levar a uma conclusão diversa da ora assumida. Em sentido semelhante, também parece existir campo fértil para a análise teórica de diversos casos e possibilidade nos quais o STF decide pela modulação dos efeitos de decisões com eficácia *erga omnes*, ou faz “interpretação conforme à Constituição” etc. A análise desses casos e possibilidades, contudo, ficará reservada para uma outra oportunidade.

dinâmica de controle de constitucionalidade ou legalidade das normas primordialmente repressiva, seja em concreto ou abstrato (MENDES, 1999:255), com (ii) um amplo grau de autonomia no desempenho da atividade judicante (princípio do livre convencimento dos magistrados), e (iii) um grau bastante reduzido de vinculação efetiva das decisões judiciais em primeira e segunda instâncias ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal (“Tribunais Superiores”) sobre uma mesma matéria.

Nesse sentido, não se ignora os diversos esforços envidados para aumentar a esfera de vinculação das decisões dos Tribunais Superiores, tais como os mecanismos de repercussão geral (artigo 543-B do CPC), e a sistemática dos recursos repetitivos (artigo 543-C do CPC), ou mesmo diversas aplicações pontuais de teorias e mecanismos de jurisdição constitucional mais sofisticados, tais como as teorias da “abstrativização do controle difuso,” da “transcendência dos motivos determinantes,” das “sentenças manipulativas” etc. (LEAL, 2012:100).

Entretanto, também não se pode deixar de notar que mudanças na orientação e jurisprudência dos Tribunais Superiores são relativamente comuns, que o estoque de decisões verdadeiramente vinculantes ainda é representativamente baixo em virtude da novidade dos institutos jurídicos mencionados anteriormente, que teorias e mecanismos de jurisdição constitucional não-expressamente encampados pelas normas jurídicas vigentes tem aceitação e aplicação bastante limitada, e, principalmente, que muitas vezes se verifica um longo hiato entre a promulgação de normas “passíveis de questionamento” e a decisão conclusiva dos Tribunais Superiores sobre a sua legalidade ou constitucionalidade.

Trata-se, portanto, de uma realidade claramente desafiadora, que vem sendo progressivamente transformada pelos esforços de diversos protagonistas, mas com relação à qual uma mudança de paradigmas mais acentuada possivelmente demandará um tempo considerável, talvez melhor mensurado em décadas.

Por outro giro, indicadores econômicos tem registrado progressivo crescimento e desenvolvimento do mercado brasileiro, seguido pela consolidação do sistema de governo, e por um sensível amadurecimento das instituições. Tudo a

sugerir, que a preservação do ambiente concorrencial, por meio do combate a desequilíbrios e condutas anticompetitivas (SALOMÃO FILHO, 2003:54), deve ser encarada com crescente seriedade.

Assim, tendo em vista que muitas Decisões Disfuncionais parecem, de fato, ter o potencial de ocasionar graves desequilíbrios concorrenciais, sobretudo em mercados competitivos nos quais as margens operacionais sejam reduzidas, a discussão ora proposta assume um caráter notadamente importante, tanto por conta de suas implicações teóricas para o panorama atual do sistema jurídico brasileiro, quanto por suas potenciais implicações transformadoras, caso colocada em prática.

1.2. Hipótese de trabalho

A existência de múltiplas possibilidades com relação às Decisões Disfuncionais, bem como a amplitude do campo de análise com relação aos demais elementos relevantes apontados anteriormente, impõem a necessidade de maior delimitação de escopo, o que se pretende alcançar por meio da identificação de uma única hipótese de trabalho que seja suficientemente representativa da problemática ora identificada.

Por conveniência e praticidade, a hipótese de trabalho selecionada se refere a uma questão jurídica concreta, de natureza tributária, que será descrita em detalhes no Capítulo seguinte, e analisada a partir do esquema teórico proposto a seguir.

Em apertada síntese, a questão jurídica leva em consideração os seguintes elementos principais:

(a) após a promulgação da Lei nº 7.689, de 16 de dezembro de 1988 (“Lei nº 7.689/88”) (*i.e.* Regra Geral), diversos contribuintes (*i.e.* Jurisdicionados) ajuizaram medidas judiciais individuais contra a União Federal⁶ (*i.e.* Autoridade) para não serem obrigados a recolher o tributo criado, a que se denominou Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (“CSLL”);

⁶ Ou que lhe fizesse às vezes em cada processo individual, com por exemplo Delegados da Receita Federal do Brasil em sede de mandados de segurança etc.

(b) a maior parte dessas medidas judiciais foram consideradas improcedentes pelo Poder Judiciário, e atualmente a CSLL representa um dos principais tributos brasileiros, amplamente recolhida pelos mais diversos contribuintes, e responsável por uma arrecadação total de R\$ 65,7 bilhões apenas em 2013;⁷ e

(c) entretanto, uma pequena parcela das referidas medidas judiciais foi julgada procedente em razão dos mais diversos motivos que se possa imaginar, tais como divergência de entendimento por parte de julgadores, diferença de habilidade entre os advogados dos contribuintes, equívocos processuais etc.⁸ e, com o seu trânsito em julgado, deram origem a Decisões Disfuncionais.

Para fins do presente trabalho, a questão jurídica descrita anteriormente será analisada dentro de um cenário hipotético no qual:

(a) um contribuinte (Parte Beneficiada) explora a assimetria criada por uma dessas Decisões Disfuncionais para concorrer em condição de desigualdade com as demais empresas (Jurisdicionados) que atuam no mesmo mercado relevante sem o amparo de uma decisão semelhante; e

(b) no momento imediatamente anterior ao trânsito em julgado da Decisão Disfuncional, a Parte Beneficiada e os Jurisdicionados eram empresas absolutamente idênticas, e detinham percentual de participação (*market share*) equivalente de um mesmo mercado relevante, no qual atuavam em situação de concorrência.

⁷ BRASIL, Secretaria da Receita Federal do. Análise da arrecadação das receitas federais, Dezembro de 2013, disponível no sítio eletrônico <<http://www.receita.fazenda.gov.br/publico/arre/2013/Analisemensaldez13.pdf>>, acesso em 24.02.2014.

⁸ Na prática, cada caso é um caso e, contanto que a decisão seja assimétrica e disfuncional no sentido descrito acima –ou seja, que efetivamente (i) isente um determinado contribuinte do recolhimento da CSLL, (ii) tenha transitado em julgado, e que não exista possibilidade de ser modificada, e (iii) outros contribuintes em situação semelhante não sejam beneficiados por decisões no mesmo sentido–, as circunstâncias que levaram a sua prolação pouco importam para a discussão.

Nesse contexto, a Decisão Disfuncional relativa à CSLL essencialmente permite que a Parte Beneficiada passe a operar com ao menos 9%⁹ de margem de lucro a mais do que os demais Jurisdicionados,¹⁰ e sem que essa vantagem decorra da capacidade gerencial dos administradores ou méritos do modelo de negócios da Parte Beneficiada, e sem que outros Jurisdicionados tenham qualquer expectativa razoável de obter uma Decisão Disfuncional semelhante no curto prazo.

Ressalte-se que o uso de uma controvérsia tributária visa apenas permitir uma visualização mais clara e imediata das consequências práticas que podem decorrer do problema teórico proposto, pois esse tipo de disputa normalmente gira em torno do recolhimento (ou não) de um valor passível de determinação em moeda corrente, o que facilita a mensuração da vantagem competitiva auferida pela Parte Beneficiada.

Nesse sentido, a relação entre a vantagem ocasionada por uma Decisão Disfuncional em matéria tributária e o seu impacto concorrencial é direta e imediata, pois a Parte Beneficiada pode simplesmente (i) repassar o benefício aos seus consumidores, e assim oferecer seus produtos¹¹ por preços mais baixos, (ii) repassar o benefício aos seus sócios e acionistas, tornando-se assim uma opção mais atrativa para potenciais investidores ou financiadores, (iii) utilizar os recursos de outra maneira que lhe coloque em posição de vantagem em face dos Jurisdicionados, ou (iv) alguma combinação dessas possibilidades.

Por fim, convém ressaltar que muito embora a hipótese de trabalho seja representativa da controvérsia sob análise, ela não deve ser considerada “única” ou “exaustiva,” tanto pelo fato de ser possível conceber diversas outras hipóteses de Decisões Disfuncionais em matérias tributárias quanto, ainda, Decisões Disfuncionais sobre matérias relacionadas a outros ramos da ciência jurídica.

⁹ Ou 15%, no caso de uma instituição financeira sujeita ao disposto no artigo 17 da Lei nº 11.727, de 23 de junho de 2008.

¹⁰ Assume-se, ainda, que se tratam de empresas de grande porte, sujeitas ao recolhimento do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica segundo a sistemática do lucro real e, portanto, da CSLL apurada sobre uma base de cálculo semelhante.

¹¹ Para fins de simplificação o termo “produtos” fará referência tanto a produtos propriamente ditos (bens tangíveis), quanto a quaisquer outras coisas que o agente econômico comercializar, sejam elas serviços, intangíveis, operações financeiras e investimentos etc., a menos que expressamente indicado de outra maneira.

Nesse sentido, deve-se ainda ter em mente que o presente estudo é um trabalho acadêmico, e não faz qualquer ilação, ou chega a quaisquer conclusões, com relação a qualquer pessoa física ou jurídica, ou grupo de empresas, que por ventura seja parte em processos judiciais ou administrativos que envolvam um ou mais dos elementos descritos anteriormente, ou que de outra forma se encontre em situação semelhante, seja com relação à CSLL, outro tributo, ou qualquer outra norma que possua o caráter de Regra Geral. O autor reconhece que casos concretos invariavelmente possuem particularidades relevantes, que podem alterar a conclusão final, e, portanto, devem ser analisados de maneira individualizada.

1.3. Metodologia de análise

A presente análise considera que o problema teórico apresentado decorre, em grande medida, de uma característica peculiar dos sistemas jurídicos, qual seja, serem usualmente considerados sistemas unitários sob a perspectiva de interação entre as regras que os compõem, mas, também, ao mesmo tempo, serem sistemas abertos para a realidade social, cujas regras podem ser interpretadas em função da concepção que se tem de certos princípios e valores.

Dessa forma, a abordagem metodológica que será empregada na análise da hipótese de trabalho é eminentemente hermenêutica, e envolve tanto uma investigação quanto ao sentido e interação das regras jurídicas que permitem a prolação e subsistência de uma Decisão Disfuncional, quanto a tentativa de construção de um raciocínio jurídico para subsidiar um discurso legitimador da atuação do SBDC na regulação dos efeitos anticoncorrenciais das Decisões Disfuncionais. Para tanto, propõe-se abordar o tema sob três perspectivas diferentes.

Em primeiro plano, a investigação quanto ao contexto de prolação e subsistência das Decisões Disfuncionais levará em consideração o método dedutivo, por meio do qual se buscará “explicar o conteúdo das premissas [p]or intermédio de uma cadeia de raciocínio em ordem descendente, de análise do geral para o particular” (DA SILVA, 2005:25).

Nesse aspecto, pretende-se demonstrar que determinados elementos da cultura judicial e do sistema jurídico brasileiro favorecem o surgimento de Decisões Disfuncionais e, ao mesmo tempo, praticamente inviabilizam o efetivo gerenciamento ou erradicação desse tipo de assimetria por parte do Poder Judiciário.

Em segundo plano, este trabalho adotará o método dialético para construir uma proposta de solução para a problemática das Decisões Disfuncionais que considere tanto o seu contexto jurídico quanto, de certa maneira, também o “contexto social, político, econômico, etc.” na qual está inserida (DA SILVA, 2005:25).

Procura-se, com isso, subsidiar um discurso jurídico que possa superar a aparente tensão semântica entre “disfuncionalidade” e respeito à “coisa julgada” e, assim, formular uma resposta à hipótese de trabalho que seja condizente com os objetivos propostos. Em especial, procura-se identificar elementos que auxiliem na interpretação e construção do sentido de determinados princípios e normas jurídicas de textura aberta que conduzirão a uma solução válida para o problema proposto.

Por fim, este trabalho pretende se valer o método hipotético-dedutivo para confirmar a validade e adequação da solução proposta por meio da formulação de hipóteses ou conjecturas que procurem desqualificá-la (GIL, 1999:30). Nesse sentido, um resultado positivo será aquele no qual nenhuma das hipóteses ou conjecturas formuladas sejam suficientemente persuasivas para desqualificar a validade ou adequação da solução que for encontrada para a problemática proposta.

O emprego de múltiplos métodos de raciocínio visa ampliar “as possibilidades de análise e obtenção de respostas para o problema proposto na pesquisa” (DA SILVA, 2005:28).

Considerado o cenário descrito anteriormente com relação às Decisões Disfuncionais, é curioso, e sintomático, que a obtenção de uma resposta satisfatória, na forma pretendida, provavelmente não possa ser obtida por meio de único método de raciocínio, especialmente por se tratar de uma análise hermenêutica que (i) não pode deixar de enfrentar certos pontos de fricção entre as diversas regras e princípios

jurídicos envolvidos, mas que (ii) para tanto, não pode contar com o apoio de regras claras, interpretações firmes, ou mesmo jurisprudência realmente pacificada.

II. DOIS JULGADORES... E MUITAS MEDIDAS!

2.1. Resolvendo os males do Brasil, uma canetada de cada vez

Em 07 de dezembro de 1988, poucas semanas após a promulgação da Constituição Federal de 1988 (“CF/88”),¹² o então Presidente da República editou a Medida Provisória nº 22 (“MP nº 22/88”)¹³ –convertida na Lei nº 7.689/88¹⁴ logo em seguida–, visando instituir “contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas” e dar outras providências. Estava criada a CSLL, e instaurada uma controvérsia jurídica que, de certa maneira, perdura até hoje.

A referida controvérsia pode ser decomposta em três discussões diferentes, suportadas por argumentos distintos, mas que convergiam para um ponto em comum: na opinião de muitos contribuintes, acatada por vários magistrados, a CSLL teria sido instituída de maneira inadequada e, portanto, não poderia ser cobrada. Ao menos não com relação aos fatos geradores ocorridos no ano de 1988.

Alguma contextualização histórica parece ser útil para melhor compreender a natureza, e a extensão, do problema.

A CF/88 acabara ser promulgada, trazendo “em seu bojo uma série de benefícios sociais[, *dentre os quais, um*] novo sistema de aposentadoria e pensões, que assegura ao inativo benefícios compatíveis com os proventos percebidos quando em atividade; a extensão desses benefícios ao trabalhador rural; a melhoria das condições do seguro desemprego; e o abono anual equivalente a um décimo quarto salário para os trabalhadores de menor renda, além de outros”.¹⁵

¹² Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988, disponível no sítio eletrônico <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>, acesso em 15.10.2013.

¹³ Medida Provisória nº 22, de 07 de dezembro de 1988, disponível no sítio eletrônico <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/1988-1989/022.htm>, acesso em 15.10.2013.

¹⁴ Lei nº 7689, de 16 de dezembro de 1988, disponível no sítio eletrônico <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7689.htm>, acesso em 15.10.2013.

¹⁵ Exposição de motivos da MP nº 22/88, Diário do Congresso Nacional - 9/12/1988, p. 1096.

De modo geral, o legislador constitucional de 1988 fora generoso com diversos setores menos privilegiados da sociedade brasileira: numa única canetada, muitos direitos sociais foram assegurados em favor de cidadãos que, até então, eram largamente ignorados pelo Estado.

Ocorre que a efetiva implementação de quaisquer direitos invariavelmente implicam custos extras ao Estado (HOLMES, 2000:35) e, portanto, dependem da existência e alocação de recursos orçamentários. Contudo, no final de 1988 o Estado brasileiro estava virtualmente falido.

A inflação, antes latente, saíra definitivamente do controle das autoridades monetárias, ultrapassando os 25% ao mês (TENDÊNCIAS, 2007:3). Uma “década perdida” de planos econômicos fracassados se assomava no horizonte. E o redirecionamento de recursos, ainda que teoricamente possível, provavelmente não seria uma opção realista naquele momento de consolidação da nova ordem institucional.

A solução, portanto, passava pela conhecida via do aumento da carga tributária. Contudo, já no Brasil daquela época, nem mesmo um singelo e (aparentemente) bem intencionado aumento de tributos podia prescindir de algum grau de ofuscação e subterfúgio.

A matriz fiscal brasileira tinha acabado ser repartida, outra vez. Atores políticos ganharam e perderam aspectos competência tributária ativa, e parcela relevante dos orçamentos dos entes federados foram atreladas a grupos de despesas específicos, ou então “carimbadas” para rateio ou repasse.

Pouco adiantaria, portanto, aumentar determinados impostos federais, pois, no final das contas, apenas parte da arrecadação terminaria efetivamente nos cofres do Tesouro Nacional, já que as regras de partilha previstas no artigo 157 e seguintes da CF/88 determinam repasses percentuais aos Estados e Municípios.

Por outro lado, já há algum tempo se cortejava a sedutora, porém perigosa, figura das contribuições sociais. Uma contribuição social, em termos práticos, pode

ser definida como “ingressos [tributários] necessariamente direcionados a instrumentar (ou financiar) a atuação da União (...) no setor da ordem social” (AMARO, 2005:53). Logo, uma de suas características principais é a vinculação quase que absoluta do produto de sua arrecadação,¹⁶ que, assim, escapa à regra do repasse ou rateio obrigatório em favor dos demais entes federados.

E foi assim que, nos termos do artigo 195, da CF/88, estabeleceu-se que a seguridade social seria “financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta (...), mediante recursos orçamentários e das contribuições sociais dos empregadores, incidentes sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro”, bem como por outras fontes instituídas em lei.¹⁷

O inconveniente, por outro lado, era a falta de clareza quando ao funcionamento dos diversos mecanismos jurídicos envolvidos. Muitas regras constantes da recém-editada CF/88 seriam aplicadas pela primeira vez, incluindo aspectos relevantes relacionados à efetiva criação das contribuições previstas no artigo 195, bem como aos seus contornos e limites constitucionais, em especial com relação à definição das bases de cálculo.

Não que a frágil situação do país naquela época comportasse grandes aventuras arrecadatórias, ou fosse possível acreditar que contribuintes combalidos iriam simplesmente aceitar a cobrança de mais um tributo, ainda mais de um tributo cuja constitucionalidade era questionável. Uma disputa jurídica seria quase certa.

Contudo, o que ocorreu em seguida pode ser descrito como mais complexo e visceral que uma simples disputa jurídica. Em questão de poucos meses, o embate entre fisco e contribuintes degenerou para uma verdadeira guerra de trincheiras, com

¹⁶ Ironicamente, o artigo 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (“ADCT”) determina a desvinculação de “20% (vinte por cento) da arrecadação da União de impostos, contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, já instituídos ou que vierem a ser criados até a referida data, seus adicionais e respectivos acréscimos legais” de “de órgão, fundo ou despesa.” Trata-se, em linhas gerais, da chamada Desvinculação das Receitas da União (“DRU”), que essencialmente coloca embaralha as linhas mestras de direito tributário e financeiro delineadas na CF/88, e permite que a União trate parte do produto da arrecadação das contribuições sociais (recursos “carimbados”) como impostos (recursos “livres”).

¹⁷ Op cit 15.

idas e vindas, vitórias e derrotas, travada ao longo das muitas instâncias e reentrâncias do Poder Judiciário. E que, de certa maneira, continua até hoje, em menor escala.

2.2. Argumentos pela (in)constitucionalidade da CSLL

Desde o início, a formatação da CSLL, prevista nos artigos 1ºs da MP nº 22/88 e da Lei nº 7.689/88, foi de uma “contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas, destinada ao financiamento da seguridade social.”¹⁸

De maneira semelhante, tanto a MP nº 22/88 quanto a Lei nº 7.689/88, identificaram a base de cálculo da CSLL (artigo 2º) como “o valor do resultado do exercício, antes da provisão para o imposto de renda,” devidamente ajustado por adições e exclusões que, em termos práticos, acabavam por torná-la essencialmente (intencionalmente?) semelhante ao próprio IRPJ.

Tão semelhante que a MP nº 22/88 e Lei nº 7.689/88 determinaram se aplicar à CSLL, “no que couber, as disposições da legislação do imposto de renda referente à administração, ao lançamento, à consulta, à cobrança, às penalidades, às garantias e ao processo administrativo,” outorgando, ainda, a sua administração e fiscalização à RFB (artigo 6º).

De fato, ao longo dos anos que se seguiram, alterações legislativas subsequentes contribuíram para tornar a apuração das bases de cálculo da CSLL e do IRPJ ainda mais semelhantes, ao ponto que, em termos práticos, ambos os tributos se tornaram praticamente indissociáveis, sob a perspectiva do contribuinte.

Por fim, o artigo 8º da MP nº 22/88, reprisado na Lei nº 7.689/88, determinou que a CSLL seria devida, então à alíquota de 8% ou 12% (artigo 3º) já no ano seguinte –ou seja, alguns dias depois, em 1989–, em parcelas mensais calculadas sobre o resultado apurado em 1988, na forma do artigo 5º.

¹⁸ Op cit 14.

Com isso, teve início uma verdadeira enxurrada de questionamentos judiciais, nos quais praticamente todos os aspectos da CSLL descritos acima seriam discutidos sob grande variedade de pontos de vista, cuja análise individualizada poderia ser objeto de um trabalho acadêmico independente.

Assim, para fins de simplicidade, os principais questionamentos quando à cobrança da CSLL são aqui grupados em três principais conjuntos, selecionados em função de sua prevalência nos julgamentos mais emblemáticos do STF sobre a matéria, quais sejam, dos Recursos Extraordinários n^{os} 138.284-8/CE¹⁹ e 146.733-9/SP²⁰ (respectivamente “RE n^o 138284/CE” e “RE n^o 146733/SP”), e da Ação Direta de Inconstitucionalidade n^o 15-2/DF²¹ (“ADI n^o 15/DF”).

2.2.1. Necessidade de lei complementar e bitributação

O principal elemento do primeiro conjunto é o argumento pela suposta necessidade de lei complementar para se instituir a CSLL,²² o que, por consequência, macularia tanto a sua criação por meio da MP n^o 22/88, quanto sua posterior conversão na Lei n^o 7.689/88.

A tese que suportava esse o argumento levava em consideração a remissão constante do *caput* do artigo 149 ao inciso III do artigo 146, ambos da CF/88, e pressupunha que a exigência de “lei complementar” prevista neste último dispositivo se aplicaria à instituição de quaisquer as contribuições sociais criadas ao amparo do artigo 195, como é o caso da CSLL:

“Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse de

¹⁹ STF. Recurso Extraordinário n^o 138.284-8/CE, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 28.08.1992.

²⁰ STF. Recurso Extraordinário n^o 146.733-9/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 06.11.1992.

²¹ STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade n^o 15-2/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 31.08.2007.

²² Op. cit. 19, p. 444.

categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto no artigos 146, III, e 150, I e III, sem prejuízo do previsto no artigo 195, §6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo. (...)

Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

III – estabelecer normas gerais em matéria tributária, especialmente sobre:

- a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;
- b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição, e decadência tributários;
(...).” (Não destacado no original.)

Assim, caso as “regras gerais” mencionadas no inciso III do artigo 146 da CF/88 fossem entendidas como “regras gerais para cada tributo, tomado de maneira individual,” a CSLL somente poderia ter sido criada por meio de uma lei complementar que contivesse disposições gerais sobre o seu regime jurídico, o que não ocorreu, já que as disposições gerais relativas à CSLL foram previstas em uma medida provisória. Essa tese parece ter sido fortalecida por duas circunstâncias distintas.

Primeiro, os principais tributos recepcionados pela CF/88 constavam de uma lei complementar –*i.e.* constavam do CTN, que foi recepcionado pela CF/88 com *status* de lei complementar–, ou tiveram a sua vigência expressamente mantida por meio de referência direta pela CF/88 ao seu instrumento legal de regência.

Segundo, a marcada semelhança entre as bases de cálculo da CSLL e do IRPJ, somada à atribuição de sua arrecadação e fiscalização à RFB, conforme será descrito a seguir, *i.e.* questão da administração do tributo e destinação dos recursos, levou alguns contribuintes a alegarem, alternativa ou subsidiariamente, que a CSLL seria,

na prática, um novo imposto *sui generis*, cuja instituição dependeria de lei complementar em razão do disposto no inciso I do artigo 154 da CF/88:

“Art. 154. A União poderá instituir:

I – mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição; (...).”

Sob fundamento semelhante, alguns contribuintes sustentaram que a caracterização da CSLL como um “imposto” *sui generis* implicaria a inconstitucionalidade da Lei nº 7.689/88 em razão de suposta bitributação em face do IRPJ, o que seria implicitamente vedado pela CF/88.

Essa linha de argumentação identificada como pertencente ao primeiro conjunto de questionamentos à validade da CSLL foi contestada, pelas autoridades fiscais, com base no contra-argumento de que a remissão do *caput* do artigo 149 ao inciso III do artigo 146 da CF/88 se referia à submissão das contribuições sociais do artigo 195 às regras gerais aplicáveis à fiscalização e arrecadação de tributos “de maneira geral,” tais como o CTN, mas não a requerimento de instituição por lei complementar específica sustentado pelos contribuintes.

Assim, seguiu o contra-argumento, esclarecida a natureza da referência feita pelo *caput* do artigo 149 ao inciso III do artigo 146 da CF/88, a consequência lógica seria a possibilidade de instituição de contribuições sociais sobre as bases de cálculo descritas no inciso I do artigo 195 por meio de lei ordinária, como de fato ocorreu.

As autoridades fiscais alegaram, ainda, que a CSLL não estaria sujeita à regra prevista no inciso I do artigo 154 da CF/88 posto que essa regra somente seria aplicável a “impostos,” ou contribuições sociais incidentes sobre fatos geradores que não estivessem listados no inciso I do *caput* do artigo 195 da CF/88, por força do disposto no §4º do referido artigo, o que não seria o caso da CSLL,

independentemente de quaisquer questões relativas à administração desse tributo ou destinação dos recursos arrecadados.

De maneira semelhante, as autoridades fiscais sustentaram que a grandeza econômica “lucro,” descrita no inciso I do artigo 195 como uma das possíveis bases de cálculo das contribuições sociais destinadas ao financiamento da seguridade social, seria algo juridicamente diferente da grandeza econômica “renda e proventos de qualquer natureza,” descrita no inciso III do artigo 153 da CF/88 como a base de cálculo do IRPJ.

Em outras palavras, defendeu-se que a CSLL seria tributo diverso do IRPJ, essencialmente pelo fato de seu supedâneo constitucional encontrar fundamento em dispositivos diversos da CF/88, muito embora, até hoje, as bases de cálculo do IRPJ (lucro real) e da CSLL (lucro líquido ajustado) sejam praticamente idênticas. Por esse motivo, o fisco concluiu que a edição da CSLL, na forma da Lei nº 7.689/88, não implicaria em bitributação jurídica com relação ao IRPJ.

Por fim, ainda que assim não fosse, alegavam as autoridades fiscais, eventual vedação à bitributação²³ deveria existir somente entre impostos, e não entre impostos e “contribuições sociais,” sendo esta última possibilidade “tolerada” pela nova sistemática da CF/88.

2.2.2. Vício de destinação e administração

As teses jurídicas identificadas como pertencentes ao segundo conjunto de argumentos procuravam questionar a constitucionalidade da CSLL em função tanto da destinação do produto de sua arrecadação,²⁴ quanto da atribuição de sua administração e fiscalização à RFB.²⁵

Nesse sentido, os contribuintes sustentaram que a Lei nº 7.689/88 seria inconstitucional porque o produto da arrecadação de uma contribuição social, como a

²³ Op. cit. 19, p. 446.

²⁴ Op. cit. 19, p. 441.

²⁵ Op. cit. 19, p. 444.

CSLL, comporia o orçamento da previdência social e, assim, estaria sujeito à regra de vinculação legal prevista no inciso III do §5º do artigo 165, do inciso VII do Parágrafo Único do artigo 194, e do §2º do artigo 195, todos da CF/88:

“Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

(...)

§5º A lei orçamentária anual compreenderá:

(...)

III – O orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração pública direta ou indireta, bem como os fundos ou fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público.

Art. 194. (...)

Parágrafo Único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

(...)

VII – caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e Governo nos órgãos colegiados.

Art. 195. (...)

§2º A proposta de orçamento da seguridade social será elaborada de forma integrada pelos órgãos responsáveis pela saúde, previdência social e assistência social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias, assegurada a cada área a gestão de seus recursos. (...).” (Não destacado no original.)

Desse modo, a CSLL seria inconstitucional ante a inexistência dessa vinculação legal, já que a MP nº 22/88 e a Lei nº 7.689/88 determinaram apenas o

“repassse” do produto da arrecadação da CSLL ao orçamento da previdência social, e não sua vinculação direta.

Por esse mesmo fundamento, também se argumentou que a administração e fiscalização da CSLL não poderia ser confiada à SRF (artigo 6º), vez que os orçamentos da União Federal e da previdência social seriam coisas distintas, e que a competência da SRF estaria restrita ao manejo das receitas tributárias que coubessem diretamente à União.

Logo, mesmo na hipótese de a constitucionalidade da CSLL ser admitida, ainda assim a exação não poderia ser administrada pela SRF, o que essencialmente impediria a sua arrecadação até que as autoridades previdenciárias fossem aparelhadas para proceder à administração e fiscalização da CSLL.

Por fim, outra variação desse argumento quanto ao vício de destinação levava em consideração a marcada semelhança (para não dizer similitude) entre as bases de cálculo da CSLL e do IRPJ e, assim, procurava caracterizar a CSLL como uma espécie de “adicional” do IRPJ com destinação vinculada, o que não seria possível na medida em que impostos não podem ter destinação vinculada por força do inciso VII do artigo 167 da CF/88, além de estarem sujeitos às regras de rateio entre os entes federativos na forma dos artigos 157 e segs. da CF/88:

“Art. 167. São vedados:

(...)

IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para manutenção e desenvolvimento do ensino, como determinado pelo art. 212, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º; (...).”

Desse modo, seguia o argumento, a constitucionalidade da CSLL –ou, alternativamente, a sua caracterização como contribuição social, o que em termos práticos seria a mesma coisa, já que a CSLL não poderia subsistir caso fosse considerada um “imposto”–, dependeria da vinculação direta do produto de sua arrecadação ao orçamento da previdência social, o que, em virtude dos artigos 6ºs da MP nº 22/88 e da Lei nº 7.689/88, não ocorria.

Em que pese as teses jurídicas identificadas nesse segundo conjunto de argumentos terem contato com o apoio de diversos e autorizados autores, não há como deixar de lhe atribuir uma certa circularidade –talvez, em alguma medida, até mesmo em decorrência da classificação arbitrária aqui proposta.

Ora, se a vinculação da CSLL ao orçamento da previdência social fosse essencial para a sua caracterização como contribuição social, em termos práticos se estaria retomando o primeiro argumento, pois o tributo então criado só poderia ser um imposto, sujeito às regras do inciso I do artigo 154 da CF/88 e, portanto, inconstitucional.

Assim, parece ser possível especular que a linha de argumentação identificada nesse segundo conjunto de argumentos acabou por (inadvertidamente) favorecer a defesa da constitucionalidade da CSLL, pois permitiu às autoridades fiscais contestarem duas teses jurídicas essencialmente distintas com um único contra-argumento, qual seja, que a exigência de vinculação da arrecadação seria finalística e, portanto, poderia ser atendida pela posterior destinação dos recursos da CSLL ao orçamento da previdência social, independentemente da maneira pela qual esse tributo tenha sido criado, ou seja arrecadado.

2.2.3. Princípio da anterioridade

Por fim, o terceiro conjunto de argumento explorados pelos contribuintes, subsidiário aos demais, dizia respeito à impossibilidade de cobrança da CSLL com relação ao lucro líquido auferidos no ano de 1988.²⁶

²⁶ Op. cit. 19, p. 445.

Nesse sentido, os contribuintes argumentavam que mesmo na hipótese de a CSLL ser considerada constitucional, nenhuma cobrança poderia ser realizada no ano-calendário de 1989, por força do inciso III do artigo 150, aplicável às contribuições sociais em razão do *caput* do artigo 149, ambos da CF/88, já tal pagamento se reportaria a uma base de cálculo (e, portanto, um fato gerador) ocorrido no ano-calendário de 1988, conforme disposto nos artigos 5ºs e 8ºs da MP nº 22/88 e Lei nº 7.689/88:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

III – cobrar tributos:

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado. (...).

Art. 5º. (...)

§1º A contribuição será paga em seis prestações mensais, iguais e consecutivas, expressas em número de OTN, vencíveis no último dia útil de abril a setembro de cada exercício financeiro. (...).

Art. 8º. A contribuição social será devida a partir do resultado apurado no período base a ser encerrado em 31 de dezembro de 1988.”

O argumento não era simples, e nem óbvio, como sua análise em retrospecto pode sugerir. Por se tratar de uma contribuição social, inédita, e sujeita a uma regra de anterioridade própria, prevista no §6º do artigo 195 da CF/88, não existia ainda completa clareza quando à aplicação conjunta, ou não, da regra da anterioridade prevista no artigo 150 da CF/88:

“Art. 195. (...)”

§6º As contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorrido noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, “b.” (...).”

Previsivelmente, os contribuintes advogaram pela aplicação conjunta das regras previstas nos artigos 150 e 195 da CF/88, enquanto as autoridades fiscais sustentavam a sua aplicação alternativa ou, até mesmo, a sua não-aplicação, sob o argumento de que as regras de anterioridade valeriam apenas para a “cobrança ou arrecadação” (estabelecida para o período de abril a setembro), e não para a definição do período de apuração (inquestionavelmente o exercício fiscal de 1988).

Assim, a prevalecer o contra-argumento das autoridades fiscais, a CSLL poderia ter sido cobrada já em 1989, pouco importando que sua base de cálculo fizesse referência ao período de apuração (fato gerador) encerrado em 31 de dezembro de 1989, enquanto, pelo raciocínio defendido pelos contribuintes, a cobrança só seria legítima a partir de 1990.

Em apertada síntese, esses parecem ter sido os principais argumentos levados, de muitas maneiras, à apreciação do Poder Judiciário.

2.3. O Poder Judiciário desempenha a sua função

A discussão quanto à constitucionalidade da CSLL pode ser comparada a uma guerra de trincheiras em razão dos múltiplos “frontes” nos quais foi travada, haja vista a grande variedade de mecanismos jurídicos utilizados pelos contribuintes para fins da contestação do tributo.

2.3.1. Discussão em primeira e segunda instâncias

Em síntese, os mecanismos jurídicos que permitiram aos contribuintes questionarem a constitucionalidade da CSLL incluíam desde as ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas por entidades de classe, até as mais variadas formas de ações judiciais individuais, tais como o mandado de segurança e a ação declaratória, sem prejuízo, ainda, daqueles contribuintes que se viram obrigados a contestar cobranças pela via dos Embargos à Execução Fiscal, em razão de autuações administrativas por falta de recolhimento, ou recolhimento incorreto, da CSLL.

Novamente, alguma simplificação parece necessária para o melhor manejo da narrativa, assim como a análise segregada da situação daqueles contribuintes que discutiram a constitucionalidade da CSLL por meio de medidas individuais, daqueles outros contribuintes que nada fizeram, ou que foram vencidos em suas disputas individuais e, assim, tiveram a sua sorte atrelada ao resultado dos litígios coletivos pela via das ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas contra a CSLL.

Com relação ao primeiro grupo, interessa saber que muitos juízes de primeira instância concordaram com um, ou mais, dos argumentos apresentados pelos contribuintes, e proferiram decisões individuais, com eficácia *inter partes*, que reconheciam a inconstitucionalidade da CSLL e, portanto, isentavam os autores desses litígios do recolhimento do tributo. Essa circunstância levou a dois principais desdobramentos.

Primeiro, serviu como incentivo para que contribuintes retardatários se apressassem para litigar a questão, ou mesmo que simplesmente deixassem de recolher a CSLL, o que invariavelmente levaria à lavratura de autuações fiscais e, por consequência, à litígios discutindo a sua constitucionalidade.

Segundo, permitiu que a questão da constitucionalidade da CSLL fosse apreciada pelos Tribunais Regionais Federais (“TRF”) já que, por força do artigo 475 do CPC, os TRFs devem reanalisar todas as demandas nas quais o Governo Federal seja vencido em primeira instância.

E foi o que aconteceu, primeiro em instância ordinária e, depois, em instância recursal com a confirmação das decisões de primeira instância por desembargadores que reconheceram a inconstitucionalidade da CSLL com o amparo dos órgãos colegiados máximos de cada Tribunal, na forma do artigo 97 da CF/88:

“Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.”

No caso específico do TRF da 3ª Região,²⁷ a inconstitucionalidade da CSLL acabou referendada na forma do referido artigo 97 da CF/88, o que contribuiu para a prolação de outras decisões semelhantes em primeira e segunda instâncias judiciais, bem como representou claro incentivo para que mais contribuintes ingressassem na referida disputa.

(Destaque-se que, até então, não se contava com nenhuma orientação firme do STF quanto à constitucionalidade da CSLL, ou mesmo com uma decisão com eficácia *erga omnes* nas ADIs que haviam sido ajuizadas. Em outras palavras, era tudo uma grande confusão.)

Ademais, muitos acórdãos no mesmo sentido dessas decisões dos TRFs passaram a efetivamente transitar em julgado, vez que o reexame obrigatório só se aplica com relação às decisões de primeira instância, e que uma infinidade de circunstâncias pode fazer com que um acórdão desfavorável à União Federal não seja contestado em sede de Recursos Especiais ou Extraordinários, tais como o simples esquecimento por parte da PGFN, perda de prazo para recurso, defeitos formais que tornaram recursos interpostos desertos, decisões conscientes de não recorrer etc.

²⁷ TRF 3, Apelação em Mandado de Segurança nº 10856, Plenário, Rel. Juíza Lúcia Figueiredo, DJ 13.06.1991.

Qualquer que seja o motivo, interessa que muitas decisões reconhecendo a inconstitucionalidade da CSLL simplesmente transitaram em julgado (GIANNETTI, 2006:36), e que nem todas elas foram subsequentemente contestadas pela via da ação rescisória no prazo de dois anos previsto no artigo 495 do CPC, o que em princípio fez com que essas decisões se tornassem decisões protegidas pelo transitado em julgado formal e material.

Se a história acabasse no parágrafo anterior, essas decisões judiciais transitadas em julgado já poderiam ser consideradas, à sua própria ordem, como Decisões Disfuncionais, pelo simples fato de isentarem alguns agentes econômicos (Parte Beneficiada) do recolhimento da CSLL (Regra Geral), permitindo-lhes competir em pé de desigualdade com outros agentes econômicos (Jurisdicionados) que não possuam semelhante benefício. Mas a história continua.

2.3.2. Decisões do STF

Em 1992, um ano depois de os TRFs terem proferido decisões favoráveis aos contribuintes, e quase quatro anos após o ajuizamento da ADI nº 15/DF, o STF analisou a questão da inconstitucionalidade da CSLL nos RREE nºs 138284/CE e 146733/SP, e decidiu pela constitucionalidade da contribuição, com exceção de sua cobrança no exercício de 1989 (artigo 8º da MP nº 22/88 e Lei nº 7.689/88), porquanto relativa a fato gerador imputável ao exercício de 1988.

Nesses dois julgamentos, descritos no Parecer PGFN/CRJ 492/2011, de 30 de março de 2011 (“Parecer PGFN nº 492/11”) como “históricos,” o STF considerou que a CSLL era uma contribuição social “instituída com base no art. 195, I, da Constituição,” e que tais contribuições “não exigem, para a sua instituição, lei complementar,” pois “[a]penas a contribuição do parag. 4º do mesmo art. 195 é que [demandaria lei complementar] para a sua instituição.”²⁸

Ademais, o STF considerou ser irrelevante o “fato de a receita integrar o orçamento fiscal da União,” pois o “que importa é que ela se destin[ei] ao

²⁸ Op. cit. 19, p. 437.

financiamento da seguridade social”, ainda pela forma de repasse legal, ou que submetida ao regime de arrecadação e fiscalização pela RFB.²⁹

Com isso, tanto a CSLL quanto outras contribuições sociais criadas anos depois ficaram essencialmente livres da pecha de inconstitucionalidade que até então pairava sob elas, ao menos em função dos argumentos analisados nos RREE nºs 138284/CE e 146733/SP. Era o STF cumprindo o seu papel de guardião da CF/88, e pondo fim à controvérsia que havia se instalado com relação à correta interpretação de diversos dispositivos constitucionais.

Havia apenas um detalhe: os julgamentos foram realizados em sede de Recursos Extraordinários, cujas decisões a rigor possuem eficácia *inter partes*, ou seja, seus efeitos vinculavam apenas os contribuintes que eram partes nos RREE nºs 138284/CE e 146733/SP, e não eficácia *erga omnes*, que se estenderia aos demais contribuintes, órgãos da administração pública, e Poder Judiciário como um todo.³⁰ Assim, muito embora o STF pretendesse ter colocado um ponto final na questão, não parece ser possível afirmar que a disputa estivesse verdadeiramente encerrada.

Claro, grande parte dos juízes e desembargadores passaram a aplicar a decisão do STF aos casos práticos sob sua jurisdição. Mas não havia muito o que se fazer com relação aos processos que já haviam sido julgados, e certamente menos ainda com relação aqueles processos cujas decisões haviam transitado em julgado sob os aspectos formais e materiais, conforme será discutido no capítulo seguinte. Além disso, na ausência de eficácia *erga omnes*, juízes e desembargadores não estavam legalmente impedidos de continuarem a proferir algumas (provavelmente poucas) decisões contrárias ao entendimento do STF, que também poderiam passar despercebidas.

²⁹ Op. cit. 19, p. 437.

³⁰ Ressalte-se que em 12.04.1995 o Senado Federal editou a Resolução nº 11/1995 para suspender os efeitos do artigo 8º da Lei 7.689/88 na forma do inciso X do artigo 52 da CF/88, o que essencialmente estendeu os efeitos da decisão do STF quanto a impossibilidade de cobrança da CSLL quanto ao exercício de 1988 a todos os contribuintes, vez que tal medida, em princípio, permitiu a recuperação dos valores eventualmente recolhidos de maneira indevida, bem o encerramento de eventuais cobranças ou disputas quanto a esse ponto específico. E apenas quanto a esse ponto específico.

Previsivelmente, a história continua, e, em 14.06.2007, o STF volta à cena para julgar a ADI nº 15/DF que fora ajuizada em 1989 contra a cobrança da CSLL e, assim, confirmar a sua posição anterior sobre a questão. A CSLL era inquestionavelmente constitucional, mas agora com eficácia *erga omnes*. Com exceção de sua cobrança com relação ao exercício de 1988, naturalmente.

Depois de quase 20 anos, o sistema judicial havia finalmente pacificado o seu entendimento sobre a questão da constitucionalidade da CSLL de maneira realmente definitiva, capaz de expurgar eventuais dissidências, e impedir que artimanhas processuais pudessem ser exploradas para frustrar a replicação da posição adotada pelo STF nos RREE nºs 138284/CE e 146733/SP. Com isso, questão principal passou a ser o que fazer com o estoque de Decisões Disfuncionais já existente.

2.3. Resultado final: mortos, feridos, e a coisa julgada

Charles M. Schulz, criador das histórias em quadrinhos de Charlie Brown e sua turma (*Peanuts*), poderia facilmente ter escrito a narrativa acima. A batalha judicial pela (in)constitucionalidade da CSLL é uma verdadeira ode à frustração e, tal qual nas histórias do autor, basta um obstáculo ser superado para, quase imediatamente, surgir outro ainda mais deprimente pelo caminho.



Não se trata, aqui, de buscar relativizar a importância das decisões proferidas pelo STF no julgamento “histórico” dos RREE nºs 138284/CE e 146733/SP, ou mesmo da ADI nº 15/DF. Todos foram importantes pelos seus próprios e diferentes motivos. Tampouco se pretende criticar o intervalo de 20 anos entre o ajuizamento da referida ADI e a data de seu efetivo julgamento, pois o STF parece ser, em grande medida, senhor de seu próprio tempo, e esse tipo de crítica não é o propósito do presente estudo.

Interessa, contudo, notar as consequências práticas dessa sequência de julgamentos, e como essas decisões contribuíram para o agravamento de um problema que perdura até os dias de hoje, ainda que sob um ângulo diverso, e explicita uma das principais fragilidades de nosso sistema jurídico.

Primeiro, os julgamentos do STF traçaram uma linha arbitrária e, de certa maneira, aleatória: de um lado dessa linha, alguns (poucos) contribuintes se viram amparados por Decisões Disfuncionais, proferidas pelos TRFs, que lhes permitem, validamente, deixar de recolher a CSLL. Do outro lado, uma grande quantidade de contribuintes foi essencialmente (certamente?) privada da possibilidade de obter Decisões Disfuncionais em sentido semelhante.

Todos juntos, subordinados ao Estado Democrático de Direito, sujeitos às mesmas regras jurídicas, atuando na mesma circunscrição econômica, ou até competindo no mesmo mercado relevante. Porém, pequena parcela desses contribuintes estava legalmente desobrigada a recolher a CSLL, em detrimento de todos os demais.

Segundo, criou-se um novo capítulo na discussão da (in)constitucionalidade da CSLL, ainda em curso nos tribunais, no qual se discute justamente a extensão e os efeitos da chamada “coisa julgada” que sustenta a validade das Decisões Disfuncionais relativas à CSLL. Essa questão será analisada no Capítulo seguinte.

2.4. A soma de todos os elementos: o conceito de Decisão Disfuncional

Em apertada síntese, a narrativa apresentada até agora procurou ressaltar o conceito teórico de Decisão Disfuncional proposto no primeiro Capítulo, e demonstrar um dos possíveis caminhos para a sua formação.

No exemplo apresentado, um dentre muitos, alguns poucos contribuintes (Jurisdicionados) foram de certa maneira beneficiados por um sistema jurídico que (i) contempla apenas mecanismos de controle repressivo da legalidade ou constitucionalidade de regras jurídicas (Regra Geral), o que é realizado por juízes de primeira e segunda instância de maneira concreta, e pelo STF, de maneira abstrata, (ii) atribui forte proteção às decisões dos magistrados, e (iii) não contém regra eficaz que obrigue os magistrados a proferir decisões harmonizadas, ou mesmo subordinadas, às decisões do STF e STJ sobre uma mesma regra jurídica.

Com isso, naqueles casos em que as opiniões desses vários julgadores divergirem, existe o potencial risco de formação da aqui chamada Decisão Disfuncional, que nada mais é do que uma decisão que ampara um comportamento divergente por parte de um Jurisdicionado em face dos demais, que ficam privados da possibilidade de obterem benefício semelhante.

Por óbvio, o grau de disfuncionalidade de cada Decisão Disfuncional depende de pelo menos dois elementos principais, quais sejam, da importância –aqui entendida como impactos financeiros ou concorrenciais– da Regra Geral que o Jurisdicionado poderá validamente descumprir, e a proteção que a chamada “coisa julgada” realmente oferece à essa Decisão Disfuncional.

Sendo essa proteção da coisa julgada o elemento *sine qua non* para a caracterização de uma Decisão Disfuncional, todo o próximo Capítulo será dedicado à sua análise.

III. É ASSIM, E NÃO SE DISCUTE: A COISA JULGADA

3.1. Coisa julgada material e formal

Em termos práticos, as principais dificuldades ocasionadas pelas chamadas Decisões Disfuncionais parecem decorrer diretamente da proteção oferecida pela a “coisa julgada” à sentença que destoa do *status quo*. Imprescindível, portanto, entender melhor natureza, e o alcance, desse instituto. Ocorre, contudo, que a “coisa julgada” parece ser, na melhor das hipóteses, um conceito jurídico abstrato.

Se, por lado, autores de elevado gabarito não economizam adjetivos para enaltecer a importância desse instituto jurídico que exprime “a manifestação do estado democrático de direito” (NERY JR., 2010:887), por outro lado, chega a surpreender que algo tão importante tenha merecido uma única menção ao longo de todo o texto da CF/88, constante do inciso XXXVI do artigo 5º:

“Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; (...).”

Para fins de comparação, direitos relacionados à cultura e ao desporto, supostamente “menos importantes” do que um dos “pilares de nossa sociedade,” receberam atenção desproporcionalmente superior dos Constituintes, pois, na redação da CF/88, a palavra cultura é empregada 61 vezes, e a palavra desporto, outras 13.

Maior clareza, porém ainda insuficiente, pode ser obtida a partir da regulamentação da coisa julgada pelo CPC e pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (“LIDB”).³¹

Em dois breves dispositivos, a LIDB pouco avança no esclarecimento do instituto jurídico sob análise, pois se limita a repetir aquilo que já consta do artigo 5º da CF/88, acrescentando apenas, no §3º de seu artigo 6º, que a “coisa julgada” será aquela “decisão judicial de que já não caiba recurso”.

Melhor sorte parece assistir ao CPC, que dedica 13 dispositivos ao esclarecimento e formatação do instituto da coisa julgada. Em síntese, os artigos 467 e segs. do CPC chamam de coisa julgada material “a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário,” e lhe conferem “força de lei nos limites da lide e das questões decididas.”

Com isso, o *caput* do artigo 467 do CPC inaugura a distinção entre dois aspectos da coisa julgada, quais sejam, a coisa julgada formal, que se opera no âmbito do processo em que foi proferida a sentença (MACHADO, 1991:10), e a coisa julgada material, que se opera além dos limites da lide (ROCHA, 1986:220), de maneira a impedir alteração do *decisum* por sentença proferida em outro processo judicial.

Essa distinção, bem como suas diversas implicações, ainda é objeto de debate acadêmico e judicial até os dias de hoje, existindo pouco avanço concreto para além daquilo que consta expressamente do CPC.

A título exemplificativo, NERY (2010:887), seguido por CASCALDI (2012:300), considera que “a coisa julgada material (*auctoritas rei iudicatae*) é qualidade que torna imutável e indiscutível o comando que emerge da parte dispositiva da sentença de mérito”, enquanto a coisa julgada formal seria identificada com a preclusão que impede o uso de mecanismos processuais, tais como recursos etc., para contestar o conteúdo de uma sentença. Assim, pela conjugação desses elementos, o autor defende que “a coisa julgada formal é pressuposto para que ocorra

³¹ Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942, disponível no sítio eletrônico http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De14657.htm, aceso em 03.11.2013.

a coisa julgada material”, sendo esta última um “efeito especial da sentença transitada formalmente em julgado”.

Já para LIEBMAN (1981:54) a coisa julgada não seria, necessariamente, um efeito da sentença, mas uma qualidade relativa aos efeitos que ela manifesta no mundo real. Tal posição é, de certa maneira, acompanhada por DINAMARCO (2004:297), para quem a “coisa julgada material é a imutabilidade dos efeitos substanciais da sentença de mérito”, o qual “transcende a vida do processo e atinge a das pessoas”, e que consiste na “imutabilidade das situações jurídicas criadas ou declaradas, de modo que nada poderá ser feito por elas próprias, nem por outro juiz, nem pelo próprio legislador, que venha a contrariar o que houver sido decidido”.

Deixando de lado a interessante discussão quanto à natureza jurídica da coisa julgada, se qualidade ou efeito da sentença transitada em julgado, diversos autores que se dedicaram a analisar os contornos deste instituto jurídico parecem concordar que a ocorrência da coisa julgada material criaria uma situação na qual o conteúdo da sentença se tornaria imutável. Nesse sentido, destaca-se a posição de GIANNETTI (2013:40):

“A coisa julgada busca assegurar uma necessidade humana: trazer segurança e paz social. A procura por uma solução à lide não é limitada; ao contrário, justamente para servir ao seu propósito social – pacificação social– o processo jurisdicional deve ter um término. Definição e imutabilidade das decisões judiciais são características que sempre devem existir em um processo judicial.

(...)

A qualidade conferida pelo ordenamento à decisão judicial imutável, que não pode mais ser impugnada pelos meios normais (recursos) –a sentença transitada em julgado– possui dois importantes efeitos: por fim à demanda jurídica e garantir ao vencedor a previsibilidade necessária, com o reconhecimento do seu direito.”

Em sentido semelhante, entende SANTI (2002:75) que

“a coisa julgada não serve para fazer justiça material, serve para outorgar segurança ao direito, segurança às partes da contenda, segurança a terceiros que encontram na coisa julgada um porto seguro para a realização de outros negócios jurídicos. A segurança jurídica, realizadora da justiça formal, se sobrepõe à ideia de justiça material.”

Tal situação de imutabilidade identificada acima não é, contudo, absoluta. Por um lado, o artigo 472 do CPC identifica elementos da sentença que não estão sujeitos à referida situação de imutabilidade e, por outro lado, algumas poucas hipóteses de desconstituição da coisa julgada são admitidas pelo CPC, ou por doutrinas jurídicas ocasionalmente aceitas pelos tribunais brasileiros.

3.2. Ação rescisória e embargos do devedor

O CPC prevê duas hipóteses clássicas para a desconstituição da coisa julgada, ao menos em seu aspecto formal, quais sejam, a ação rescisória, e os embargos à execução contra a Fazenda Pública.

Nos termos do artigo 485 do CPC, a “sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida” quando se verificar a ocorrência de alguma das nove hipóteses listadas nos incisos do *caput*, que incluem, essencialmente, circunstâncias práticas e formais com potencial de prejudicar uma apreciação ampla e imparcial do processo que originou a coisa julgada, mas não necessariamente uma preocupação com a uniformização de decisões judiciais em face de jurisdicionados em situação congênera. Em outras palavras, não se contempla, em princípio, a rescisão de uma decisão judicial unicamente em virtude de sua (potencial) disfuncionalidade.³²

³² “Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente; III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei; IV - ofender a coisa julgada; V - violar literal disposição de lei; VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou

Essa posição é defendida por autores como SANTIAGO (2009:115), CHIAVASSA (2012:222), e GIANNETTI (2013:41), para quem “a coisa julgada somente pode ter seus efeitos suspensos em razão de hipóteses previstas no ordenamento jurídico;” sendo também (surpreendentemente) aceita pela PGFN, como se verifica da opinião lançada no Parecer PGFN nº 492/11.

Assim, em que pese alguns autores, e até mesmo algumas decisões judiciais, já terem admitido a possibilidade de ajuizamento de ações rescisórias em face de Decisões Disfuncionais, tais casos parecem ser minoria e, ironicamente, disfuncionais a sua própria maneira.

Outro ponto de destaque é o prazo para ajuizamento de uma ação rescisória. Nos termos do artigo 495 do CPC, o “direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão” contestada.

Novamente, a costumeira ambiguidade das normas jurídicas brasileiras se faz presente, e muitas são as controvérsias relacionadas ao dispositivo em questão, dentre as quais: se o prazo seria prescricional ou decadencial, se sua contagem teria início com o decurso do prazo recursal ou apenas com a certificação do trânsito em julgado formal nos autos do processo etc., e não faltam argumentos para defender as diversas opiniões que se pode ter com relação ao artigo 495 do CPC.

Felizmente todas essas questões tem impacto bastante limitado para a análise que ora se propõem, pois se adotou como premissa que uma Decisão Disfuncional seria aquela com relação a qual se tenha verificado o decurso do prazo de dois anos previsto no artigo 495 do CPC, de maneira que decisões sujeitas a ações rescisórias em princípio não seriam disfuncionais nos termos ora propostos. (Decisões desconstituídas por meio de uma ação rescisória podem ser consideradas

seja provada na própria ação rescisória; VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável; VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença; e IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa. §1º Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido. §2º É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato. (...).

disfuncionais no interregno entre o trânsito em julgado formal a desconstituição da coisa julgada, de maneira que, em princípio, as ponderações conclusões abaixo deveria se lhes aplicar neste interregno.)

Por outro lado, ainda que assim não fosse, o ajuizamento de uma ação rescisória parece ter impacto bastante limitado com relação a uma Decisão Disfuncional “verdadeira,” pois (i) as ações rescisórias em regra não possuem o chamado “efeito suspensivo” com relação à decisão rescindenda, e (ii) não existe qualquer garantia de rescisão da Decisão Disfuncional ao final do processo, já que a mera disfuncionalidade não é, em princípio, causa bastante para tanto.

Sobre o primeiro aspecto, não se ignora que o juiz da causa poderia, em tese, suspender os efeitos da decisão rescindenda (*i.e.* Decisão Disfuncional) com base em seu poder geral de cautela, ou mesmo em razão de uma medida cautelar incidental ao processo da ação rescisória.

Entretanto, muito embora existam julgados que corroborem essas possibilidades, a concessão de efeito suspensivo a uma ação rescisória parece ser ocorrência ainda mais incomum do que as próprias Decisões Disfuncionais, não existindo qualquer garantia quanto à concessão desse efeito suspensivo, ou sua manutenção ao longo do processo.

Além disso, é premissa básica da hipótese de trabalho que as chamadas Decisões Disfuncionais tenham sido proferidas de maneira válida e legítima, no curso de processos judiciais livres dos vícios descritos nos incisos do *caput* do artigo 485 do CPC. Em outras palavras, uma Decisão Disfuncional é disfuncional apenas em razão do binômio “adequação formal” ao sistema processual, e “inadequação material” a ordem econômica e livre concorrência.

Portanto, quanto ao segundo aspecto, e justamente em razão da premissa de adequação formal ao sistema processual, não deveria existir expectativa de sucesso na pretensão de reforma de uma Decisão Disfuncional por meio de ação rescisória, já que as hipóteses listadas nos incisos do *caput* do artigo 485 do CPC se referem,

justamente, a inadequações formais verificadas no curso de um processo cuja decisão final seja sujeita ao expediente da ação rescisória.

A segunda hipótese clássica prevista pelo CPC para a desconstituição da coisa julgada formal está presente no Parágrafo Único do artigo 741, qual seja, a possibilidade de o contribuinte se insurgir contra cobrança de “título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo [STF], ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo [STF] como incompatíveis com a [CF/88].”

Trata-se, em outras palavras, de mecanismo que pode ser invocado pelo contribuinte para se defender de cobrança fundada em título judicial (*i.e.* decisão transitada em julgada) cujo teor seja contrário aquilo que já foi decidido pelo STF sobre o mesmo assunto, o que, em termos práticos, pode ser visto como a situação oposta da hipótese de estudo –*i.e.* trata-se do caso em que o contribuinte possui Decisão Disfuncional em seu desfavor.

Nesse sentido, e evitando adentrar o debate quanto à aplicação desse dispositivo além do estritamente necessário, dois esclarecimentos parecem necessários.

Primeiro, a aplicação do Parágrafo Único do artigo 741 do CPC é deveras restrita, pois aproveita apenas aqueles casos de Decisões Disfuncionais envolvendo matérias tributárias. E matérias tributárias são apenas uma parte do universo de Decisões Disfuncionais concebíveis.

Segundo, o dispositivo em questão não beneficia os agentes econômicos confrontados por um competidor protegido por uma Decisão Disfuncional, já que, *ultima ratio*, o Parágrafo Único do artigo 741 do CPC faz tabula rasa de orientações jurisprudenciais “desfavoráveis” às autoridades fiscais quando, na moldura teórica da hipótese de trabalho, as Decisões Disfuncionais são justamente exceções inseridas em contexto de orientação jurisprudencial “favorável” às autoridades fiscais.

Logo, o Parágrafo Único do artigo 741 do CPC não oferece proteção aos agentes econômicos que simplesmente deixem de observar uma determinada regra tributária em resposta à obtenção de uma Decisão Disfuncional por seu concorrente, pois, não existirá a orientação jurisprudencial que ampare a sua aplicação.

Feitas essas considerações, parece claro que a utilidade desses mecanismos clássicos para a desconstituição da coisa julgada tem aplicação relativamente restrita à problemática das Decisões Disfuncionais, pois visam impedir a formação da coisa julgada com relação a sentenças proferidas em processos nos quais se verifique vícios formais e procedimentais, o que em princípio não inclui a hipótese das Decisões Disfuncionais livre desses vícios formais e procedimentais.

3.3. Inexistência e superação da coisa julgada

Em vista daquilo que foi discutido até aqui, melhor sorte parece assistir a análise da formação e manutenção da coisa julgada em face de modificações do cenário jurídico em que foram proferidas, e não da sua mera rescisão na forma dos artigos 485 e 741 do CPC, conforme será abordado a seguir.

3.3.1. Elementos da sentença que não fazem coisa julgada

Nos termos do artigo 469 do CPC, a “sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros,” salvo exceções expressas (artigo 472), e não alcança (i) os motivos da sentença, ainda que importantes para determinar o alcance da sua parte dispositiva; (ii) a verdade dos fatos estabelecidos como fundamento da sentença; e (iii) a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo (artigo 469 do CPC). (A decisão relativa à questão prejudicial pode fazer coisa julgada se a parte assim requerer, o juiz for competente em razão da matéria, e se isso constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide, nos termos do artigo 470 do CPC.)

De modo geral, os dois últimos itens parecem dar margem para poucas dúvidas, pois, afinal, a verdade dos fatos é um elemento da realidade, e, portanto, não

deveria suscitar dúvidas estritamente jurídicas, enquanto a questão prejudicial, no mais das vezes, costuma ser expressamente identificada nas petições e decisões judiciais como tal.

O mesmo não pode ser dito com relação ao primeiro item, a começar pela própria definição e delimitação do conceito de “motivos” da sentença. Em termos práticos, autores como MIRANDA (1974:178) e (BORGES, 1999:170) consideram que a sentença não se confunde com o seu fundamento jurídico (*i.e.* seus motivos), de maneira que tais motivos, “ainda que importantes para determinar o alcance do que decide a sentença (...), não fazem coisa julgada material.”

Consequência prática desse racional, no que interessa ao presente estudo, pode ser verificada na polêmica quanto à declaração de inconstitucionalidade em sede de controle difuso, muito bem capturadas por GRINOVER (1998:14) e XAVIER (1987:385), respectivamente:

“Se a declaração de inconstitucionalidade ocorre incidentalmente pela acolhida de questão prejudicial que é fundamento do pedido ou da defesa, a decisão não tem autoridade de coisa julgada, nem se projeta – mesmo inter partes– fora do processo na qual foi proferida.”

“Para que a questão prejudicial integre o dispositivo da sentença e produza efeitos de caso julgado é necessário que ela não seja decidida *incidenter tantum*, mas *principaliter* em ação declaratória incidental, nos termos do art. 470 do CPC.”

Já outros autores, como GIANNETTI (2013:44), parecem considerar que, de maneira geral, a declaração de inconstitucionalidade seria parte do próprio “dispositivo” da sentença, e não dos motivos, o que implicaria conclusão em sentido contrário. Nesse sentido, entende REGO (1984:14) que:

“(…) a rediscussão dos fundamentos, em outro processo, e a adoção, a seu respeito, de conclusões divergentes, não pode atingir a coisa julgada, isto é, não pode subtrair a *res* (o bem da vida objeto da ação ou reconvenção) que a sentença anterior tenha concedido com base nos fundamentos dos quais se divergiu a segunda decisão.”

De maneira geral, as definições mencionadas provavelmente não ocasionariam dificuldades práticas na maioria dos casos em que se discutem matérias relacionadas ao Direito Civil ou Comercial, que, presumivelmente, se referem a controvérsias “estanques,” ou seja, instantâneas (porquanto delimitadas dentro de um período de tempo) e não-recorrentes, tais como o descumprimento ou anulação de um contrato, um divórcio, a convocação de uma assembleia geral ou reunião de quotistas etc.

O mesmo, contudo, não necessariamente se aplica às controvérsias decorrentes das chamadas “relações jurídicas continuativas,” ou de “trato continuado,” tais como, por exemplo, o recolhimento de tributos incidentes sobre atividades comerciais rotineiras, o cumprimento de regras trabalhistas, a operação de uma fábrica de acordo com regras ambientais etc.

Em termos conceituais, VALVERDE (2004:141), define as relações continuativas como aquelas que se referem a “diferentes e sucessivos fatos sociais, que se subsumem numa mesma hipótese de incidência, possibilitando inúmeras aplicações de uma mesma norma geral e abstrata, com produção de tantas outras normas individuais e concretas,” enquanto para MACHADO (1991:15), o elemento central dessas relações seria a existência de fato jurídico “não autônomo.”

Em sentido semelhante, TEORI (2001:4) considera que as relações se caracterizam continuativas quando originadas de “fatos geradores instantâneos que, todavia, se repetem no tempo de maneira uniforme e continuada.” Por esse motivo, as relações continuativas “compõe-se de uma série de operações homogêneas, que, pela sua reiteração e homogeneidade, podem receber tratamento jurídico conjunto ou tutela jurisdicional coletiva.”

Na prática, qualquer que seja o posicionamento adotado, parece ser possível afirmar que as relações continuativas seriam aquelas relações originadas da aplicação sistemática, continuada, e recorrente, de um mesmo dispositivo legal, durante um longo período de tempo. Em outras palavras, relações continuativas seriam aquelas nas quais uma mesma regra jurídica daria origem a múltiplas obrigações semelhantes, porém distintas e independentes.

Desse modo, a questão da qualificação e delimitação dos “motivos” parece ser especialmente relevante na discussão quando aos efeitos da coisa julgada em sede de relações jurídicas continuativas, pois o substrato de diversas Decisões Disfuncionais reside, justamente, na circunstância de a decisão em questão afastar a aplicação de determinada regra jurídica apta a suscitar uma relação continuativa (a Regra Geral em si), e não um desses elementos “estanques” (consequências da aplicação da Regra Geral) individualmente considerados.

A fim de melhor explicitar essa dicotomia, passa-se ao estudo da Súmula 239 do STF, em cotejo à hipótese de trabalho (CSLL), sendo ressalvado, contudo, que o raciocínio desenvolvido a seguir seria em princípio perfeitamente aplicável a outros casos semelhantes que envolvam Decisões Disfuncionais em matéria não-tributária.

3.3.2. Aplicação da Súmula 239 do STF

Segundo consta da Súmula 239, a “[d]ecisão que declara indevida a cobrança em determinado exercício não faz coisa julgada em relação ao posterior.” Trata-se, portanto, de uma Súmula editada por ocasião do julgamento de processos envolvendo matérias de natureza tributária, nos quais se proferiu decisão sobre regras jurídicas aptas a ensejarem relações jurídicas continuativas.

A primeira vista, o verbete da Súmula 239 pode sugerir que a existência de Decisões Disfuncionais em matéria tributária estaria superada, ou pelo menos severamente mitigada. Entretanto, a análise dos julgados que levaram a edição da Súmula 239 sugere conclusão diversa.

A Súmula 239 foi editada por ocasião do julgamento do AP nº 11.227³³ e do RE nº 59.423,³⁴ que versavam sobre a cobrança de débitos tributários por meio de Execuções Fiscais. Em outras palavras, tratavam-se de ações relativas a fatos geradores identificados e circunscritos a determinado período de tempo, de modo que as alegações de inconstitucionalidade ou ilegalidade das regras fiscais foram aduzidas (e aceitas, como “motivo” da sentença) com o objetivo de justificar o cancelamento daquelas cobranças em particular, e apenas isso.

Em outras palavras, as medidas judiciais que ensejaram a interposição dos recursos objeto AP nº 11.227 e do RE nº 59.423, e indiretamente à edição da Súmula 239, relacionavam-se a elementos estanques e individualizados (*i.e.* cobrança de fatos geradores isolados) dentro de uma relação jurídica continuativa, mas não à própria relação jurídica continuativa em si mesmo considerada (*i.e.* Regra Geral que amparava a incidência do tributo como um todo), o que não é um mero detalhe.

Assim, muito embora os Ministros do STF tenham considerado que “[s]e o objeto da questão é um dado [*lançamento tributário*] que se houve por nulo em certo exercício, (...) a renovação do lançamento no exercício seguinte não estará obstada pelo julgado”, também se consignou que

“se os tribunais estatuírem sobre o imposto em si mesmo, se o declaram indevido, se isentaram o contribuinte por interpretação da lei ou de cláusula contratual, se houverem o tributo por ilegítimo, porque não assente em lei a sua criação por inconstitucional a lei que os criou, e qualquer desses casos o pronunciamento judicial poderá ser rescindido pelo meio próprio, mas enquanto subsistir será um obstáculo à cobrança.”³⁵

³³ STF, Agravo de Petição nº 11.227, Tribunal Pleno, Rel. Min. Castro Nunes, DJ. 10.02.1945.

³⁴ STF, Recurso Extraordinário nº 59.423/PE, Tribunal Pleno, Rel. Min. Eloy da Rocha, DJ 12.06.1970.

³⁵ Trechos do voto do Min. Carlos Madeira, em que transcreve o voto do Ministro Castro Nunes, no AR nº 1.239/MG, DJ 31.08.1990.

Em outras palavras, parece ser possível verificar que os Ministros do STF responsáveis pelos julgamentos que deram origem a Sumula 239 identificaram, corretamente, que a questão então debatida remetia aos “motivos” da sentença que cancelou uma cobrança individual, de modo que o reconhecimento da inconstitucionalidade seria um motivo daquela sentença e, portanto, não faria coisa julgada no sentido de afastar a Regra Geral em si, senão nos estritos limites da lide julgada. A situação seria diversa se a lide versasse (direta ou subsidiariamente) sobre a aplicação da Regra Geral em si, hipótese em que a declaração da inconstitucionalidade seria então o objeto da lide apto a fazer coisa julgada em favor da parte litigante, e não um mero motivo da sentença.

Nesse sentido, as ponderações de SOUZA (1947:298) sobre a coisa julgada em matéria tributária, que tanto retoma a hipótese de trabalho quanto explicita o cerne da controvérsia em questão, continuam atuais e pertinentes:

“A solução exata estaria em distinguir, em cada caso julgado, entre as decisões que se tenham pronunciado sobre os elementos permanentes e imutáveis da relação jurídica, como a constitucionalidade e a inconstitucionalidade do tributo, a sua incidência ou não-incidência na hipótese materialmente considerada, a existência ou inexistência de isenção legal ou contratual e o seu alcance, a vigência da lei tributária substantiva ou sua revogação etc. – e as que se tenham pronunciado sobre elementos temporários ou mutáveis da relação jurídica, como a avaliação de bens, as condições personalíssimas do contribuinte em seus reflexos e outras, da mesma natureza; à coisa julgada das decisões do primeiro tipo há que atribuir uma eficácia permanente; à das segundas, uma eficácia circunscrita ao caso específico em que foram pronunciadas. (...)

[Q]uando a sentença, cuja coisa julgada se invoque, tenha decidido sobre os elementos constantes e permanentes da própria relação jurídica debatida tais elementos não serão meras questões prejudiciais, ou simples antecedentes lógicos da decisão, mas constituirão a própria

tese jurídica decidida, ou seja, representarão o próprio objeto da decisão.”

Tal peculiaridade inaugura outra espécie de controvérsia jurídica, desta vez relacionada aos efeitos das decisões proferidas por ocasião do manejo de diferentes instrumentos processuais (BORGES, 1999:174), ou seja, manejo de instrumentos passíveis de produzir decisões de natureza (i) declaratória, *i.e.* reconhecimento expresso quanto à inexistência da relação jurídica em razão de inconstitucionalidade ou ilegalidade da Regra Geral que a suporta, ou, ainda, (ii) constitutiva-negativa, *i.e.* reconhecimento quanto à inexistência apenas de prestação específica, porquanto fundamentada em Regra Geral inconstitucional ou ilegal, mas sem efeitos declaratórios quanto à aplicação, ou não, da Regra Geral em si para a parte autora.

Nesse sentido, autores como MOREIRA (1977:92) e MACHADO (1991:17) defendem que apenas sentenças proferidas em ações ordinárias com pedido expresso de declaração de inexistência de relação jurídica em face de determinada lei teriam o efeito de ilidir a sua aplicação com eficácia *pro-futuro*, enquanto autores como SANTIAGO (1999:120), GIANNETTI (2013:35) e DERZI (1997:219), com amparo em decisões do STJ, defendem que outros instrumentos processuais, tais como o mandado de segurança e os embargos à execução fiscal, seriam aptos a ocasionar a prolação de sentenças com conteúdo declaratório semelhante.

A base dos raciocínios jurídicos, de ambos os lados, está na atribuição (ou não) de efeitos declaratórios às decisões judiciais proferidas em sede de mandado de segurança ou embargos à execução fiscal, e na interpretação que dada à expressão “motivos” da sentença constante do inciso I do *caput* do artigo 469 do CPC nesses casos. (No caso da ação declaratória esse efeito é automático, e decorre de disposição legal expressa constante do inciso I do *caput* do artigo 4º do CPC.)

Assim, caso se atribua efeitos declaratórios à decisão em mandado de segurança (ou embargos à execução fiscal) que afasta determinada Regra Geral em razão da sua inconstitucionalidade ou ilegalidade, e não apenas efeitos constitutivos negativos como sugere MACHADO (1991:10), o reconhecimento judicial de

inconstitucionalidade ou ilegalidade faria parte da decisão em si e, portanto, seria resultado apto a fazer coisa julgada material em favor da Parte Beneficiada, não se lhe aplicando o disposto na Súmula 239 do STF.

Por outro lado, caso se entenda que a decisão em mandado de segurança (ou embargos à execução fiscal) que afasta determinada regra Geral em razão da sua inconstitucionalidade ou ilegalidade possui apenas efeitos constitutivos negativos (*e.g.* limita-se ao cancelamento de uma cobrança, e ponto final), então esse reconhecimento de inconstitucionalidade ou ilegalidade seriam apenas meros motivos da decisão (que não se confundem com a decisão em si) e, portanto, tanto não ensejaria a formação de coisa julgada material, quanto colocaria o autor da demanda na curiosa situação de ser liberado de uma prestação por um determinado período de tempo, mas novamente obrigado a ela no período seguinte, em virtude do disposto na Súmula 239 do STF. (*“Oh, good grief,”* diria Charlie Brown.)

Em termos práticos, contudo, essa controvérsia sobre a aplicação da Súmula 239 também parece ter impacto limitado na análise que ora se propõem.

Sem dúvida, a prevalecer a primeira tese mencionada, o universo de instrumentos processuais aptos a produzir Decisões Disfuncionais seria severamente reduzido, enquanto a prevalência da segunda tese implicaria o efeito contrário.

Além disso, superada a questão acima, o resultado inescapável é que Decisões Disfuncionais continuarão a ser proferidas, e que o real impacto da Súmula 239 com relação às mesmas se restringe a regular o “tempo de validade” de uma Decisão Disfuncional, ou seja, se a Decisão Disfuncional teria sua eficácia restrita a determinado período de tempo (prestações contestadas), ou se valeria por tempo indeterminado (efeitos declaratórios), e isso não apenas no caso restrito das disputas tributárias.

3.3.3. Modificação no estado de direito das relações continuativas

O inciso I do artigo 471 do CPC determina que a “modificação no estado de fato ou de direito” permite à “parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença” proferida em disputa envolvendo “relação jurídica continuativa.” O problema que coloca, contudo, está justamente em definir e compreender o conceito jurídico de “modificação no estado de fato ou de direito” apto a ensejar tal revisão.

Novamente a legislação de regência é silente sobre a extensão do conceito que regula, e as mais variadas opiniões abundam no meio acadêmico e no Poder Judiciário. Exemplo interessante (e emblemático) das consequências práticas dessa discussão pode ser verificado, novamente, com relação à hipótese de trabalho.

Como se mencionou anteriormente, diversos contribuintes obtiveram Decisões Disfuncionais, protegidas pela coisa julgada formal e material, que afastaram a cobrança da CSLL nos termos da Lei nº 7.689/88. Ocorre, contudo, que no período de 1989 a 1998, a Lei nº 7.689/88 sofreu sucessivas alterações que afetaram diversos aspectos da CSLL, dentre os quais a abrangência de sua base de cálculo e da alíquota.

Importa saber, assim, se tais alterações seriam suficientes para configurar uma “modificação no estado de fato ou de direito” descrita no inciso I do artigo 471 do CPC, pois, no caso de uma resposta afirmativa, as Decisões Disfuncionais obtidas pelos contribuintes poderiam ser questionadas independentemente da proteção oferecida pela coisa julgada, e outras situações de disfuncionalidade poderiam ser desconstituída por alterações legais meramente “cosméticas,” que modifiquem elementos pontuais da Regra Geral, mas não sejam suficientes para transformá-la em uma “nova” Regra Geral substancial e materialmente diversa da anterior.

Previsivelmente, contribuintes e autoridades fiscais defenderam posições diametralmente opostas. Assim, enquanto determinados autores, e advogados em suas petições, argumentaram que a “modificação” prevista no inciso I do artigo 471 do CPC deveria ser substancial (e que a modificação das regras da CSLL não seria substancial), as autoridades fiscais defenderam justamente o contrário.

Ocorre que dessa vez os contribuintes se sagraram vencedores, pois o STJ tem reconhecido (*e.g.* REsp nº 1.118.893/MG) que alterações meramente pontuais não

bastam para atrair a aplicação da regra prevista no inciso I do artigo 471 do CPC, sendo necessário, para tanto, que as alterações legislativas sejam realmente profundas e substancialmente relevantes.

Outra vertente interpretativa que também pode ser demonstrada por meio do exemplo da CSLL é aquela que procura aplicar o disposto no inciso I do artigo 471 do CPC em casos alteração de orientação jurisprudencial dos Tribunais Superiores, geralmente sob alegações de que tal alteração constituiria uma “modificação” do estado de direito vigente em virtude da especial importância dos precedentes dos Tribunais Superiores dentro do sistema jurídico (TEORI, 2001:16).

Essa tese jurídica é bem sintetizada no Parecer PGFN nº 492/11, emitido justamente em razão de consulta direcionada aos órgãos técnicos da PGFN por ocasião de controvérsia envolvendo uma Decisão Disfuncional relativa à CSLL. Nessa oportunidade, a PGFN defendeu que:

“os precedentes objetivos e definitivos do STF constituem circunstância jurídica nova, apta a fazer cessar, prospectivamente, a eficácia vinculante das anteriores decisões tributárias transitadas em julgado que lhes forem contrárias.

(...)

[A] consolidação da jurisprudência do STF em sentido diverso daquele sufragado em anterior decisão tributária transitada em julgado faz cessar, prospectivamente, a eficácia vinculante desta, o que legitima, por exemplo, a cobrança do tributo (antes tido por inconstitucional), em relação aos fatos geradores futuros, ocorridos após a consolidação jurisprudencial (...).”

Como decorrência, as Decisões Disfuncionais obtidas pelos contribuintes deixariam de contar com a proteção da coisa julgada tão logo se verificasse uma decisão do STF apta a ocasionar uma modificação no estado de direito, o que, no caso

da CSLL, seria o “o advento do precedente objetivo e definitivo do STF (...) no sentido da constitucionalidade da lei tributária.”

Trata-se, portanto, de teoria jurídica que propõe considerar a prolação de uma decisão paradigmática como uma “modificação no estado de fato ou de direito” prevista no inciso I do artigo 471 do CPC.

Com isso, a prolação dessas decisões ditas paradigmáticas serviria de marco temporal para assinalar o limite de aplicação de uma Decisão Disfuncional, a partir do qual se consideraria que todos os jurisdicionados teriam amplo e inequívoco conhecimento da adequada interpretação das regras jurídicas anteriormente controvertidas.

Em termos práticos, contudo, a simplicidade e aparente coerência desse raciocínio pode esconder armadilhas perigosas, dentre as quais se destaca a falta de critérios objetivos para identificar uma decisão que seja suficiente paradigmática para servir de marco temporal na aplicação do inciso I do artigo 471 do CPC, a mutabilidade das decisões judiciais ao sabor da composição de alguns órgãos colegiados de julgamento e, também, a circunstância inescapável de a classificação de uma decisão como “modificação no estado de fato ou de direito” ser, também, algo passível de discussão junto ao Poder Judiciário, o que teoricamente poderia levar à manutenção (ou mesmo confirmação) das Decisões Disfuncionais que se pretende combater, ou ainda à constituição de novas (outras) Decisões Disfuncionais.

Por outro lado, autores como GIANNETTI (2013:42), com apoio em precedentes do STJ,³⁶ têm defendido posição contrária ao considerarem que apenas verdadeiras alterações legislativas, ou seja, alteração da norma jurídica que foi afastada pela sentença transitada em julgado, caracterizaria a “modificação no estado de fato ou de direito” descrita no inciso I do artigo 471 do CPC.

Para esses autores, “a alteração ou modificação do direito descrita no art. 471, I, do CPC, para fins tributários, é apenas aquela realizada pelo Poder Legislativo que

³⁶ Vide, a título exemplificativo, REsp n°s 81.849/MG, de 10.10.1996, 731.250, de 17.04.2007.

trate especificamente do aspecto material da hipótese de incidência do tributo, que será a base de uma nova relação jurídica” (GIANNETTI, 2013:41):

“[O] STJ reconheceu que, em razão da existência de sentença transitada em julgado, somente novo tratamento legal da mesma questão poderá ter efeito nas operações realizadas pelo contribuinte beneficiário da favorável decisão judicial.

Esse entendimento foi reafirmado pelo STJ ao julgar o REsp 731.250, que reconheceu que a Súmula 239 do STF não se aplica às situações em que há sentença declarando a inexistência de relação jurídica tributária, bem como a coisa julgada que afasta a cobrança do tributo produz efeitos até que sobrevenha legislação a estabelecer nova relação jurídico-tributária. (...)

O STJ (...) reconheceu ainda serem eficazes os efeitos da sentença transitada em julgado mesmo havendo decisão posterior do STF declarando constitucional a mencionada contribuição (...) “o fato de o Supremo Tribunal Federal posteriormente manifestar-se em sentido oposto à decisão judicial transitada em julgado em nada poder alterar a relação jurídica estabilizada pela coisa julgada, sob pena de negar validade ao próprio controle difuso de constitucionalidade.” (...).”

Trata-se, sem dúvida, de uma tese jurídica bastante polêmica e, até o momento não se tem notícia de um posicionamento definitivo do Poder Judiciário sobre esse assunto. Nesse sentido, e ao contrário do que se argumentará com relação à relativização da coisa julgada, eventual prevalência da posição defendida pelas autoridades fiscais no Parecer PGFN nº 492/11 perante os Tribunais Superiores provavelmente alcançaria o objetivo de desconstituir grande parte das Decisões Disfuncionais relativas à CSLL (e a outras temas, caso o mesmo raciocínio lhes seja aplicado), ao menos *pro-futuro*. Restaria, obviamente, a análise quanto aos impactos concorrenciais dessas Decisões Disfuncionais para o período que foram aplicadas.

3.3.4. Relativização da coisa julgada

Em adição aos mecanismos previstos no CPC para desconstituir a coisa julgada, por vezes os tribunais brasileiros têm admitido, também, a aplicação de determinadas doutrinas jurídicas que visam o mesmo resultado prático, mas não estão expressamente previstas no CPC. Dentre essas doutrinas, a discussão comumente conhecida por “relativização da coisa julgada” merece especial destaque.

A doutrina jurídica da relativização da coisa julgada, defendida por autores como DINAMARCO, THEODORO JR. e DELGADO (2004:1), pressupõe a existência de um conflito entre a coisa julgada e outra(s) garantia(s) constitucional(ais) relevante(s), que é então resolvido por meio da desconsideração da coisa julgada, ou flexibilização de seus efeitos.

Sob este aspecto, a análise de NOJIRI (2005:123) parece ser particularmente esclarecedora, pois sintetiza os principais argumentos favoráveis a aplicação da doutrina:

“O principal argumento a favor dessa tese reside na suposta “injustiça” ou “inconstitucionalidade” de algumas decisões judiciais, que não deveriam merecer a proteção do efeitos da coisa julgada. Segundo essa linha de raciocínio, decisões injustas ou inconstitucionais, ainda que transitadas em julgado, podem, mesmo após vencido o prazo de interposição da ação rescisória, ser modificadas. Ainda segundo a os prosélitos desse raciocínio, a intangibilidade da coisa julgada é um “mito” que deve ser combatido, para que, ao cabo e ao fim, prevaleça o valor maior da justiça ou da garantia da Constituição.”

Entretanto, a doutrina da relativização da coisa julgada parece receber mais críticas do que suporte, tanto no meio acadêmico quanto no Poder Judiciário, e a identificação de casos concretos em que as Cortes brasileiras decidiram por sua aplicação pode ser considerada bastante incomum.

Em sentido contrário à tese, autores como VALVERDE (2004:157), CHIAVASSA (2012:224), e NOJIRI (2005:128) criticam a aplicação da doutrina da relativização da coisa julgada justamente pelo efeito de flexibilizar uma garantia constitucional em detrimento de outra, o que, em princípio, poderia subverter todo o sistema de garantias constitucionais, e colocar em dúvida a função de estabilização de pretensões contestadas atribuída ao Poder Judiciário pela CF/88.

Outros argumentos contrários à tese da relativização da coisa julgada parecem se voltar, principalmente para a vulnerabilização da finalidade precípua de pacificação social que esse instituto visa resguardar, bem como a possibilidade de regressão *ad infinitum* que a aplicação desmedida dessa teoria poderia representar (pois a decisão que revoga a coisa julgada seria, ela também, passível de contestação), a falta de critérios para identificar as hipóteses em que a doutrina da relativização deveria ser aplicada, e até a inexistência de um órgão externo e independente que faça um espécie de controle da “constitucionalidade” da coisa julgada (NOJIRI, 2005:123).

Assim, apesar da presumível intenção de uniformização que possivelmente orienta essa teoria jurídica (BORGES, 1999:171), parece ser possível classificar tal solução como uma variação da teoria que admite uma ampla aplicação da ação rescisória, mas cuja efetiva implementação estaria sujeita à dificuldades práticas ainda mais complexas, por remeter ao problema da confusão entre a justiça da regra jurídica (conformidade com percepções de moral etc.) e validade da regra jurídica (conformidade aos pressupostos do sistema jurídico) (BECKER, 172:160).

Em outras palavras, admitir os pressupostos para aplicação da relativização da coisa julgada nada mais é senão defender que se substitua “a conveniência, moralidade, justiça proporcionalidade e a razoabilidade da decisão transitada em julgado por outra conveniência, moralidade, justiça proporcionalidade e a razoabilidade” (VALVERDE, 2004:159), o que parece, uma ideia de cunho essencialmente moralista, e até mesmo casuísta, que configura justamente o tipo de debate quanto a uma decisão judicial (válida e aplicável) que a garantia constitucional da coisa julgada deveria evitar.

3.4. Quando todos tem razão: contraposição de direitos

Um elemento central (*pièce de résistance*) de diversas grandes obras literárias é a presença de personagens que têm interesses ou perspectivas contrapostas aos demais, mas consideram suas próprias ações perfeitamente justificáveis em vista das circunstâncias, sem perceber (ou se importar) que tais ações provavelmente serão consideradas injustas ou absurdas pelos outros personagens, e vice-versa.

Se a vida imita a arte, ou a arte imita a vida, talvez seja possível identificar um elemento trágico-literário nas análises estanques dos determinados princípios constitucionais em face da problemática das Decisões Disfuncionais, que configura justamente a circunstância na qual “todos tem razão.”

3.4.1. Igualdade, livre iniciativa, liberdade de empresa e livre concorrência

Para COMPARATO (1996:102), a liberdade de iniciativa se manifesta sob um duplo aspecto, pois “[g]arante-se, de um lado, a livre criação ou fundação de empresas, ou seja, a liberdade de acesso ao mercado (...) [m]as protege-se também, de outro lado, a livre atuação das empresas já criadas, isto é, a liberdade de atuação e permanência no mercado.” Em sentido semelhante, SALOMÃO FILHO (2003:109) pondera que:

“Os direitos de ordem econômica já não são dotados das características típicas dos direitos fundamentais individuais: a concentração de atenções no indivíduo e o caráter negativo ou de não-intervenção. Daí serem denominados pela doutrina de *direitos fundamentais de segunda geração*. São eles direcionados a coletividades, determinadas ou não, de indivíduos e tem caráter, via de regra, positivo, ou seja, estabelecem ditames de comportamento concreto para o Estado, e quando necessário, também para os particulares.” (Destques no original.)

Infere-se disso que, na CF/88, a manutenção da concorrência é princípio constitucional que teoricamente possui a mesma importância e efetividade que a própria garantia constitucional outorgada à livre iniciativa ou ao direito de propriedade, o que sugere que a atuação estatal não está vedada quando necessária para garantir a competição dentro de um mercado relevante, ainda que tal atuação implique restrições ou limitações à livre atuação de determinado agente econômico específico em detrimento da coletividade.

Por outro lado, o mesmo autor considera que “[q]uando se trata de princípios constitucionais colocados no mesmo nível hierárquico, o postulado da harmonia geral do sistema impõe sempre uma interpretação que os compatibilize entre si, não se podendo admitir leituras exclusivas do texto constitucional,” de maneira que, seguindo tal linha de raciocínio, seria possível concluir que a “liberdade empresarial (...) não pode ser tomada em sentido absoluto, o que equivaleria a desvincular a ordem econômica, como um todo, da diretriz superior da justiça social. Mas as restrições necessárias ao exercício dessa liberdade não podem ser de tal monta que acabem por eliminá-la em concreto” (COMPARATO, 1996:109).

Assim, segue o raciocínio, uma vez iniciada a atividade econômica, os princípios da liberdade de empresa e da livre iniciativa não deveriam ser entendidos como autorizações genéricas para o desenvolvimento desregulado ou irrestrito da atividade econômica, pois, a partir de então, outros princípios passariam a orientar (e eventualmente restringir) a atuação econômica dos cidadãos, tais como a garantia constitucional de livre concorrência e livre mercado, como bem explicitou SALOMÃO FILHO (2001:93) e o próprio STF, respectivamente:³⁷

“[L]ivre iniciativa não é sinônimo de liberdade econômica absoluta (...). [O] princípio da livre iniciativa, inserido no caput do art. 170 da Constituição Federal, nada mais é do que uma cláusula geral cujo conteúdo é preenchido pelos incisos do mesmo artigo. Esses princípios claramente definem a liberdade de iniciativa não como uma

³⁷ STF, Medida Cautelar em Ação Cautelar nº 1.657-6/RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Rel. para acórdão Min. Cezar Peluso, J. 27.06.2007.

liberdade anárquica, porém social, e que pode, conseqüentemente, ser limitada (...).

Gostaria de observar, também o caráter não absoluto do princípio da livre iniciativa, que essa Corte já afirmou inúmeras vezes. Mencionarei apenas a ADI 319 --- uma questão de ordem – Relator Ministro Moreira Alves --- e mais recentemente as ADIs 1.950 e 3.512. (...).

[É] preciso entender a livre iniciativa na seguinte perspectiva: todos são livres para iniciar o processo produtivo e a sua vocação; para destinar seu talento, sua vocação, sua energia física, sua propriedade a uma determinada atividade econômica. Sou livre para me iniciar na economia. Mas uma vez iniciada a atividade econômica, valores outros entram no circuito produtivo, e de cunho social, porque a Constituição também faz da função social da propriedade não só um direito fundamental, como princípio da atividade econômica. (...).”

Assim, parece ser possível depreender dessas ponderações que “livre iniciativa e livre concorrência (...) não coincidem necessariamente,” pois “a livre concorrência nem sempre conduz à livre iniciativa e vice-versa,” justamente pelo fato de o exercício irrestrito da livre iniciativa ter a potencialidade de levar a consolidação do chamado poder de mercado, “cujo abuso é proscrito quando produz determinados efeitos” (FERRAZ JR., 2006:127).

Isso posto, considerada tal interpretação dos princípios constitucionais em questão, mostra-se oportuna a ponderação de FERRAZ JR. (2006:128), para quem seria no “hiato entre a livre concorrência e a livre iniciativa que entra a função da lei para reprimir o abuso de poder econômico, prevenir distorções funcionais, estabelecer medidas regulatórias (...),” garantindo-se que o exercício da livre iniciativa pelos agentes econômicos ocorra dentro das balizas da CF/88.

Vale dizer, portanto, que o

“papel reservado ao poder publico, neste particular, é o de fomentar a livre concorrência. As realidades e condutas que se mostrarem atentatórias ao principio necessitam ser expungidas, pena de o poder econômico abusar de sua condição, com nefastos efeitos para os demais agentes, para os consumidores e para a sociedade em geral. Há de se proteger o capitalismo dos capitalistas, pois ainda permanece verdadeira a clássica asserção de Montesquieu: todo aquele que tem poder tende a dele abusar; o poder vai até onde encontra limites” (PETTER, 2008:223).

A considerar todas essas colocações, não faltam argumentos favoráveis para subsidiar a possibilidade de reforma das Decisões Disfuncionais com fundamento na aplicação das diversas teses e instrumentos jurídicos analisados anteriormente, geralmente sob o pretexto de dar aplicação a princípios jurídicos como igualdade, livre iniciativa, liberdade de empresa, e livre concorrência.

A título meramente exemplificativo, BORGES (1999:181) sugere que Decisões Disfuncionais da CSLL talvez possam ser revistas em razão da supremacia da CF/88 ou da alteração do estado de direito na forma do Parecer PGFN nº 492/11, enquanto NERY JR (1999:897) parece vislumbrar a possibilidade de revisão por força de uma aplicação do princípio da proporcionalidade.

Os argumentos são muitos e diversos, mas, de maneira geral, seus cernes parecem gravitar em torno de proposições no sentido de não ser adequado considerar SARAIVA FILHO (2005:116) que uma determinada pessoa possa aplicar indefinidamente de uma decisão judicial que lhe ofereça um benefício vedado às demais pessoas em posição jurídica semelhante, pois isso, de alguma forma, vai de encontro à plena fruição dos direitos e garantias discutidos acima.

3.4.2. Coisa julgada, prestação jurisdicional e estabilização das pretensões sociais

Por outro giro, autores GIANETTI (2013:35) e SANTIAGO (1999:117), além do próprio STF, no RE nº 146.331/SP, afirmam que a principal característica da coisa julgada é a estabilização das pretensões sociais que advém do término do processo, sendo essa uma decorrência direta e necessária da prestação jurisdicional que os cidadãos demandam do Poder Judiciário.

Em sentido semelhante, autores como VALVERDE (2004:128) e ALBUQUERQUE (2010:62) alçam a coisa julgada à categoria de direito fundamental, protegido como cláusula pétrea, que todos os cidadãos possuem no sentido de ver os processos nos quais sejam parte chegar a um fim efetivo para, então, ter a segurança, ou paz de espírito, de que a decisão proferida nos autos não estará mais sujeita à revisão do Poder Judiciário, qualquer que seja ela.

Como resultado, também parece ser possível construir uma sólida argumentação jurídica em favor da conservação de Decisões Disfuncionais protegidas pela coisa julgada, pois, como assinala SANTIAGO (1999:115), “a coisa julgada (...) encerra o princípio da segurança jurídica, em contraposição ao princípio da supremacia constitucional (...) um desdobramento do princípio maior da segurança jurídica.”

Essa argumentação parece, ainda, encontrar sustentação entre aqueles que defendem a intangibilidade da coisa julgada por acreditarem que a sua desconstituição ou reforma seria algo mais danoso, ou perigoso, do que quaisquer outras considerações práticas que poderiam advir da manutenção de uma Decisão Disfuncional, quaisquer que sejam os seus efeitos ou consequências individuais.

Em suporte a esse pensamento, pode-se ponderar que “uma decisão judicial introduz eventualmente uma certa desigualdade interpessoal, tolerada pela Constituição Federal,” sendo essa desigualdade, portanto, juridicamente irrelevante (BORGES, 1999:172), ou talvez aceitar que o sistema jurídico brasileiro simplesmente “admite” a existência de Decisões Disfuncionais como um subproduto (eventual) das regras vigentes, ou da concepção que atualmente se tem delas.

Caso esses pontos de vista sejam aceitos, tanto a existência de Decisões Disfuncionais quanto a suposta inadequação das ferramentas jurídicas existentes na legislação brasileira para os casos de desconstituição dessas decisões (em razão exclusivamente de sua disfuncionalidade) não teriam nada de surpreendente.

Nesse caso, as Decisões Disfuncionais seriam vistas como uma idiossincrasia do próprio sistema jurídico brasileiro, por vezes indesejada, e não haveria nada que ser feito em razão das mesmas senão aceitá-las como tal, inobstante o tempo que a disfuncionalidade perdurar.

Quando muito, caberia aos (alegadamente) prejudicados buscar a “modificação no estado de fato ou de direito” por meio dos canais políticos adequados e, assim, forçar a incidência da regra prevista no inciso I do artigo 471 do CPC como meio para interromper os efeitos ocasionados por uma Decisão Disfuncional.

3.4.3. Ponderação e resposta certa

Não faltam propostas para a solução da problemática das Decisões Disfuncionais que levem em consideração diversas teorias jurídicas que pretendam solucionar a contraposição de regras ou princípios constitucionais (tais como a coisa julgada, livre concorrência etc.) por meio de “ponderação,” ou identificação de “repostas corretas.”

Essas teorias, contudo, podem ser criticadas por três perspectivas diversas, quais sejam: (i) dificuldade de identificar os contornos e núcleo de significação de normas jurídicas de textura aberta, como é o caso dos princípios constitucionais, (ii) dificuldade de identificar critérios justos e objetivos para solucionar eventual colisão de princípios, e (iii) dificuldade de manejar os instrumentos processuais disponíveis para se atingir o objetivo desejado.

Quanto à primeira perspectiva, muito já se escreveu, no Brasil, com relação às dificuldades enfrentadas pelo aplicador do direito que busca identificar e delimitar a carga semântica de um princípio constitucional. Tal é a multiplicidade de marcos

teóricos que eles mais servem para confirmar a dificuldade do tema, bem como a variedade de abordagens oferecidas pelos vários autores, do que para dissipar o elevado grau de incerteza e indefinição que permeia o estudo desse assunto.

Assim, causa alguma perplexidade que os mais diversos aplicadores do direito reclamem a aplicação desse ou daquele princípio na solução de um caso prático quando, a bem da verdade, existe pouca certeza tanto com relação ao conteúdo da regra invocada quanto, pior ainda, ao conteúdo da regra combatida.

Mas essa é apenas a dificuldade inicial, pois, ainda que se consiga identificar e delimitar os contornos de significação dos princípios constitucionais envolvidos de maneira precisa e irrefutável, caberá ao intérprete, ainda, manejá-los de maneira a evitar o indesejável confronto entre posições juridicamente protegidas ou, caso isso não seja possível, eleger ferramental teórico adequado para a solução ou harmonização de conflitos entre princípios constitucionais.

Assim, pela segunda perspectiva, se por um lado as dificuldades teóricas ocasionadas pelos conflitos entre princípios constitucionais parecem ser mais marcadas do que a dificuldade em delimitar seu sentido, por outro lado, a grande maioria dos autores brasileiros parece se filiar à duas correntes de pensamento bastante conhecidas, quais sejam, a teoria das ponderações de ALEXY (2010:49), e a teoria da resposta certa (única) de DWORKIN (1986:338).

Em apertada síntese, considera-se ocorrer um “conflito” entre princípios constitucionais³⁸ quando normas³⁹ jurídicas de índole constitucional são invocadas como fundamento de pretensões jurídicas opostas, de maneira que a solução de um

³⁸ A depender do marco teórico utilizado, essa mesma problemática pode ser apresentada como conflito, colisão, ou aplicação horizontal de “valores,” de “direitos fundamentais,” de “*hard norms*” etc.

³⁹ Algumas normas constitucionais, como por exemplo a garantia da “dignidade da pessoa humana” ou “do direito à vida,” são tão ambíguas que não seria exagero conceber situações de conflito “interno,” nas quais ambas as partes invocam a mesma garantia para subsidiar posições jurídicas antagônicas. Uma possibilidade, admitidamente simplista mas ainda elucidativa, seria aquela em que alguns decidissem defender a legalização do aborto com fundamento na “dignidade da pessoa humana” da gestante, que não deveria ser obrigada a conceber um filho que não deseja, enquanto outros defenderiam a manutenção do *status quo* por considerarem que um aborto voluntário iria de encontro, justamente, à “dignidade da pessoa humana” da gestante, independentemente da opinião dela sobre o assunto.

impasse desse tipo necessariamente enseja a prevalência, ainda que marginal, de uma posição valorativa (e, portanto, de uma norma/regra) em detrimento da outra.

Nesse sentido, ALEXY (2010:47) sugere que o conflito entre princípios (*i.e.* “regras de otimização,” na opinião do autor) pode ser resolvido por meio um sistema de ponderações que consiste, essencialmente, na identificação do “peso” ou “importância” de cada garantia/princípio em cada situação fático-jurídica.

Assim, defronte a uma situação concreta de conflito, primeiro se identificaria a magnitude de não-satisfação de um dos princípios para, em seguida, identificar-se a relevância de eventual não-satisfação do outro princípio e, então, estabelecer-se uma relação harmoniosa entre ambos, que enseje o menor sacrifício e a maior concreção jurídica possível.

DWORKIN (1986:348), por outro lado, propõe um marco teórico diverso ao sugerir que verdadeiros conflitos entre garantias/princípios constitucionais não existem, pois nenhum conflito aparente deveria resistir a uma análise suportada pela teoria moral de integridade que desenvolve, e que deveria permitir a obtenção de uma única resposta correta para cada um desses aparentes dilemas.

Contudo, em que pesem ambos os autores serem brilhantes, cada um à sua própria maneira, bem como terem claramente contribuído para o engrandecimento da teoria jurídica tanto em seus próprios países quanto no Brasil, o recurso às teorias da “ponderação” e da “resposta única” não parece ser a “tábua da salvação” no caso das Decisões Disfuncionais.

Isso ocorre pelo simples fato de um conflito entre garantias/princípios constitucionais invariavelmente se encerrar por meio de uma declaração de validade ou precedência necessariamente consubstanciada em uma sentença judicial, de maneira que a escolha por uma ou outra teoria nada mais é do que a escolha pelo caminho lógico-dedutivo que deveria ser percorrido pelo julgador para fins de prolação da referida decisão.

Tem-se, contudo, que a problemática das Decisões Disfuncionais se materializa justamente em momento posterior à atuação do Poder Judiciário ter se esgotado por meio da prolação de uma sentença válida, sendo essencialmente irrelevante se o caminho percorrido pelos julgadores levou em consideração esta ou aquela teoria jurídica (ou, talvez, nenhuma delas).

Em outras palavras, a discussão relativa ao conflito de garantias/princípios e, portanto, da aplicação das teorias da “ponderação” ou “resposta única” é necessariamente prévia à prolação de uma Decisão Disfuncional, e não pode ocorrer em momento posterior pelo simples fato de a concretização de uma Decisão Disfuncional pressupor o encerramento válido e legal do processo judicial em que foi proferida, de maneira a configurar a proteção da coisa julgada.

Críticos desse ponto de vista poderiam apontar, com alguma razão, a possibilidade de uma discussão desse tipo ocorrer no âmbito de um processo judicial que, de alguma maneira, coloque em cheque a legitimidade de uma Decisão Disfuncional, da maneira como foi brevemente explorada nos subitens anteriores.

Nesse caso, seria possível conceber um conflito entre o princípio constitucional da “coisa julgada,” como principal fundamento de legitimidade da Decisão Disfuncional, e diversos outros princípios constitucionais que alegadamente poderiam sugerir a sua desconstituição, flexibilização etc. em prol de um suposto “bem maior,” “mal menor,” ou “impossibilidade de outra solução.”

A possibilidade parece de fato existir, e a rediscussão de uma Decisão Disfuncional no âmbito de um novo processo judicial, bem a superveniência de uma nova decisão que a desconstitua, é algo admitido como possível enquanto dado da realidade.

Entretanto, do ponto de vista teórico, a questão é no mínimo “pantanososa.” Por um lado, admitir que uma Decisão Disfuncional seja rediscutida no âmbito de um novo processo judicial, é essencialmente negar vigência à coisa julgada enquanto garantia objetiva de efetividade da prestação jurisdicional, caso ausentes as possibilidades de revisão expressamente previstas no CPC.

É admitir que um processo pode não ter fim, e que decisões podem ser revistas em razão de circunstâncias estranhas à lide em si, ou mesmo sujeitar a Parte Beneficiada a julgamentos morais e incertezas que deveriam ser afastadas justamente em virtude da superveniência da garantia da coisa julgada.

Por outro giro, também é admitir que a própria decisão judicial que desconstituir a Decisão Disfuncional possa ser objeto de contestação judicial, por possível vulneração justamente ao princípio constitucional da coisa julgada, o que facilmente poderia degenerar para um círculo vicioso de contestações e respostas que, frise-se novamente, é justamente o que a coisa julgada visa evitar.

Caso o ponto final possa ser contestado, então ele invariavelmente não será o ponto final. E uma vez tomado esse curso de ação, é possível que o ponto final se torne elusivo, fugidio, inalcançável a tempo de produzir um resultado eficaz para qualquer das partes no conflito.

Assim, portanto, não parece ser possível identificar critérios jurídicos adequados ou objetivos para solucionar eventual colisão de garantias/princípios, quaisquer que sejam eles, no âmbito de uma discussão judicial envolvendo a problemática das Decisões Disfuncionais, sem que isso invariavelmente seja feito de uma maneira que remonte à problemática de vulneração da coisa julgada já analisada nos subitens anteriores.

Finalmente, pela terceira perspectiva apontada acima, a análise desenvolvida até aqui parece oferecer subsídios para se sustente proposição no sentido de as Decisões Disfuncionais decorrem de determinadas incongruências ocasionadas tanto pela dinâmica do sistema jurídico brasileiro quanto da concepção aparentemente em voga que se tem de determinados princípios e garantias jurídicas, dentre as quais se destacam a “coisa julgada” e o “livre convencimento do juiz.”

Nesse contexto, ainda que seja teoricamente possível construir teorias jurídicas para sustentar a inexistência das Decisões Disfuncionais, majoritariamente com fundamento em interpretações dos princípios jurídicos da igualdade e livre

concorrência, ou defender sua desconstituição por meio de diversos instrumentos jurídicos, dentre os quais se destaca o inciso I do artigo 471 do CPC, a hipótese de trabalho selecionada oferece evidência empírica, clara e direta, no sentido dessa ser uma empreitada de sucesso duvidoso. (Charlie Brown só conseguiu chutar a bola que Lucy segurava em um especial natalino, e apenas porque Lucy deixou.)

Em outras palavras, a surpreendente sobrevida da discussão quanto à inconstitucionalidade da CSLL sugere que as Decisões Disfuncionais sejam uma realidade do sistema jurídico brasileiro, ainda que sua ocorrência seja incomum, e que esse mesmo sistema não oferece instrumentos jurídicos adequados para a desconstituição dessas decisões.

Quando muito, os atores envolvidos parecem capazes de formular apenas teorias bastante persuasivas, do ponto de vista econômico ou de concepções acadêmicas de igualdade ou livre iniciativa, mas pouco persuasivas do ponto de vista da prática judicial, porquanto geralmente apoiadas em interpretações complexas de regras que claramente não foram criadas para solucionar casos envolvendo Decisões Disfuncionais.

Nesse contexto, ganha força a percepção que a desconstituição de Decisões Disfuncionais por meio de instrumentos jurídicos “inadequados” (MACHADO, 1991:10) poderia, realmente, ser pior do que a simples manutenção dessas decisões, e a imposição de certo ônus econômico à sociedade.

Afinal, criar uma distorção (uso controverso ou inadequado de regras ou teorias jurídicas) apenas para combater outra distorção (Decisões Disfuncionais) parece ser algo realmente questionável, tanto por fragilizar a garantia da coisa julgada, e quanto por colocar em cheque tantas outras relações estabilizadas por decisões que não são disfuncionais, mas que, uma vez aberta a Caixa de Pandora, poderiam ser questionadas por meio dos mesmos instrumentos e fundamentos jurídicos eventualmente admitidos para desconstituir uma Decisão Disfuncional.

Conclusão nesse sentido parece acarretar elevado potencial de perturbação social, e mesmo de desestabilização do tecido constitucional, por potencialmente

fragilizar o papel principal do Poder Judiciário em nosso sistema constitucional, o que é justamente aquilo que a coisa julgada busca evitar.

3.5. Quando ninguém tem razão: ainda a CSLL!

3.5.1. O estágio atual da controvérsia que não acaba nunca

Retomando a hipótese de trabalho como exemplo representativo da problemática das Decisões Disfuncionais, não chega a surpreender que diversas das teorias jurídicas descritas acima tenham sido criadas, ou aplicadas, no contexto das disputas entre contribuintes detentores de Decisões Disfuncionais relacionadas à CSLL e autoridades fiscais contrárias à plena aplicação dessas decisões.

Novamente, o resultado dessas disputas secundárias é emblemático; os litígios foram geralmente complexos e prolongados, e poucas vezes se teve notícia de uma Decisão Disfuncional ter sido efetivamente desconstituída. (O que não quer dizer que o fisco não tenha obtido vitórias parciais, geralmente em sede de cobranças isoladas.) De maneira diversa, as várias decisões judiciais que determinaram a manutenção de Decisões Disfuncionais demonstram tanto a fragilidade das teorias jurídicas descritas acima quanto a inadequação dos instrumentos processuais empregados.

Tomando-se apenas o exemplo da hipótese de trabalho, é significativo que decisões do STJ geralmente demonstrem o aparente repúdio da Corte pela teoria da flexibilização da coisa julgada naqueles casos em que não seja possível identificar vícios formais ou materiais óbvios na Decisão Disfuncional.⁴⁰

Em sentido semelhante, determinadas decisões do STJ também parecem evidenciar uma orientação supostamente contrária à aplicação da teoria da flexibilização da coisa julgada mesmo naqueles casos de posterior consolidação da

⁴⁰ Tendo em vista que a hipótese de trabalho considera que uma Decisão Disfuncional é aquela não mais sujeita à contestação pela via ação rescisória, em virtude do decurso do prazo previsto no CPC, essa hipótese não será analisada em maiores detalhes. Contudo, parece existir ao menos uma inclinação do STJ pela inadmissibilidade de Ações Rescisórias no caso das Decisões Disfuncionais da CSLL que não apresentem, claramente, os vícios formais necessários para o ajuizamento das ações rescisórias.

jurisprudência pelo STF, conforme se pode verificar dos votos proferidos pelos Ministros da Primeira Seção do STJ no julgamento do REsp nº 1.118.893/MG, oportunidade em que se considerou que o “fato de o Supremo Tribunal Federal posteriormente manifestar-se em sentido oposto à decisão judicial transitada em julgado em nada pode alterar a relação jurídica estabilizada pela coisa julgada, sob pena de negar validade ao próprio controle difuso de constitucionalidade.”

Melhor sorte não parece assistir às teorias relativas à aplicação do inciso I do artigo 471 do CPC, pois o STJ parece considerar que diversas alterações legislativas ocorridas nos últimos anos não teriam sido suficiente representativas para caracterizar uma “modificação no estado de fato ou de direito” com relação à formatação jurídica original da CSLL.

À parte dessas medidas, outras iniciativas tendentes à desconstituição de Decisões Disfuncionais da CSLL foram tentadas, tais como o uso dos mecanismos da Reclamação, previsto no artigo 156 do Regimento Interno do STF. Contudo, melhor sorte também não lhes assistiu.

Como resultado, portanto, parece ser possível sugerir que os elementos intrínsecos do sistema jurídico brasileiro que permitem a formação de uma Decisão Disfuncional também dificultam a sua posterior desconstituição.

Em outras palavras, sugere-se que a concatenação dos princípios do “livre convencimento do julgador” e da “coisa julgada”, da maneira como atualmente entendidos pelo STF e STJ, bem como das regras jurídicas que os operacionalizam, levam a um cenário de baixa previsibilidade quanto ao resultado de julgamentos sobre matérias aptas a ensejar Decisões Disfuncionais, e que, uma vez seguidos os trâmites normais e adequados, eventuais Decisões Disfuncionais se tornam decisões protegidas por garantias jurídicas que geralmente impedem sua reforma em virtude de considerações de mérito, ou em face de consequências extra-processuais, tais como a questão da disfuncionalidade econômica.

3.5.2. Uma emenda pior que o soneto: instrumentos desafinados

Sem dúvida, o rol de teses jurídicas e instrumentos processuais apresentados ao longo deste Capítulo não pode considerado sequer remotamente exaustivo. Quando muito, tratam-se das principais teses, e dos instrumentos processuais mais utilizados, com relação à problemática apresentada, aos quais se pode somar diversos outros mecanismos jurídicos de menor expressão, ou aceitação/viabilidade questionáveis, tais como as teses e mecanismos descritos no primeiro capítulo etc.

Entretanto, a situação inescapável é que, se por um lado os argumentos favoráveis à possibilidade de reforma das Decisões Disfuncionais parecem buscar fundamento na aplicação de garantias/princípios como igualdade, livre iniciativa, liberdade de empresa, e livre concorrência, por outro lado, os argumentos pela sua manutenção levam em consideração a defesa intransigente da “coisa julgada,” o que foi considerado acima como solução mais adequada no âmbito de um processo judicial, dadas as circunstâncias da análise.

Sustenta-se, assim e portanto, que a melhor solução para a problemática das Decisões Disfuncionais não deveria passar por uma nova atuação do Poder Judiciário, pois, afinal, qualquer que seja ela, necessariamente implicaria a revisão de uma decisão “final e imutável” pelo mesmo Poder que a proferiu em “caráter definitivo,” depois de analisar “todos os fundamentos jurídicos relevantes.”

Ademais, se o cerne da problemática das Decisões Disfuncionais é, justamente, a disfuncionalidade que esse tipo de decisão pode acarretar com relação a uma mercado relevante, parece que análise relativa a efetiva existência de efeitos disfuncionais não seria atribuição afeita à competência ou funcionamento dos órgãos do Poder Judiciário, mas sim às autoridades com jurisdição sobre tais assuntos.

Mas essa é apenas a teoria. Em termos práticos, contudo, a realidade inescapável é que, filigranas jurídicas à parte, não parece razoável admitir que um agente econômico explore uma incongruência jurídica, que se mostra relevante apenas em casos muito restritos e específicos, para, potencialmente, desestabilizar o *status*

quo de todo um mercado relevante e, eventualmente, impactar adversamente diversas cadeias de relações de trabalho, fornecimento, consumo, e concorrência, simplesmente porque foi contemplado na loteria do Poder Judiciário com uma decisão que seus concorrentes jamais poderão emular.

A questão, portanto, passa a ser “como resolver esse problema prático fora do âmbito de um processo judicial?” e, nesse contexto, identificar-se (i) quais autoridades teriam, então, capacidade e jurisdição para mitigar ou frustrar os efeitos perniciosos de Decisões Disfuncionais, e (ii) como essas medidas seriam operacionalizadas, caso possíveis.

Obviamente não se trata de uma pergunta fácil, e qualquer resposta a que se chegue fatalmente estará sujeita a controvérsia e contestação próprias. Logo, não se pretende atribuir à elas, pergunta e resposta, qualquer caráter de definitividade, ou ares de incontestabilidade.

Pretende-se, sim, oferecer uma alternativa que se reputa teoricamente viável, ainda que não necessariamente ideal, e cuja implementação independa de alterações legislativas de fôlego, sem prejuízo de outras soluções (melhores, piores, ou diferentes) que possam ser sugeridas no futuro por outros autores mais capazes.

VI. A SOLUÇÃO MENOS RUIM

4.1. E agora, quem poderá nos defender?

Se, por um lado, a CF/88 contém diversos comandos e orientações normativas voltadas à estabilização das pretensões sociais e segurança jurídica e mitigação das assimetrias de mercado, por outro lado, é pródiga em princípios e regras de textura aberta, e econômica em regras de harmonização e conformação das decisões judiciais de primeira e segunda instâncias aos precedentes dos Tribunais Superiores.

Além disso, não considera qualquer possibilidade de controle judicial preventivo quanto à constitucionalidade ou legalidade das normas jurídicas criadas pelos Poderes Executivo ou Legislativo, pois, no Brasil, tal controle se afigura primordialmente repressivo, pelas vias concreta (ações individuais) e abstrata (ações diretas de inconstitucionalidade etc.).

Nesse sentido, propõem-se aqui que a combinação desses elementos com as circunstâncias discutidas nos Capítulos anteriores virtualmente assegura que, de tempos em tempos, surgirão de Decisões Disfuncionais e que, no referido contexto, isso possivelmente configura (mais) uma anomalia do sistema jurídico brasileiro, até porque não parece razoável conceber um sistema jurídico projetado para dar concretude a conflitos internos.

Prova disso é o próprio “caso concreto” escolhido como hipótese de trabalho, bem como a real possibilidade de sua replicação com relação às mais variadas questões jurídicas que, submetidas à análise do Poder Judiciário, de tempos em tempos possivelmente formarão novas Decisões Disfuncionais em matéria trabalhista, de meio ambiente etc.

Em sentido semelhante, também se argumentou que o Poder Judiciário alegadamente não dispõe de ferramentas jurídicas adequadas para enfrentar o problema das Decisões Disfuncionais, pois carece de meios para expurgar essa

anomalia pela via “tradicional,” qual seja, pela interpretação das próprias leis e princípios constitucionais que permitem a formação das Decisões Disfuncionais.

Em larga medida, essa alegada falta de ferramentas e meios para lidar com a problemática das Decisões Disfuncionais parece ser agravada, em última análise, pelo papel desempenhado pela coisa julgada no sistema jurídico brasileiro, e a concepção que atualmente se tem desse princípio/garantia.

O Poder Judiciário, como se demonstrou acima pela análise da hipótese de trabalho, simplesmente não pode se manifestar fora de um processo judicial concreto e, nesse âmbito, dificilmente poderá superar os efeitos da cláusula de garantia representada pela coisa julgada na ausência de vícios formais ou “modificação no estado de fato ou de direito” prevista no inciso I do artigo 471 do CPC, ou mesmo, na realidade atual, garantir que todos os magistrados apliquem as regras jurídicas de uma mesma maneira. Pelo menos enquanto a cassação de uma Decisão Disfuncional não for admitida pela simples razão de sua disfuncionalidade.

Em outras palavras, se o próprio Poder Judiciário produziu uma norma concreta com eficácia *inter partes* protegida pela coisa julgada, e, se esse é um dos objetivos últimos da própria existência de um Poder Judiciário, então, buscar a reforma da Decisão Disfuncional no âmbito do próprio Poder Judiciário (sem que isso seja expressamente permitido por uma norma clara nesse sentido) é algo que, no contexto jurídico vigente, poderia colocar em cheque tanto o instituto da coisa julgada quanto as próprias funções institucionais das cortes brasileiras.

Desse modo, chega-se à tese principal defendida nesta dissertação, qual seja, que, na ausência de uma regra jurídica expressa que permita ao Poder Judiciário rever o mérito de suas próprias decisões na hipótese de ser verificada uma situação de disfuncionalidade, o combate às Decisões Disfuncionais parece demandar os esforços de agentes cuja atuação seja (obviamente) legitimada pelo sistema jurídico, mas, ao mesmo tempo, esteja pautada pela busca de resultados finalísticos não subordinados à lógica de um processo judicial.

Em outras palavras, procura-se um agente cujo mandato legal lhe permita reestabelecer o equilíbrio que foi perturbado pela Decisão Disfuncional, de modo a reduzir a vantagem que o descumprimento sancionado da Regra Geral proporciona à Parte Beneficiada em face dos Jurisdicionados, mas que o faça de maneira “indireta,” sem entrar no mérito da própria Decisão Disfuncional (posto que esta seara é, e deve continuar a ser, privativa do Poder Judiciário) e, sem ter que enfrentar a dificultosa questão da coisa julgada que foi discutida no Capítulo anterior.

Por esse critério, os dois principais (e óbvios) candidatos legitimados a desempenhar esse papel de agente harmonizador seriam justamente os Poderes Legislativo e Executivo, neste último caso, propõe-se, representado pelos órgãos especializados do SBDC.

O Poder Legislativo, contudo, possivelmente não é o melhor candidato para a tarefa descrita acima, pois (i) tem atuação primordialmente política, ao invés de técnica, (ii) não é propriamente uma instância de julgamento, nem pauta a sua atuação pela avaliação pormenorizada de provas, evidências etc., e (iii) quando atua, invariavelmente acaba por mudar as regras do jogo (ou seja, a Regra Geral), o que vai de encontro ao objetivo de harmonização dos efeitos de uma Regra Geral preexistente com relação a um mercado relevante.

Ou seja, considerado o contexto acima, parece ser mais provável que esforços legislativos para a correção de disfuncionalidades decorrentes de decisões judiciais seriam mais propensos a criar outras novas disfuncionalidades, do que a simplesmente equacionar um problema pontual.

Isso sem levar em consideração a circunstância de ser pouco prático movimentar todas as engrenagens do processo legislativo a cada suposta ocorrência de disfuncionalidade ocasionada por uma decisão judicial, bem como o potencial de desestabilização do *status quo* em outros mercados relevantes, ou de outras Regras Gerais, a cada alteração legislativa realizada para corrigir uma Decisão Disfuncional.

A menos, é claro, que se admita a cassação de uma Decisão Disfuncional pelo Poder Legislativo, na forma do inciso XI do artigo 49 da CF/88, em razão do simples

fato de sua disfuncionalidade, o que tanto não é algo claramente factível, sob o ponto de vista da interpretação das normas jurídicas relevantes, quanto poderia ocasionar certas dificuldades sob a perspectiva da separação dos Poderes Legislativo e Judiciário cuja discussão foge do escopo deste trabalho.

Já os órgãos do SBDC, por outro lado, tem um mandato legal bem definido e que parece essencialmente adequado para a tarefa proposta neutralizar os impactos causados por uma Decisão Disfuncional que confira vantagem econômica a uma Parte Beneficiada em detrimento de um universo de Jurisdicionados.

Nesse sentido, o SBDC, ao contrário do Poder Judiciário, em princípio não precisaria se preocupar com as idiossincrasias da “coisa julgada” e o seu regime constitucional, ou com a árdua tarefa de conciliar um sem número de leis e regulamentos ambíguos e princípios constitucionais que admitem múltiplas acepções.

Pelo contrário, pois a atuação do SBDC depende apenas da configuração de “abuso do poder econômico,” e a configuração do “abuso do poder econômico”, na forma da lei, em princípio independe de causas lícitas ou ilícitas, conforme será discutido a seguir.

Além disso, ao contrário do Poder Legislativo, o SBDC (i) tem atuação precipuamente técnica, ao invés de política, (ii) é propriamente uma instância de julgamento, que pauta a sua atuação pela avaliação pormenorizada de provas, evidências etc., e (iii) atua segundo regras preestabelecidas, e não tem legitimidade política ou jurídica para mudar as regras do jogo (ou seja, a Regra Geral), o que vai ao encontro do objetivo de harmonização dos efeitos de uma Regra Geral preexistente com relação a um mercado relevante.

Assim, tendo em vista que o mandato legal do SBDC é garantir a concorrência independentemente de ponderações específicas dentro de um processo judicial *inter partes*, e que a atuação do SBDC esta primordialmente baseada em um diagnóstico de fatos e circunstâncias, ao invés de baseada em ponderações sobre as causas e origens desses fatos e circunstâncias, parece possível concluir pela conveniência do

desempenho da tarefa em questão pelo SBDC. Resta saber, contudo, se essa atuação seria possível em face da legislação atual.

4.2. Uma nova dimensão para a atuação das autoridades antitruste

A questão jurídica colocada possui dois aspectos principais, quais sejam (i) saber se assimetrias no cumprimento de uma Regra Geral podem ser entendidas como práticas anticoncorrenciais, e (ii) em caso afirmativo, saber se a conclusão se mantém naqueles casos em que essas assimetrias decorrem de uma decisão judicial transitada em julgado (*i.e.* Decisão Disfuncional).

Cada um desses aspectos será tratado nos dois subitens a seguir para se concluir, no terceiro subitem, pela possibilidade de atuação do SBDC naqueles casos em que o legítimo cumprimento de uma Decisão Disfuncional representar conduta ilícita prevista nas hipóteses do artigo 36 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 (“Lei nº 12.529/11”).

4.2.1. Conceitos gerais, marco teórico e a hipótese de trabalho

O §4º do artigo 173 da CF/88 prevê que a “lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”, sendo este um papel que o *caput* do artigo 174 da CF/88 atribui ao Estado como “agente normativo e regulador da atividade econômica.”

Naquilo que interessa a este trabalho, a atuação do Estado com relação à defesa da concorrência é primordialmente exercida e concretizada por meio da atuação dos órgãos do SBDC na forma prevista pela Lei nº 12.529/11:

“Art. 1º. Esta lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função

social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei.”

Nesse sentido, a Lei nº 12.529/11 é expressa em conferir amplo mandato legal ao SBDC para fins da atuação proteção à ordem econômica por meio da prevenção e repressão às infrações concorrenciais.

Resta, contudo, explicitar o marco teórico adotado para orientar a aplicação dos diversos conceitos e institutos jurídicos centrais para a discussão do tema proposto, conforme constantes da CF/88 e da Lei nº 12.529, bem como esclarecer a aceção que se dará a esses vários conceitos e institutos.

O marco teórico adotado, em síntese, é aquele que parte de uma análise jurídica dos institutos envolvidos e considera que o objeto do direito concorrencial é a proteção à própria (possibilidade de) concorrência em sua concepção institucional (GRINBERG, 1996:54) (FARIA, 1990:151) (SCHUARTZ, 1994:15) (CARVALHO, 2012:47) –e não alguma espécie qualquer de proteção ao mercado em si, aos agentes econômicos, ou mesmo consumidores, cujos interesses, contudo, são objeto de proteção mediata das normas concorrenciais (SALOMÃO FILHO, 2003:48):

“O direito concorrencial, em sua concepção institucional, não impõe um resultado, ou efeito econômico, mas garante que o relacionamento entre concorrentes se dê de formal leal e que a concorrência efetivamente exista, não sendo substituída por relações de poder, típicas dos mercados livres. Pretende-se, assim, assegurar que os agentes econômicos descubram as melhores opções e ordenem as relações econômicas da forma mais justa e equilibrada. (...)

A garantia de efetiva concorrência (e não de mercado) é, portanto, o valor central do direito concorrencial. Na sua aplicação, deve o Estado agir com energia, garantindo a existência de concorrência.”

Nesse sentido, considerada a premissa de proteção à (possibilidade de) concorrência como bem jurídico valioso em si mesmo, é de se perguntar, então, se a efetiva atuação do SBDC no controle das condutas dos agentes econômicos deveria estar condicionada à verificação de efetivos prejuízos à concorrência, ou se a mera potencialidade de prejuízo já seria suficiente.

A questão sem dúvida é polêmica, e daria margem para debate amplo e complexo, que certamente foge ao objetivo deste trabalho, até porque não necessariamente impacta na sua conclusão final, como se verá a seguir.

Desse modo, para fins da discussão em curso e como desdobramento do marco teórico escolhido, basta saber que também se aceita que para alcançar “uma real proteção da existência da concorrência [é] preciso afastar-se do requisito de existência de prejuízo efetivo ao concorrente e aproximar-se da ideia de efeito potencial” (SALOMÃO FILHO, 2003:96). Vale dizer:

“[A] a punição a abusos do poder econômico que possam ferir a ordem concorrencial se faça a partir de critérios objetivos, em especial a partir da análise dos possíveis efeitos das condutas sobre o objeto jurídico (a instituição) protegido. É isso que a Constituição procurou deixar claro ao enumerar as consequências do abuso do poder econômico. Os efeitos das condutas são, no texto constitucional, os objetivos visados pelo ato abusivo. O ilícito configura-se na presença do objetivo de atingir aquelas consequências econômicas.

Nesse sentido, confira-se o entendimento de FERRAZ JR. (2006:134) quanto ao objeto e alcance da lei antitruste brasileira:

“[c]onforme a estrutura da infração por abuso de poder econômico, como decorre tanto da norma constitucional (Constituição Federal, art. 173, IV) como da norma legal (Lei nº 8.884/1994, arts. 20 e 21), o

abuso do poder não está nas práticas empresariais, comerciais, industriais em si, mas nos seus efeitos sobre o mercado concorrencial. Ou seja, a lei brasileira não pune os agentes econômicos por *condutas* em si anticoncorrenciais, mas por *efeitos* anticoncorrenciais de condutas *concorrenciais*”.

Em sentido semelhante, entende SALOMÃO FILHO (2003:96) que “a existência de uma intenção racional ou plausível de atingir determinada posição de mercado já implica o risco de produção de efeitos, e vice-versa,” pois, “admitida a racionalidade dos agentes econômicos, o maior indício de que uma conduta anticoncorrencial visa efetivamente a um objetivo anticoncorrencial é que seja possível atingi-lo.” É de se dizer, portanto, que

“(...) a lei brasileira não impõe a produção concreta dos efeitos para caracterizar a ilicitude. Basta a potencialidade de sua ocorrência. Além disso, os efeitos (ou sua potencialidade) não são um critério único, mas apenas uma alternativa à existência da intenção (objetivo) de eliminar os concorrentes do mercado.”

Em outras palavras, é expressamente aceito, como premissa teórica, que a execução do mandato constitucional outorgado ao SBDC consiste, principalmente, na preservação da potencialidade de concorrência, e que sua atuação efetiva deve ter por objetivo tanto condutas que causem, quanto condutas que possam causar (*i.e.* tenham a potencialidade), real prejuízo à concorrência, na forma tipificados pela CF/88 e pelo artigo 36 da Lei nº 12.529/11.

Por fim, é necessário esclarecer, ainda que, pelo menos do ponto de vista teórico, a solução proposta neste trabalho evita a problemática da coisa julgada que a princípio impede a ampla revisão das Decisões Disfuncionais pelo Poder Judiciário, pois, uma vez admitida a possibilidade de atuação do SBDC na repressão de ilícitos concorrenciais relacionados à atuação da Parte Beneficiada no mercado (*i.e.* ato tendente a dominar mercado relevante, aumento arbitrário dos lucros etc.), tem-se que

a referida atuação teria por objeto as decorrências econômicas do cumprimento de uma Decisão Disfuncional (não protegido pela coisa julgada), e não a Decisão Disfuncional em si mesmo considerada (obviamente protegida pela coisa julgada).

A diferença é sutil, porém fundamental, na medida em que permite operacionalizar todo o raciocínio quanto a atuação do SBDC no combate aos ilícitos concorrenciais eventualmente ocasionados pelo legítimo cumprimento de uma Decisão Disfuncional, os quais podem assim ser entendidos como ilícitos justamente por não se confundirem com a Decisão Disfuncional, e por permitirem controle sem necessidade de reabrir a discussão de mérito que levou à formação da Decisão Disfuncional (*i.e.* não há discussão relativa ao conteúdo da Decisão Disfuncional, ou à coisa julgada, que fica preservada em sua concepção formal).

Isso posto, resta retomar o ponto de partida e adentrar na discussão teórica quando a possibilidade de caracterização de um ilícito concorrencial, na forma do artigo 36 da Lei nº 12.529/11, em razão do cumprimento assimétrico de uma Regra Geral para, então, se verificar se raciocínio semelhante poderia ser aplicado ao caso das Decisões Disfuncionais.

4.2.2. A problemática do cumprimento assimétrico de uma Regra Geral

Apesar de os órgãos do SBDC, e do Poder Judiciário, ainda não terem se pronunciado de maneira expressa, direta, e inequívoca sobre a possibilidade de repressão a desequilíbrios concorrenciais decorrentes do estrito cumprimento de uma decisão judicial –sendo esse, claramente, um tema bastante controverso–, já se tem notícia de algumas poucas manifestações que advogam, tácita ou expressamente, em favor do reconhecimento de um ilícito concorrencial em razão do cumprimento assimétrico de uma Regra Geral.

Partindo-se novamente da hipótese de trabalho, que deverá delinear o raciocínio a ser expandido para todas as demais hipóteses de Decisões Disfuncionais em matéria não-tributária, nota-se que um dos argumentos utilizados no Parecer PGFN nº 492/11 foi justamente no sentido de considerar que “uma decisão judicial

transitada em julgado que (...) desonere determinada empresa do pagamento de um dado tributo, quando inexistir decisão similar a beneficiar as demais empresas que atuam no mesmo segmento, possui o condão de impactar de forma direta o desempenho da empresa autora no mercado, tornando-a, ao menos em tese, mais competitiva.” Ainda:

“90. Uma vez compreendida a capacidade que esse tipo de decisão judicial [*i.e. Decisões Disfuncionais*] possui de impactar as relações econômicas entre as empresas que atuam num mesmo mercado relevante, já se faz possível apreender, ainda que não em sua totalidade, a magnitude da ofensa aos princípios da isonomia e da livre concorrência que seria infligida caso prevalecesse o entendimento de que a decisão tributária transitada em julgado (voltada à disciplina de relação jurídica tributária de trato sucessivo) (...) possui o condão de continuar irradiando a sua eficácia vinculante eternamente, inclusive em relação a fatos geradores praticados pela empresa autora após a definição do tema pela Suprema Corte.

(...)

92. Nessa hipótese, a desoneração tributária eterna conferida à empresa autora certamente aniquilaria, ou, pelo menos, prejudicaria sensivelmente, a existência de uma verdadeira relação concorrencial no segmento de mercado de que faz parte tal empresa. Note-se que, no caso, a carga tributária deixaria de ser economicamente neutra, passando a interferir nas relações econômicas de modo a desequilibrar ou mesmo eliminar a concorrência, ferindo fatalmente a isonomia.”

Nesse sentido, GRECO (2004:14) considera que a assimetria no cumprimento das regras fiscais (*i.e.* Regra Geral) entre o contribuinte que utiliza planejamentos tributários (*i.e.* Parte Beneficiada) e os demais contribuintes (*i.e.* Jurisdicionados), poderia teoricamente acarretar um desequilíbrio concorrencial:

“A competição num regime de mercado não pode se dar através de variáveis que não digam respeito à própria aptidão, criatividade ou à qualidade do produto ou serviço prestado. A variável tributária não deve ser instrumento de diferenciação entre concorrentes ou que interfira na competição. O ideal é que a tributação seja um piso único a partir do qual todos os concorrentes passem a agir. A variável tributária –salvo situações especiais com o uso extrafiscal do tributo– não deve ser elemento que diferencie os competidores no mercado, porque se isto ocorrer surgem distorções, pois começam a existir reflexos no *market share*, na participação no mercado não pelas qualidades dos produtos ou serviços ou da competência do agente econômico, mas porque ele descobriu um meio de diminuir a carga tributária e, com isto, consegue apresentar um preço melhor do que o concorrente.”

Em sentido semelhante, BORGES (1999:173) e SARAIVA FILHO (2005:116) são exemplos de autores brasileiros que, por fundamento ou outro, também consideram que a assimetria de cumprimento de uma Regra Geral tributária poderia levar a desequilíbrios concorrenciais, uma vez que, em tese, provocam alteração dos custos/despesas e, eventualmente, da própria dinâmica de produção, comercialização e consumo. Nesse sentido, VITA e DINIZ (2011:249) ponderam:

“[O] direito tributário atua de forma ativa no sistema econômico criando artificialidades de alocação de capital no direito econômico enquanto o direito concorrencial surge pressionado por valores não econômicos sendo reflexivo/passivo das condutas economicamente indesejadas (...).”

Mais emblemático, ainda que pontual e extremo, é o caso de determinada empresa fabricante de cigarros que foi analisado pelo STF no julgamento da Medida Cautelar pleiteada na Ação Cautelar nº 1.657-6/RJ.

Nesse caso, consta do Acórdão que o contribuinte teria simplesmente optado por não recolher tributos federais e contestar todas as exigências nas instâncias administrativas, hipótese em que as dívidas fiscais ficam suspensas na forma do artigo 151 do CTN, e que seus concorrentes (presumivelmente adimplentes junto ao fisco federal) teriam procurado a PGFN e o próprio STF para colaborar com os esforços de cobrança em face da progressiva perda de mercado decorrente da competição “predatória” ocasionada por um agente de mercado que não recolhe tributos e, portanto, comercializa um produto artificialmente mais barato.

A ponderação do Ministro Gilmar Mendes, no voto que proferiu por ocasião desse julgamento, é bastante oportuna para a análise do problema teórico em questão, pois o Ministro essencialmente considera que a falta de recolhimento de tributos, com consequente repasse da economia fiscal para o preço de venda, caracterizaria ofensa ao princípio da livre concorrência.

A Ação Cautelar nº 1.657-6/RJ configura, sem dúvida, um caso extremo, sendo possível presumir que a esmagadora maioria das empresas brasileiras não adota estratégia semelhante. Mas, ainda assim, serve para ressaltar a importância e as dificuldades do tema, bem como a possibilidade real de dano à livre concorrência em razão do cumprimento assimétrico de uma Regra Geral fiscal.

Por outro lado, deixando de lado a situação pontual debatida no referido processo judicial, as principais críticas à posição daqueles que defendem a eventual ocorrência de desequilíbrios concorrenciais por assimetria no cumprimento de Regras Gerais fiscais podem ser resumidas nos seguintes contra-argumentos:

(a) o planejamento tributário lícito –ou seja, aquele praticado antes da ocorrência do fato gerador, sem fraude ou simulação, e no estrito cumprimento das regras tributárias aplicáveis– é admitido pelo sistema jurídico como decorrência da livre iniciativa e da liberdade de organização da atividade empresarial. Assim, se o contribuinte não é obrigado a estruturar seus negócios da maneira a recolher o máximo de tributos possível (pelo contrário, admite-se que os negócios sejam estruturados da maneira que for menos onerosa, dentro da lei), não faz sentido prático

comparar o máximo possível de arrecadação com o valor efetivamente arrecadado em um caso concreto; e

(b) se todos os demais contribuintes/concorrentes podem potencialmente replicar uma estrutura de planejamento tributário, e, assim, auferirem economia fiscal semelhante, na prática não deveria existir desequilíbrio concorrencial, pois o custo/despesa tributário deveria ser equalizado pela adoção de práticas semelhantes por todos os agentes econômicos que estiverem competindo no mesmo mercado relevante. (Admite-se que nem sempre a equalização é plena ou imediatamente possível –em razão de fatores geográficos, históricos etc.– ou imediata, de modo que particularidades importam. O ponto, contudo, é que a possibilidade de equalização parece fazer com que conclusões imponderadas se tornem pouco persuasivas.)

Em teoria, essas críticas não invalidam a hipótese, *i.e.* que a assimetria no cumprimento de regras fiscais pode ocasionar desequilíbrios concorrenciais passíveis de regulação estatal, muito embora representem objeções importantes, e recomendem serenidade na análise do tema.

Já na prática, as objeções confirmam a hipótese, pois partem dela como premissa. E nem poderia ser diferente, já que a própria CF/88, no artigo 146-A, inserido pela Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003, reconheceu expressamente que lei complementar “poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo.”

Assim, parece ser razoavelmente claro, não obstante determinados nuances, que a assimetria no cumprimento de Regras Gerais pode teoricamente ocasionar desequilíbrios concorrenciais, especialmente naquilo que se refere às questões de natureza tributária. Nesse aspecto, as ponderações de GRECO (2004:14) são particularmente oportunas:

“(…) a Constituição reconhec[*e*] a interação que existe entre tributação e concorrência, a ponto de aquela poder causar desequilíbrios nesta.

Ou seja, reconheceu-se constitucionalmente que tributação e concorrência não são áreas estanques; ao revés, apresentam pontos de contato e influências recíprocas. Portanto, na criação, interpretação e aplicação das leis tributárias, a variável “concorrência” não pode deixar de ser considerada e as normas ou interpretações de índole tributária que implicarem ou tendencialmente conduzirem a desvios ou desequilíbrios na concorrência estarão em conflito com o princípio consagrado neste novel artigo 146-A da CF/88.”

Por outro lado, ainda que o raciocínio desenvolvido com relação à discussão relativa aos planejamentos tributários sugira a possibilidade teórica de configuração de um desequilíbrio concorrencial em alguns casos nos quais se verifique uma assimetria no cumprimento de uma Regra Geral que não seja passível de plena ou imediata replicação pelos concorrentes, tal raciocínio não necessariamente demonstra a possibilidade teórica de configuração de um desequilíbrio concorrencial no caso das Decisões Disfuncionais, pois essas duas discussões são substancialmente diferentes em pelo menos dois aspectos relevantes, quais sejam, que:

(a) dado tempo e recursos suficientes, outros competidores quase sempre poderão emular um planejamento tributário etc.; mas uma Decisão Disfuncional, por sua própria natureza, raramente será replicada pelos demais Jurisdicionados, independentemente do tempo e dos recursos que dediquem a essa tarefa (até porque, se fosse diferente, a decisão em questão não seria uma Decisão Disfuncional);⁴¹ e

(b) ao contrário do que se verifica com relação aos planejamentos tributários etc., que decorrem apenas do engenho dos contribuintes e podem ser contestados pelas autoridades fiscais a qualquer tempo, contanto que respeitados os prazos decadenciais

⁴¹ Frise-se novamente: a questão fiscal foi escolhida como hipótese de trabalho justamente por facilitar a visualização e apreensão do conceito, pelos motivos descritos acima, mas, assim como ocorre com a questão das Decisões Disfuncionais, não se identificou nenhum motivo razoável para limitar a discussão quanto aos desequilíbrios concorrência nas assimetria de cumprimento de Regras Gerais às Regras Gerais tributária. A rigor, aliás, um exemplo hipotético de assimetria no cumprimento de regras do Banco Central por instituições financeiras parece ser mais preocupante, e potencialmente mais danoso, do que qualquer exemplo que se possa formular com relação a um contribuinte individual, qualquer que seja ele.

e prescricionais previstos no CTN, as Decisões Disfuncionais são, efetivamente, ordens judiciais, e, portanto, não poderiam, em regra, ser simplesmente “contestadas” pelas autoridades fiscais por meio de uma autuação, ou revistas pelo próprio Poder Judiciário em razão da proteção proporcionada pela coisa julgada.

Infere-se desse raciocínio que a Parte Beneficiada que aplica uma Decisão Disfuncional está apenas e tão somente dando estrito cumprimento a uma ordem judicial decorrente de um direito reconhecido pelo Poder Judiciário no âmbito de um processo legal válido e regular, sendo presumível que eventual discordância da Autoridade responsável pela fiscalização da Regra Geral (*e.g.* no caso da hipótese de trabalho, as autoridades fiscais) já foi manifestada, analisada, e descartada, ao longo de muitos anos de debates, e não cabendo aos demais Jurisdicionados se insurgir contra o resultado de um processo judicial com relação ao qual não eram parte, e não possuíam um interesse jurídico comum para fins do artigo 50 do CPC.

Assim, o que se pretende demonstrar, com apoio no conveniente exemplo das discussões relacionadas a eventual caracterização de desequilíbrio concorrencial em razão de planejamentos tributários, é que nem todos os casos de cumprimento assimétrico de uma Regra Geral deveriam ser passíveis de configurar um ilícito concorrencial, mas apenas aqueles que não podem ser (i) replicados por concorrentes Jurisdicionados que decidam aplicar recursos e esforços em tal mister, ou (ii) questionados pela Autoridade responsável por exigir o cumprimento uniforme da Regra Geral em questão.

Em outras palavras, o cumprimento uniforme de Regras Gerais por todos os Jurisdicionados é considerado algo geralmente quisto e valioso, mas exigí-lo, fiscalizá-lo, ou sancionar transgressões quanto ao mesmo não é tarefa que deveria competir ao SBDC, mormente quando concorrentes podem livremente replicar o comportamento aparentemente mais vantajoso adotado por um agente de mercado e, com isso, colocam-se em posição de sofrer as sanções jurídicas decorrentes de eventual engano quanto à legalidade ou constitucionalidade da prática que adotarem.

Feito esse esclarecimento, resta saber, se a possibilidade teórica de configuração de um desequilíbrio concorrencial no cumprimento assimétrico de uma Regra Geral se mantém também no caso específico das Decisões Disfuncionais.

4.2.3. Configuração do ilícito concorrencial

Ironicamente, e pela primeira vez ao longo desta dissertação, a hipótese de trabalho parece ser aquela que permite a obtenção da resposta mais simples à problemática colocada, pois a configuração de um ilícito concorrencial em matéria tributária parece apoiada em previsão constitucional expressa.

Nesse sentido, o artigo 146-A da CF/88 contém uma sutileza que, por vezes, pode escapar ao leitor menos atento, que descarta a sua aplicabilidade ante a inexistência da lei complementar “estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência,” e sequer chega a ponderar sobre as implicações da parte final, qual seja “sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo.”

Ora, o objetivo mencionado na parte final do caput do artigo 146-A da CF/88 só pode ser aquele mencionado na parte inicial, ou seja, “prevenir desequilíbrios da concorrência,” o que, em regra, já estaria previsto nos artigos 170 e seguintes da CF/88, que servem de base para a Lei nº 12.529/11.

Desse modo, das duas, uma: ou se considera a parte final do artigo 146-A da CF/88 “redundante,” ou se admite que a CF/88 não utiliza palavras inúteis ou redundâncias, e se reconhece que a parte final do artigo 146-A teria admitido uma situação específica de prevenção quanto a desequilíbrios da concorrência decorrentes da aplicação das regras tributárias, posto que tal medida não necessariamente estaria contemplado na hipótese dos artigos 170 e seguintes. (Ao menos não de maneira igualmente direta, clara, e expressa.)

Nesse sentido, a aceitação dessa premissa não apenas inverte radicalmente a lógica do artigo 146-A da CF/88 –ou seja, a primeira parte trata da edição de regra fiscal por lei complementar, enquanto a segunda parte busca viabilizar a aplicação do

marco legal de proteção da concorrência no caso de desequilíbrios provocados pelo cumprimento assimétrico de Regras Gerais— como também, essencialmente, parece representar “carta branca” para a aplicação da Lei nº 12.529/11 aos casos das Decisões Disfuncionais em matéria tributária, como é o caso da hipótese de trabalho.

Contudo, mesmo que assim não fosse, ou que se cuidasse de uma Decisão Disfuncional em matéria não-tributária, ainda assim parece ser possível defender a possibilidade de configuração e controle de ilícitos concorrenciais decorrentes do legítimo cumprimento de uma Decisão Disfuncional como medida válida e assentada sobre três premissas principais, quais sejam, que

- (a) o rol de condutas descritas no artigo 37 da Lei nº 12.529/11 é meramente exemplificativo;
- (b) o ilícito concorrencial deve ser perquirido por meio de um juízo de potencialidade ofensiva ao bem jurídico concorrência, independentemente da intenção do agente econômico; e
- (c) a atuação do SBDC estaria restrita às decorrências do legítimo cumprimento da Decisão Disfuncional, e não à Decisão Disfuncional propriamente dita, não incorrendo, portanto, em ofensa à coisa julgada ou qualquer excludente de ilicitude em razão da conduta “cumprimento da sentença.”

As duas primeiras premissas já foram discutidas e demonstradas anteriormente, de maneira que considerações adicionais quanto às mesmas seriam uma repetição do que já foi analisado anteriormente. Já a terceira premissa, claramente a mais complexa dentre as três, demanda maior aprofundamento.

A tarefa não é simples. Pretende-se que o SBDC possa ser acionado para corrigir desequilíbrio concorrencial ocasionado pela fruição da Decisão Disfuncional, e não que o objeto da atuação do SBDC seja a Decisão Disfuncional em si, já que, em regra, uma Decisão Disfuncional está protegida pela coisa julgada e, portanto, não seria passível de alteração por qualquer órgão, poder ou instância que seja.

Nesse sentido, é importante o esclarecimento quanto a não se cogitar de um controle administrativo das decisões do Poder Judiciário por parte do Poder Executivo, mas sim, única e tão somente, de repressão aos efeitos decorrentes do cumprimento da sentença protegida pela coisa julgada em face do efetivo equilíbrio concorrencial de determinado mercado relevante (SCAFF, 2006:143). Confira-se:

“O que se analisa não decorre de um ato das empresas visando prejudicar a concorrência, mas de uma situação *de fato*, decorrente de uma decisão judicial conflitante, acobertada pela coisa julgada, que gera desequilíbrios concorrenciais. Pode ocorrer que nem mesmo o grupo que esteja em condições econômicas privilegiadas saiba de sua condição favorável, em face do fracionamento dos processos judiciais. Não se trata de um ato das empresas beneficiadas, mas de uma *contingência* do sistema judicial que pode ocasionar este tipo de situação *de fato*”.

Nesse sentido, SCAFF (2006:148) fundamenta sua posição precipuamente em um argumento de igualdade entre concorrentes, e recorre ao pensamento de Robert Alexy para identificar uma relação umbilical entre concorrência e tratamento isonômico dos agentes de mercado pelo sistema jurídico vigente:

“Para melhor compreensão do Princípio da Isonomia, Robert Alexy disserta com notável propriedade estabelecendo os parâmetros para a sua compreensão e em quais hipóteses há de haver uma ação visando a recomposição do equilíbrio violado. (...)

A solução, segundo Alexy, está no entendimento do Princípio da Isonomia assim formulado para o tratamento *igualitário*: “Se não há nenhuma razão suficiente para a permissão de um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento igual”. (...)

Seguindo esta linha de raciocínio, há um direito público subjetivo a quem tiver sido prejudicado pela quebra da isonomia a pedir uma equiparação. Dessa forma, o pedido deve ser de retorno da isonomia violada, seja através de:

- a) uma ação negativa, que impeça o tratamento discriminatório adotado e coloque os favorecidos na mesma condição dos prejudicados;
- b) seja através de uma ação positiva, que eleve o grupo prejudicado à situação dos favorecidos”.

Em sentido semelhante, SARAIVA FILHO (2005:116) pondera que a dispensa de cumprimento de uma Regra Geral, por intermédio de uma Decisão Disfuncional,

“só beneficiaria as partes no litígio, sem um critério de razoabilidade para a discriminação e contra o universo dos demais contribuintes. Esse pretense efeito do julgado não passa de uma impertinência hermenêutica: a extensão dos limites objetivos e subjetivos da coisa julgada mascararia a instituição de um privilégio de direito público.”

Vale dizer: concorrência legítima, sob a perspectiva das normas jurídicas, parece pressupor igualdade de tratamento entre os concorrentes, ou seja, que todos os concorrentes estejam sujeitos às mesmas “regras do jogo,” ou que pelo menos possam se sujeitar às mesmas regras aplicáveis aos demais se assim desejarem, de maneira que os únicos tratamentos discriminatórios “aceitáveis” seriam aqueles expressamente admissíveis sob uma perspectiva de ponderação racional justificada, e não em razão de fatores aleatórios não-relacionados à atividade empresarial.

De maneira geral, esse entendimento/argumento aplicado à problemática das Decisões Disfuncionais pode ser decomposto nas seguintes proposições principais:

- (a) a obtenção de uma Decisão Disfuncional não decorre de um “*processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores*”⁴² ou coisa semelhante, mas sim de um mero acaso ou evento fortuito que não deveria ser prestigiado pelo sistema jurídico ao ponto de proporcionar uma vantagem, à Parte Beneficiada, que não pode ser replicada por outros Jurisdicionados;
- (b) parece ser quisto, dentro dos parâmetros constitucionais analisados acima, que seja preservada certa neutralidade jurídica aos agentes econômicos em situação

⁴² Art. 36, §1º, da Lei nº 12.529/11.

análoga, garantindo-se que eventual prevalência de um, em detrimento aos demais, decorra de sua habilidade empresarial e não de simples isenção quanto ao cumprimento de determinada Regra Geral aplicável a Jurisdicionados atuando em situação de livre concorrência em um mercado relevante; e

(c) o amplo poder-dever decorrente do mandato constitucional outorgado aos órgãos do SBDC parece autorizar uma ação repressiva em face da efetiva verificação de “infração da ordem econômica,” prescindida a culpa ou intenção do agente, bastando-se, para a caracterização do ilícito, a potencialidade de ofensa à instituição jurídica da livre concorrência.

Desse modo, considerando (i) a determinação constitucional ao Estado para que promova e garanta a livre concorrência, (ii) que desse comando constitucional resultou uma lei que orienta o SBDC a agir pautado pelos efeitos práticos e concretos das condutas dos agentes econômicos, prescindidas as causas e a culpa, e (iii) o impacto potencialmente desestabilizador que a livre fruição de uma Decisão Disfuncional pode ocasionar em um mercado competitivo, parece razoável concluir que pouco deveria importar que a conduta anticoncorrencial decorra do estrito cumprimento de uma decisão judicial e, portanto, que existe mérito em reconhecer a possibilidade de atuação do SBDC nesse contexto.

Assim, a atuação do SBDC em face de uma decisão judicial disfuncional não deveria diferir substancialmente, em termos práticos e jurídicos, de sua atuação em outros casos em que efetivamente se verificar uma conduta anticoncorrencial, com possibilidade de prejuízo real à concorrência, por parte de um agente de mercado.

Em outras palavras, a atuação do SBDC deveria ser pautada pelo mesmo rigor, e operacionalizada pelos mesmos mecanismos jurídicos, de que os órgãos se valem para combater quaisquer outras condutas anticoncorrenciais com as características previstas na Lei nº 12.529/11, abstraindo-se a causa do ilícito concorrencial (*i.e.* no caso sob análise, a Decisão Disfuncional).

Assim, parecer ser possível concluir, pela conjunção desses argumentos, pela possibilidade de atuação dos órgãos do SBDC, para fins de repressão de “infração da

ordem econômica,” naqueles casos em que a conduta de um agente de mercado (Parta Beneficiada) decorrer do estrito cumprimento de uma Decisão Disfuncional que lhe permita evitar o cumprimento de uma Regra Geral compulsória aos Jurisdicionados concorrentes, ou dar-lhe cumprimento de maneira diversa, sempre que se verificar a efetiva potencialidade de ofensa à concorrência, e independentemente da licitude da conduta ínsita ao mero cumprimento de uma decisão judicial.

Admitida essa possibilidade teórica, a questão jurídica que então se coloca é saber se pelo menos um dos incisos do *caput* do artigo 36 da Lei nº 12.529/11 permitiria a caracterização pretendida em um caso concreto qualquer.

4.3. Efetiva atuação das autoridades antitruste

A proposta teórica para uma atuação do SBDC em caso concreto envolvendo a repressão a desequilíbrios concorrenciais decorrentes do cumprimento de uma Decisão Disfuncional passa pela distinção entre os atos relacionados ao referido cumprimento, e a Decisão Disfuncional que lhes ampara. Assim, os referidos atos podem ser configurar, isoladamente, ilícitos concorrenciais em sua própria medida.

Verificados os pressupostos para atuação do SBDC nos casos dos incisos II e III do *caput* do artigo 36 da Lei nº 12.529/11, propõe-se que o SBDC estaria em princípio autorizado a tratar

- (a) o repasse da economia representada pela dispensa da Regra Geral aos preços como um ato tendente a “dominar mercado relevante de bens ou serviços,” e
- (b) o aumento da lucratividade em razão da manutenção dos preços praticados anteriormente à Decisão Disfuncional, presumivelmente alinhados aos preços dos concorrentes não-dispensados dos custos e despesas com o cumprimento da Regra Geral, como um “aumento arbitrário dos lucros.”

Por obvio, também se admite combinações das hipóteses anteriores.

Contudo, antes de passar à discussão de cada uma dessas propostas, cumpre fazer alguns esclarecimentos quanto às premissas e posições adotadas no tocante às hipóteses de efetiva responsabilização de uma Parte Beneficiada após admitido o controle de condutas anticoncorrenciais decorrentes do estrito cumprimento de uma Decisão Disfuncional.

O *caput* do artigo 36 da Lei nº 12.529/11 é expresso em considerar que a caracterização de um ilícito concorrencial independe de culpa (*i.e.* intenção) do agente econômico, enquanto o §1º do mesmo artigo esclarece que a “conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza” infração relativa à dominação de mercado relevante, sendo essa, em princípio, a única justificativa aceita pela legislação brasileira como excludente de ilicitude (SALOMÃO FILHO, 2003:126).⁴³

“Entendida no sentido jurídico como limitação ou eliminação da concorrência, a dominação dos mercados não pode ser sempre ilícita. Casos existem em que a eliminação da concorrência será decorrente de situações protegidas pela própria lei, e não de práticas ilegítimas. (...) A lei brasileira só aceita, em tese, uma justificativa para condutas anticoncorrenciais: a eficiência. Ao lado dela só podem ser reconhecidas justificativas que expressamente sejam por lei declaradas como tais em relação ao direito antitruste.”

A discussão não é nova, pois remete ao debate quanto à responsabilidade do agente ser objetiva, ou não, para fins da caracterização de ilícitos concorrenciais (CORDOVIL, 2012:102), o que, ao longo dos anos tem sido objeto de grande quantidade de artigos acadêmicos e interpretações, nem sempre harmônicas, por parte dos órgãos do SBDC.

⁴³ Não se ignora, por óbvio, que o artigo 88 da Lei nº 12.529/11 autorize a aprovação de atos (e, talvez, de condutas) nas hipóteses indicadas no §6º. Entretanto, o que em princípio se verifica é a hipótese de uma aprovação de ato independentemente de considerações quanto à sua ilicitude, e não a exclusão da ilicitude *per se*.

Nesse sentido, caso se aceite a premissa da responsabilidade objetiva, pouco importará que o repasse da economia proporcionada pela Decisão Disfuncional aos preços decorra do legítimo exercício de um direito legalmente reconhecido, bastando, para a configuração da conduta prevista no inciso II do artigo 36 da Lei nº 12.529/11, que se verifique (i) a potencialidade de dano à concorrência em tal ação, e (ii) que essa potencialidade não decorra do aumento da eficiência empresarial.

Por outro lado, rejeitar a concepção da responsabilidade objetiva significa tanto ignorar disposição legal expressa constante do *caput* do artigo 36 da Lei nº 12.529/11 no sentido de a caracterização das infrações à ordem econômica independer de culpa do agente, quanto, talvez, adentrar, em alguma medida, a complexa discussão relativa à caracterização da intenção e sua difícil comprovação.

Isso posto, não se pretende aqui esmiuçar os diversos argumentos favoráveis e contrários a uma ou outra interpretação da Lei nº 12.529/11, bastando, para fins da discussão quanto à problemática das Decisões Disfuncionais, consignar que “culpa” é aqui entendida como “reprovabilidade” da conduta do agente econômico, ao invés de um estado mental ou psicológico, e que tal reprovabilidade pode ser constatada por parâmetros objetivos, pois se refere à possibilidade de efetivo dano à concorrência.

Em outras palavras, qualquer que seja a interpretação adotada, a caracterização do ilícito concorrencial parece remeter a uma discussão quanto ao o “padrão de prova” que seria aceitável para tal finalidade (ou seja, determinar se existe, ou não, a potencialidade de dano), sendo essa a real questão a ser debatida.

Nesse sentido, considera-se que uma solução adequada para a problemática identificada acima seria aquela proposta pelo Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo no Voto-Vista proferido quando do julgamento do processo administrativo nº 08012.006923/2002-18 pelo CADE, no tocante à distinção entre (i) condutas ilícitas pelo próprio objeto, ou seja, cuja própria materialidade representa risco teórico à concorrência e, portanto, independem de qualquer análise de efeitos para serem presumidas como ilícitas, e (ii) condutas ilícitas pelos seus efeitos, ou seja, casos em que a caracterização da ilicitude depende de análise quanto aos efeitos concretos ou

potenciais da conduta, sendo ressalvada, em ambos os casos, a possibilidade de o agente econômico defender a adequação (*i.e.* não imposição de sanções) de seus atos ou condutas em vista das eficiências que ocasionarem, na forma do artigo 88 da Lei nº 12.529/11:

“(…) a presunção de ilicitude que acompanha as condutas anticompetitivas pelo objeto é baseada na experiência, no conteúdo do acordo e na sua alta probabilidade de prejudicar o bem coletivo protegido pela lei. Contudo, trata-se apenas de uma *presunção iuris tantum*, e não significa que se esteja adotando uma ficção absolutamente descolada da realidade, nem uma presunção irrefutável. Ao contrário, os elementos da realidade colaboram, por um lado, para o próprio julgamento de que dado acordo é ilícito pelo *objeto*. Por outro lado, a punição da conduta não independe, completamente, de uma análise concreta de seus efeitos, ainda que esta seja feita, neste caso, *a posteriori*. O ponto, aqui, é apenas perceber que essa análise de efeitos não é necessária para que se presuma, em princípio, a ilicitude. A presunção dispensa, em outras palavras, que a autoridade administrativa se encarregue da prova dos efeitos para determinação da ilicitude, e transfere para o próprio Representado o ônus de provar que a restrição à concorrência é acessória em relação a outro objetivo distinto e lícito, e que os potenciais benefícios advindos da persecução desse objetivo principal superam os riscos detectados à concorrência. Esse último ponto remete, no sistema nacional, ao regime do revogado artigo 54 da Lei n. 8.884/94 (atual artigo 88 da Lei n. 12.529/11), relativo à “defesa baseada em eficiências” (que é, a meu ver, aplicável também em sede de controle de condutas).” (Destques no original.)

Em outras palavras, sugere-se aplicar um regime de análise por meio do qual primeiro se considera o objeto da conduta, dispensando-se a prova pela autoridade antitruste quanto aos seus efeitos caso seja materialmente restritiva à concorrência

para, em caso negativo, perquirir se a conduta teria a potencialidade de causar tais efeitos em face dos fatos e circunstâncias de cada caso concreto.

Assim, ter-se-ia que a caracterização de responsabilização de uma Parte Beneficiada em razão do estrito cumprimento de uma Decisão Disfuncional em princípio dependeria da demonstração da potencialidade dessa conduta produzir efeitos anticompetitivo em face de elementos concretos de cada mercado relevante, o que evolveria “determinação das dimensões geográfica e de produto do mercado relevante, sobre barreiras à entrada, grau de concentração do mercado ou poder dominante das firmas envolvidas” etc.

Tal conclusão considera que o cumprimento de uma Decisão Disfuncional não está expressa ou inequivocamente caracterizado em nenhuma das hipóteses descritas nos incisos do §3º do artigo 36 da Lei nº 12.529/11 (condutas ilícitas pelo objeto) e, assim, portanto, constituiria, quando aplicável, uma conduta ilícita pelos efeitos, a ensejar comprovação quanto à potencialidade de restrição à concorrência em vista dos fatos e circunstâncias que lhe forem próprios, e admitida a defesa com base em eficiências na forma do artigo 88 da Lei nº 12.529/11.

4.3.1. Repasse da economia aos preços praticados

No primeiro caso, presume-se que a Parte Beneficiada repassará pelo menos parcela da economia (*i.e.* redução dos custos ou despesas não incorridas com o cumprimento da Regra Geral dispensada) decorrente da Decisão Disfuncional aos preços finais, logrando, assim, praticar de preços inferiores aos praticados por seus concorrentes Jurisdicionados sem qualquer sacrifício de margens de lucro, realização de investimentos adicionais, aumento da eficiência empresarial etc.

Nesse sentido, por um lado, pode-se argumentar que a simples prática de preços mais baixos que aqueles oferecidos pela concorrência não deveria, *per se*, constituir um ilícito, por se caracterizar como uma das finalidades precípuas da regulação econômica e, em termos práticos, ser uma situação ao menos potencialmente (temporariamente?) benéfica aos consumidores de maneira geral.

Por outro lado, contudo, autores como SALOMÃO FILHO (2003:81) consideram inadequado se cogitar da proteção ao interesse direto do consumidor em casos envolvendo a análise de atos tendentes à dominação do mercado (inciso II do artigo 36 da Lei nº 12.529/11), uma vez que, no longo prazo, o benefício da preservação de um mercado concorrencial tende a ser mais valioso do que qualquer redução temporária de preços. Confira-se:

“(...) É o caso da proteção contra os atos tendentes à dominação do mercado (inciso III). Neles, apenas indiretamente o consumidor tem interesse. Diretamente o que há é o interesse institucional na proteção da ordem concorrencial e os interesses dos concorrentes que serão eliminados do mercado pelos referidos atos. (...) Em muitos casos uma proteção direta do consumidor é até mesmo contrária aos interesses protegidos pela norma (preço predatório).”

Adotada essa premissa, o repasse da economia decorrente do cumprimento de uma Decisão Disfuncional aos preços finais parece possuir grande potencialidade de caracterizar o ilícito concorrencial previsto no inciso II do artigo 36 da Lei nº 12.529/11, especialmente naqueles casos em que conferir à Parte Beneficiada a real capacidade de dominar determinado mercado relevante (CORDOVIL, 2013:103) por meio de uma redução de preços cuja replicação pelos Jurisdicionados seja economicamente impraticável em razão de continuarem a incorrer nos gastos necessários para o cumprimento da Regra Geral.

Assim, nesse contexto, propõe-se que o repasse do benefício econômico decorrente da fruição de Decisões Disfuncionais aos preços praticados seja considerado um ilícito concorrencial na medida em que estiver inserido em um contexto de fatos e circunstâncias no qual esse repasse efetivamente tenha a possibilidade de desequilibrar a concorrência no âmbito de um mercado relevante, ou seja, quando o novo patamar dos preços praticados puder realmente levar os

concorrentes Jurisdicionados a abandonar o mercado, representar barreira relevante à entrada de novos competidores etc.

Verificadas essas premissas, estaria configurada, ao menos em tese, a potencialidade necessária para justificar o controle da conduta em questão pelo SBDC, na forma do inciso II do *caput* do artigo 36 da Lei nº 12.529/11, a fim de evitar que a Parte Beneficiada se utilize da Decisão Disfuncional para dominar um dado mercado relevante, ou mesmo consolidar uma posição já prevalente.

4.3.2. A difícil questão dos lucros arbitrários

A hipótese sugerida acima, caso aceita, possivelmente aproveitaria a grande maioria dos casos envolvendo o controle de condutas anticoncorrenciais decorrentes da fruição de Decisões Disfuncionais.

Por outro lado, parece ser possível antecipar críticas e objeções adicionais à solução proposta nos casos em que a Parte Beneficiada já explore um mercado monopolista (*e.g.* explore um monopólio natural ou legal), ou simplesmente decida repassar 100% da economia proporcionada pela Decisão Disfuncional aos seus sócios e acionistas, situação em que os preços, ainda que não-monopolistas, permaneceriam inalterados.

Outra dificuldade que se pode antecipar, também relacionada à manutenção dos preços “de mercado” anteriores à obtenção da Decisão Disfuncional, seria aquela em que, a depender do mercado relevante, os concorrentes Jurisdicionados (se existirem, assumindo um mercado não-monopolista) talvez não percam *market share*, ou talvez as barreiras de entrada não sejam substancialmente impactadas, porque já seriam elevadas etc., dificultando a caracterização do ilícito concorrencial na forma do inciso II do artigo 36 da Lei nº 12.529/11.

Tal dificuldade possivelmente seria mais teórica do que prática, mas, ainda assim, demanda uma proposta de solução. Desse modo, propõe-se que a atuação do SBDC naqueles casos específicos cujo enquadramento na hipótese e premissas

descritas no subitem anterior seja demasiadamente dificultoso tenha fundamento no inciso III do *caput* do artigo 36 da Lei nº 12.529/11, conforme explicitado a seguir.

Por óbvio, não se ignora que diversos autores tenham ressaltado, por vezes, a indesejável vagueza e dificuldade de caracterização do significado jurídico da expressão “aumento arbitrário dos lucros,” cuja definição não é explicitada pela CF/88 ou pela Lei nº 12.529/11 (GRINBERG, 1996:51) (SHIEBER, 1996:189).

Também não se ignora que o instituto da vedação dos “lucros arbitrários” tenha sido introduzido no direito brasileiro com o objetivo de regular a situação específica do aumento “arbitrário” de lucros por agentes econômicos em situação monopolista, nos termos da Lei nº 4.137, de 1962, de maneira que autores como GRINBERG (1996:55), TOMASETTI JR. (1996:340) e BASTOS (1990:101) defendem a sua impropriedade em face da disciplina de condutas anticoncorrenciais, ou aplicação exclusiva ao caso dos monopólios.

Ocorre, contudo, que a incorporação do “aumento arbitrário dos lucros” às condutas passíveis de caracterizar dano à livre concorrência (atual §4º do artigo 173 da CF/88) não veio acompanhada da qualquer qualificação quanto à sua aplicação exclusiva à situação dos monopolistas ou restrição semelhante, o que sugere a possibilidade de o instituto em questão ter ganhado disciplina e configuração jurídica autônomas, pelo menos a partir de 1988. Cabe perquirir, portanto, o que poderia ser enquadrado no referido conceito legal de “lucros arbitrários.”

Uma conceituação útil a presente análise, ainda que não completamente isenta de críticas, é aquela oferecida PETTER (2008:297), para quem a

“Constituição Federal (...) encara [*a questão dos lucros arbitrários*] sob dois prismas: primeiro, reconhece-se aos agentes econômicos o direito à perseguição do lucro em decorrência da adoção de um modelo capitalista, em cujo livre mercado aqueles atuam; segundo esta liberdade de atuação, inspirada em valores que remontam ao Estado liberal, é permeada hodiernamente por condicionantes várias, que

mitigam o exercício daquele livre arbítrio, ao menos de modo absoluto[. Dessa maneira, a] arbitrariedade do lucro não decorre da constatação que estes sejam “elevados” em cotejo com os investimentos e riscos a que o agente econômico fica exposto ao entabular seu negócio. “Lucros pequenos” podem ser arbitrários. Logo, a arbitrariedade não é decorrência da expressão numérica que o lucro alcança (...).

[Assim, faz-se necessário tomar] da própria realidade econômica os parâmetros para identificar situações anômalas, desbordantes do balizamento constitucional, e que merecem ser coartadas até em respeito ao modo de ser próprio do econômico.”

Desse modo, parece possível cogitar “arbitrários” aqueles lucros que decorram de uma vantagem artificial e aleatória (COELHO, 1995:60) (TOMASETTI JR., 1996:342), como seria justamente o caso de uma redução de custos e despesas exclusivamente em razão de uma Decisão Disfuncional, cuja obtenção muito pouco reflete a competência empresarial da Parte Beneficiada.

Em outras palavras, o prejuízo potencial à concorrência (cuja caracterização em princípio também se enquadraria na hipótese das condutas ilícitas pelos efeitos) seria provocado, em maior medida, pelo potencial de lucratividade da Parte Beneficiada que mantenha seu preço constante, talvez até mesmo em patamares próximos aos praticados antes da obtenção da Decisão Disfuncional, mas aufera lucros substancialmente superiores à média de mercado, ou maiores do que concorrentes igualmente eficientes poderiam auferir nas mesmas condições (excetuada, obviamente, a vantagem competitiva proporcionada pela Decisão Disfuncional).

A título meramente exemplificativo, pode-se esperar que a Parte Beneficiada que decide não repassar a economia proporcionada pela Decisão Disfuncional aos preços terá, no final das contas, mais dinheiro em caixa, ou maior expectativa de geração livre de recursos, o que em princípio lhe permitirá (i) obter melhores condições de financiamento junto a bancos ou investidores, (ii) dedicar mais recursos à expansão do seu negócio, ou (iii) simplesmente capturar parte da base de acionistas de seus concorrentes (em se tratando de empresas de capital aberto), uma vez que, em

condições equivalentes, é razoável supor que um investidor prefira aplicar seus recursos na empresa que oferecer o maior retorno potencial.

Qualquer que seja o caso prático, a caracterização do ilícito concorrencial parece levar em consideração a possibilidade de a Parte Beneficiada poder “fazer mais com menos” em comparação com seus concorrentes Jurisdicionados, uma vez que estes continuarão obrigados a incorrer nos gastos necessários para cumprir a Regra Geral e, portanto, incorrerão em sacrifício financeiro “extra” se quiserem acompanhar quaisquer medidas tomadas pela Parte Beneficiada.

Visto de outra forma, a economia decorrente da dispensa de cumprimento da Regra Geral é, essencialmente, dinheiro/margem de lucro “grátis” para a Parte Beneficiada, e, portanto, dependendo das circunstâncias de cada caso concreto, poderá lhe proporcionar vantagem competitiva irreplicável pela concorrência.

Por óbvio, deve-se frisar novamente que a presente análise não cogita que se aplique o controle do SBDC a qualquer decisão judicial que beneficie determinado agente econômico relevante, pois se reputa indispensável à efetiva verificação de prática anticoncorrencial, com real potencialidade lesiva, pela Parte Beneficiada em questão.

Contudo, ocorrendo economia apta a prejudicar o equilíbrio concorrencial, e sendo essa uma economia aleatória e arbitrária, por derivar da dispensa de cumprimento de uma Regra Geral por força de uma Decisão Disfuncional, estaria então configurada, ao menos em princípio, a hipótese de ilícito concorrencial tipificada do inciso III do artigo 36 da Lei nº 12.529/11, inclusive naqueles casos em que a Parte Beneficiada não se caracterize como monopolista.

4.4. Medidas práticas e ineficiência do acesso ao Poder Judiciário

De maneira geral, parece claro que o ponto de partida para qualquer atuação do SBDC com relação a uma Decisão Disfuncional seria, justamente, a neutralização dos impactos econômicos perniciosos que decorrerem de seu estrito cumprimento.

Assim, em princípio, bastaria que os órgãos do SBDC determinassem a adoção de alguma medida prática que efetivamente limitasse a capacidade que a Parte Beneficiada possui de se aproveitar dos benefícios decorrentes da livre fruição da Decisão Disfuncional, nos termos do artigo 38 da Lei nº 12.529/11 (“Medida de Neutralização”).

Dentre as formatações possíveis para uma Medida de Neutralização efetiva, que necessariamente precisariam ser avaliadas caso a caso, pode-se incluir, por exemplo, uma determinação pela cisão da Parte Beneficiada visando a alocação de determinados negócios a uma nova pessoa jurídica que não tenha a possibilidade de se beneficiar da Decisão Disfuncional e, portanto, esteja obrigada a observar a Regra Geral da mesma maneira que os demais Jurisdicionados (inciso V do artigo 38), ou mesmo pela completa dissolução/incorporação da Parte Beneficiada visando a continuidade de seu negócio por outra entidade legal não-beneficiada etc. (inciso VII do artigo 38).

As possibilidades são, realmente, muito amplas, e os exemplos acima devem ser encarados como meras especulações, pois realmente não é possível antecipar todas as hipóteses e possibilidades que poderiam decorrer da exploração de Decisões Disfuncionais em cada mercado relevante concebível.

Até mesmo em razão dessa amplitude, a sugestão de uma solução de cunho “normativo” provavelmente seria mais perniciosa do que útil, pois, invariavelmente, iria diminuir a flexibilidade de atuação que o SBDC já possui hoje.

Por outro lado, as duas principais críticas que parece possível tecer em relação à adoção de medidas nesse sentido são as seguintes:

(a) a dinâmica de mercado é fluída, tanto pelo lado da Parte Beneficiada quanto pelo próprio mercado em si, e Medidas de Neutralização “estanques” podem se tornar inócuas ou desnecessariamente gravosas ao longo dos anos, e

(b) assim como parece existir algo de errado com a vantagem artificial proporcionada por uma Decisão Disfuncional, a mesma crítica pode ser apresentada pelo reverso, de maneira a se argumentar que também parece existir algo de errado em impedir a Parte Beneficiada de fazer valer o seu direito legítimo reconhecido por sentença transida em julgado, existindo risco real de ser verificada a situação tipicamente brasileira do sujeito que “ganhou mas não levou.”

Ambas as críticas são reconhecidas como válidas, cada qual por motivos diferentes, mas não antes de serem feitas algumas devidas ponderações, conforme descritas nos subitens seguintes.

4.4.1. O desafio de regular uma situação fluída

O núcleo essencial da primeira crítica apontada acima está na circunstância de ser razoável esperar, de maneira geral, que a dinâmica de um mercado competitivo tenha um nível de maleabilidade superior à expectativa razoável que se pode ter com relação à eficácia de longo de prazo de uma Medida de Neutralização.

(Por óbvio se assume que o SBDC não tenha imposto uma Medida de Neutralização que leve à extinção da Decisão Disfuncional, como, por exemplo, determinar a dissolução da empresa e a continuação dos negócios por outra entidade legal. Nesses casos, como será discutido a seguir, é possível que a Medida de Neutralização seja considerada imprópria, abusiva, inadequada, ou de outro modo passível de questionamento junto ao Poder Judiciário.)

Assim, dado tempo suficiente, é possível que as condições de mercado se alterem de maneira tão substancial que a Decisão Disfuncional deixe ser útil a Parte Beneficiada. Dois exemplos possíveis seriam os casos em que o negócio da Parte Beneficiada se tornou inviável ou menos competitivo (*e.g.* a Parte Beneficiada é uma empresa dedicada à fabricação de máquinas datilográficas etc.), ou quando a Parte Beneficiada tenha se tornado a única empresa ativa no mercado relevante em razão de sua maior eficiência, a despeito da Decisão Disfuncional.

Nesses dois casos, o risco à concorrência estaria virtualmente eliminado, e a Medida Neutralização talvez se torne um ônus desnecessário e injustificável à Parte Beneficiada (ressalvada a questão dos preços monopolistas e dos lucros arbitrários), que poderia operar sem as referidas restrições, aos sócios da Parte Beneficiada, que poderiam auferir remuneração maior, ou mesmo aos consumidores, uma vez que não existiriam concorrentes prejudicados pelo repasse da economia proporcionada pela dispensa de cumprimento da Regra Geral aos preços.

Problemática semelhante também pode ocorrer no cenário oposto, em que a Parte Beneficiada se adapta às restrições objeto da Medida de Neutralização e, essencialmente, muda a configuração do ilícito concorrencial praticado.

Um exemplo hipotético desse cenário oposto seria aquele em que uma determinada Parte Beneficiada é impedida de auferir os benefícios econômicos da Decisão Disfuncional com relação à sua atividade principal e, então, passa a explorar uma nova atividade não abrangida (total ou parcialmente) pela Medida de Neutralização que lhe tiver sido imposta.

Ainda nesse exemplo hipotético, é possível antecipar dificuldades teóricas relevantes se essa nova atividade não abrangida pela Medida de Neutralização se referir a mercado relevante diverso daquele com relação ao qual a Medida de Neutralização foi pensada e formatada e, ainda mais, se a Parte Beneficiada vier a se tornar um agente econômico relevante nesse mercado em curto espaço de tempo, e se tornar necessário precisar quanto do sucesso empresarial da Parte Beneficiada efetivamente decorreu da Decisão Disfuncional.

Obviamente, em ambos os casos acima, argumentou-se por meio da caracterização de situações limítrofes, nas quais outras considerações como fraude, abuso de direito etc., poderiam impactar a conclusão final de um caso concreto.

Contudo, admitidos esses cenários hipotéticos, muitos poderiam cogitar se não seria o caso, então, de considerar que as Medidas de Neutralização sempre, invariavelmente, levassem à extinção da Decisão Disfuncional pela via transversa

(e.g. liquidação da entidade legal que se caracterizar com Parte Beneficiada etc.), já que, nesses casos, a referida problemática sequer precisa ser considerada.

Solução nesse sentido, contudo, pode levar a um problema conceitual ainda mais grave do que a problemática das Decisões Disfuncionais, conforme será discutido no subitem a seguir.

4.4.2. O estopim de uma crise institucional e o mínimo essencial

Como resultado de toda a análise realizada acima, não parece possível prescindir de algumas breves considerações sobre algumas das implicações que poderiam decorrer da aplicação das ideias descritas acima a um caso concreto.

De início, parece claro que aplicação das medidas sugeridas ou discutidas acima pode facilmente levar a problemas políticos e institucionais bem mais complexos do que a discussão jurídica quanto às Decisões Disfuncionais.

Nesse sentido, é inescapável ponderar que, *ultima ratio*, eventual impedimento quanto à ampla fruição de uma decisão judicial, ainda que disfuncional, pode facilmente ser entendido como uma tentativa de controle das decisões do Poder Judiciário por parte do Poder Executivo, o que não deveria ser possível dentro do paradigma de separação de poderes adotados pela CF/88.

Situação ainda mais complexa seria aquela na qual as Medidas de Neutralização levassem em consideração o pagamento de sanções monetárias decorrentes da prática de condutas anticoncorrenciais, e não apenas a neutralização dos efeitos anticoncorrenciais da Decisão Disfuncional, o que, em regra, seria plenamente possível a partir do momento em que se considera tal hipótese de cumprimento assimétrico de uma Regra Geral como um ilícito concorrencial.

Nesse sentido, sendo aceita uma ampla aplicação dos expedientes sugeridos acima, não seria difícil visualizar o estopim de uma gravíssima crise institucional que poderia acarretar, em um cenário extremo, no questionamento direto de decisões

judiciais pelo SBDC, e no questionamento reflexo das decisões do SBDC pelo Poder Judiciário, numa espiral potencialmente desastrosa.

De maneira semelhante, a possibilidade de absoluta frustração (talvez agravada pela imposição de sanções monetárias à Parte Beneficiada) quanto à fruição de uma decisão judicial, ainda que disfuncional, poderia levar a conclusão absurda de que determinados agentes de mercado

(a) jamais poderiam se insurgir contra regras jurídicas de aplicação geral (*i.e.* Regras Gerais) por meio de medidas judiciais individuais que produzam efeitos apenas *inter partes*, ou

(b) que nesses casos a fruição da decisão estaria condicionada a obtenção de decisões semelhantes por parte de seus concorrentes (*i.e.* Jurisdicionados), confirmação da Decisão Disfuncional por alguma outra decisão judicial com eficácia *erga omnes*, ou mesmo do aval dos órgãos do SBDC.

Claramente tais situações não deveriam prosperar, pois virtualmente negariam tanto a garantia constitucional de acesso ao Poder Judiciário como também a efetividade da própria prestação jurisdicional, em prejuízo do comedimento que supostamente deveria orientar a restrição de liberdades individuais numa democracia.

Para solucionar tal situação, sem abandonar o argumento construído ao longo desta análise, sugere-se uma solução de proporcionalidade pautada no artigo 88 da Lei nº 12.529/11: a fruição de uma Decisão Disfuncional jamais deveria ocasionar a imposição de sanções monetárias “punitivas” (ou seja, superiores ao prejuízo ocasionado), e, sempre que possível, a Parte Beneficiada por uma Decisão Disfuncional deveria ser autorizada a manter pelo menos uma pequena parte da vantagem econômica decorrente da mesma, no limite em que o ganho de eficiência não implique prejuízo determinante para a concorrência.

Evidentemente, a segunda parte dessa sugestão parece bastante discricionária e sujeita a elevado grau de incerteza e controvérsia. Cabe perquirir: como será possível auferir o limite em que o estrito cumprimento de uma Decisão Disfuncional

poderia ser admitido, de maneira a não subtrair completamente a efetividade de outras garantias constitucionais, mas também impedir que a Parte Beneficiada incorra numa conduta ilícita na forma descrita acima?

Parece claro que a resposta a essa difícil questão dependeria, em grande medida, de aspectos práticos de cada caso concreto, e que, mesmo assim, qualquer solução dificilmente escaparia de ser taxada como “salomônica.” Entretanto, sem prejuízo de futuros aprofundamentos, esse parece ser o mal menor dentro do contexto analisado e, portanto, paradoxalmente, o caminho por meio do qual se chegaria a cenário de maior segurança jurídica para a coletividade.

Outro ponto relevante é que o próprio conceito de Decisão Disfuncional proposto acima parece ser, em parte, merecedor de críticas próprias. A CF/88 adotou o chamado modelo da *civil law*, em contraposição ao chamado modelo da *common law*, de maneira que, no Brasil, cada processo judicial deve ser decidido de maneira individual e de acordo com as convicções do julgador.

Assim, sem adentrar o debate quanto aos méritos e defeitos de cada um desses modelos, é possível que a problemática das Decisões Disfuncionais exponha certa fragilidade do chamado modelo da *civil law* na pacificação de conflitos legais que envolvam regras jurídicas de ampla aplicação em mercados modernos e competitivos, e não um problema específico do sistema jurídico brasileiro. (Determinadas características do sistema jurídico brasileiro, como sugerido acima, parecem agravar o problema sobremaneira. Mas possivelmente não seriam a sua causa última.)

Nesse contexto, a solução proposta neste trabalho poderia ser considerada um verdadeiro “placebo” na mitigação de um problema estrutural muito mais profundo e complexo, que acaba potencializado pelas proporções continentais do Brasil, e pela diversidade sociocultural dos diversos julgadores que podem ser chamados a decidir as mais variadas questões submetidas ao crivo do Poder Judiciário.

Por fim, foi mencionado acima que o próprio Poder Judiciário vem adotando uma ampla diversidade de medidas para combater a existência de decisões judiciais disfuncionais e seus efeitos desestabilizadores perante a ordem jurídica.

Nesse sentido, a se confirmar a sustentabilidade jurídica de algumas dessas medidas, e sendo efetivamente possível obter do Poder Judiciário uma resposta efetivamente rápida na uniformização de suas decisões, a questão das Decisões Disfuncionais ficará quase que completamente privada de seu apelo prático.

Isso posto, considera-se que, em maior ou menor grau, todas essas principais críticas merecem alguma atenção e maior aprofundamento em novas análises acadêmicas. Muitas delas, inclusive, podem ter mais mérito do que a solução no sentido de se admitir o controle de condutas anticoncorrenciais decorrentes do estrito cumprimento de uma Decisão Disfuncional por parte do SBDC.

Por fim, nota-se que a solução sugerida nesta dissertação é absolutamente incomum, assim como a problemática que visa combater, e, portanto, não deveria ser pensada fora do contexto de excepcionalidade descrito ao longo deste trabalho. Em outras palavras, não se pretende, de maneira alguma, alçar os órgãos do SBDC à condição de órgão de controle do Poder Judiciário quanto a determinados tipos de decisões. Em absoluto.

V. CONCLUSÃO

O presente trabalho trata, em última análise, de analisar a problemática das Decisões Disfuncionais no âmbito concorrencial sob uma perspectiva de justiça como equidade, aqui entendida na concepção rawlsiana pela qual instituições sociais deveriam ser utilizadas para garantir a manutenção das liberdades dos cidadãos na forma em que estabelecidas –*i.e.* plena igualdade de oportunidades, ou “posição equitativa de oportunidades”–, e não para operacionalizar compromissos, barganhas políticas, ou outras medidas pelas quais os *better offs* possam deixar de cumprir as mesmas regras básicas aplicáveis aos *worst offs* (RAWLS, 1981:28). Nesse contexto, o SBDC seria elevado à condição de guardião e operacionalizador dessa visão conceitual.

Essa, contudo, não foi a abordagem originalmente planejada. Anos atrás, quando o embrião desta dissertação foi apresentado como um trabalho de conclusão da disciplina Convergências entre o Direito Público e Privado no programa de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, sob os auspícios da Professora Ana Frazão, que honra este trabalho com a sua orientação, o autor tinha uma visão completamente diferente sobre o tema, assentada única e exclusivamente na defesa intransigente da coisa julgada como elemento último de legitimação da existência e atuação do Poder Judiciário e, portanto, do próprio Estado Democrático de Direito.

Essa opinião continua inalterada, pois o autor continua a acreditar que a solução da problemática ocasionada pelas Decisões Disfuncionais não pode ser obtida no âmbito do Poder Judiciário, ao menos não à luz da formatação atual do sistema jurídico brasileiro, ou sem colocar em cheque a própria confiança da população na atividade jurisdicional. Na prática, isso significa uma aceitação resignada quanto às imperfeições de um sistema jurídico aparentemente formado a “toque de caixa,” pouco preocupado com o respeito a marcos teóricos, consolidação de precedentes, coesão, ou coerência. (Nesse contexto, a problemática das Decisões Disfuncionais talvez seja mesmo um mal menor.)

O que evoluiu, por outro lado, foi a percepção do autor quanto à gravidade da questão analisada. Em diversas conversas informais com amigos e colegas (que, incautos, insistiram em querer conhecer o tema dessa dissertação para, em seguida, se arrependem da própria curiosidade), o autor constatou que apenas uma pequena minoria deles, essencialmente composta por pessoas com formação jurídica, pareceu aceitar ou concordar com a ideia de que a ampla e irrestrita fruição de uma Decisão Disfuncional não seria, por si só, um grande problema.

Praticamente todos os demais, que não chegam a formar um grupo suficiente representativo para merecer considerações estatísticas, oscilaram entre a revolta e a perplexidade. Amigos que atuam no mercado financeiro quiseram saber se existe um jeito de descobrir quais empresas de capital aberto são beneficiadas por Decisões Disfuncionais, para poderem fazer as suas apostas, enquanto colegas avessos ao “sistema,” como médicos, músicos, psicólogos etc. geralmente reciprocavam as explicações do autor com sonoros palavrões, ou engajavam em monólogos cansativos sobre como o referido “sistema” só beneficia tal ou qual segmento da sociedade.

A constatação (informal, e nada científica) é que pessoas razoavelmente bem informadas, mas leigas com relação à ciência jurídica, parecem simplesmente repugnar qualquer solução que admita o cumprimento assimétrico de uma Regra Geral pelo simples fato de uma Parte Beneficiada ter sido contemplada na loteria do Poder Judiciário, não obstante quaisquer outras considerações sobre o assunto.

Assim, ainda que o próprio autor não se considere incluído no grupo dos revoltados, tornou-se claro, com o passar do tempo, que a sua opinião inicial sobre o tema era pelo menos incompleta.

Também se tornou claro, após reflexões mais profundas sobre o assunto, que uma solução verdadeiramente adequada para problemática das Decisões Disfuncionais deveria necessariamente passar por uma análise de fatos, circunstâncias, conveniência, oportunidades, e prognósticos, que vai muito além daquilo que é razoável esperar dos Poderes Judiciário e Legislativo.

A partir dessas reflexões, a formulação da tese central desta dissertação –qual seja, possibilidade de atuação do SBDC para corrigir ilícitos concorrenciais decorrentes do estrito cumprimento de Decisões Disfuncionais, se e quando forem verificados, mas apenas na medida em que efetivamente prejudiquem, ou possam prejudicar, a livre concorrência– foi algo simples e quase natural. O SBDC apresentava todas as características necessárias para o potencial desempenho da tarefa, e realmente não havia outros candidatos igualmente qualificados.

Por óbvio, não se presume que o efetivo desempenho dessa tarefa seja algo trivial. Armadilhas jurídicas e práticas abundam pelo caminho, e eventuais decisões do SBDC que procurem regular o cumprimento de Decisões Disfuncionais etc. na forma sugerida acima, assumindo que algum dia sejam realmente proferidas, dificilmente deixarão de ser questionadas junto ao Poder Judiciário.

Isso, contudo, não parece ser justificativa adequada para se esquivar do tema, e se essa singela dissertação puder provocar uma centelha de reflexão sobre o assunto, ou incentivar autores mais qualificados a abordá-lo com maior profundidade teórica ou mais vigor acadêmico, as expectativas do autor terão sido amplamente superadas.

A problemática das Decisões Disfuncionais é real, e a solução proposta é o melhor que se pode cogitar em vista as ponderações feitas ao longo deste trabalho. Trata-se, talvez de um palpite educado sobre como atacar esse problema de maneira efetiva, e sem necessidade de alterações legislativas de fôlego ou mudanças bruscas no funcionamento do sistema jurídico atualmente em vigor. (O autor confia na viabilidade teórica da solução proposta, mas não nutre qualquer espécie de amor paternal pela mesma. Logo, se outros pensarem em alternativas melhores, mais efetivas ou adequadas, que assim seja.)

De fato, a implementação da solução oferecida não demanda nenhuma alteração legislativa, pois em princípio depende apenas de as autoridades competentes decidirem aplicá-la. O que sem dúvida é mais fácil falar, ou escrever, do que fazer, motivo pelo qual esse comentário é feito sem qualquer pretensão de crítica.

Finalmente, algumas breves palavras sobre a hipótese de trabalho. A análise da problemática das Decisões Disfuncionais por meio do estudo de um caso hipotético envolvendo a CSLL é algo polêmico por si só, e autor não tem qualquer pretensão no sentido de restringir a discussão ao âmbito das Decisões Disfuncionais em matéria tributária.

O caso da CSLL foi apenas “conveniente” por ser emblemático e oferecer grande quantidade de materiais para pesquisa. Em outras palavras, o alvo era simplesmente muito grande e tentador para ignorar, mas essa dissertação poderia facilmente ter sido escrita a partir de uma hipótese de trabalho em matéria trabalhista, ambiental ou regulatória.

Nesse sentido, o autor considera que eventual controle das Decisões Disfuncionais não deveria ser pensado como medida de “justiça fiscal” ou coisa semelhante pois não se pretende, aqui, criar um novo instrumento arrecadatório.

De fato, o autor cogita, com grande preocupação, um cenário em que autoridades fiscais lancem mão da tese aqui defendida, ou semelhante, para, independentemente de quaisquer outras considerações, constranger contribuintes ao recolhimento de tributos declarados ilegais ou inconstitucionais pelo Poder Judiciário. Essa não foi a preocupação que permeou o presente trabalho e, se algum dia implementada, o autor considera que o objetivo aqui visado terá falhado por completo.

A visão de justiça como equidade, no âmbito concorrencial, comporta ponderações e ajustes muito mais sutis e complexos do que a sana arrecadatória geralmente permite, e a credibilidade da solução ora proposta repousa na possibilidade de uma Parte Beneficiada ter a possibilidade de eventualmente demonstrar que, no seu caso concreto, a Decisão Disfuncional talvez seja algo positivo, a ser integralmente aplicada, o que não seria passível de acontecer ante um juízo de nivelção dos contribuintes pela mesma régua. O problema é diverso, a solução tem outro foco, e seria muito triste se o CADE fosse capturado pelo fisco e usado como um “guichê” de arrecadação.

VI. BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Carolina de. Direito fundamental à coisa julgada: problemas constitucionais de sua relativização. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

ALEXY, Robert. A theory of constitutional rights. Oxford University Press: Oxford, 2010.

AMARO, Luciano. Direito tributário brasileiro, 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. Comentários ao artigo 173, §4º, *in* MARTINS, Ives Gandra; BASTOS, Celso Ribeiro. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1990.

BECKER, Alfredo Augusto. Teoria geral do direito tributário, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

BORGES, José Souto Maior. Limites constitucionais e infraconstitucionais da coisa julgada tributária, *in* Revista Tributária e de Finanças Públicas, v. 27, abr. 1999.

BRASIL, Presidência da República. Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988, disponível no [sítio eletrônico <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm), acesso em 15.10.2013

_____. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942, disponível no [sítio eletrônico http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm), acesso em 03.11.2013.

_____. Lei nº 7.689, de 16 de dezembro de 1988, disponível no [sítio eletrônico http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7689.htm), acesso em 15.10.2013.

_____. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, disponível no [sítio eletrônico http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Les/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Les/L12529.htm), acesso em 15.10.2013.

_____. Medida Provisória nº 22, de 07 de dezembro de 1988, disponível no [sítio eletrônico <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/1988-1989/022.htm>](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/1988-1989/022.htm), acesso em 15.10.2013.

BRASIL, Secretaria da Receita Federal do. Análise da arrecadação das receitas federais, Dezembro de 2013, disponível no [sítio eletrônico <http://www.receita.fazenda.gov.br/publico/arre/2013/Analismensaldez13.pdf>](http://www.receita.fazenda.gov.br/publico/arre/2013/Analismensaldez13.pdf), acesso em 24.02.2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 138.284-8/CE, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 28.08.1992.

_____. Recurso Extraordinário nº 146.733-9/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 06.11.1992.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 15-2/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 31.08.2007.

_____. Medida Cautelar em Ação Cautelar nº 1.657-6/RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Rel. para acórdão Min. Cezar Peluso, DJ 27.06.2007.

_____. Agravo de Petição nº 11.227, Tribunal Pleno, Rel. Min. Castro Nunes, DJ. 10.02.1945.

_____. Recurso Extraordinário nº 59.423/PE, Tribunal Pleno, Rel. Min. Eloy da Rocha, DJ 12.06.1970.

CARVALHO, Vinícius Marques de. Aspectos históricos da defesa da concorrência, *in* CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius Marques de; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. Nova lei de defesa da concorrência comentada. São Paulo: RT, 2012.

CASCALDI, Luís Gustavo. O STJ e a rescindibilidade de sentenças complexas, *in* Revista dos Tribunais v. 921, jul. 2012. São Paulo: RT, 2012.

CHIAVASSA, Tércio. A nociva relativização da coisa julgada no direito tributário brasileiro. Revista do advogado, nº 219.

COELHO, Fábio Ulhôa. Direito antitruste brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. Direito público: Estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1996.

DA SILVA, Edna Lúcia; MENEZES, Estera Muszkat. Metodologia da pesquisa e elaboração de dissertação, 4. ed. Florianópolis: UFSC, 2005.

DERZI, Misabel. Irretroatividade do direito no direito tributário; *in* MELLO, Celso Antônio Bandeira de (org.). Estudo em homenagem a Geraldo Ataliba, t. 1, São Paulo: Malheiros, 1997.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, v. 4. São Paulo: Malheiros, 2004.

DWORKIN, Ronald. Law's empire. Harvard University Press: Cambridge, 1986.

FARIA, Werter R. Constituição econômica – liberdade de iniciativa e de concorrência. Fabris: Porto Alegre, 1990.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Práticas tributárias e abuso de poder econômico, in *Revista de Direito da Concorrência*, v. 9, 2006.

_____. Da abusividade do poder econômico. *Revista de direito econômico*, 21, out-dez., 1990.

GIANNETTI, Leonardo Varella. Segurança jurídica e coisa julgada: uma análise crítica do Parecer 492/2011 da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, in *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 110, maio 2013.

GIL, Antonio Carlos. Métodos e técnicas de pesquisa social. São Paulo: Atlas, 1999.

GRECO, Marco Aurélio. Planejamento tributário. São Paulo: Dialética, 2004.

GRIBERG, Mauro. Aumentos arbitrários de lucros como abuso do poder econômico – interpretação da constituição e sugestão de alteração. *Revista de direito mercantil, comercial, industrial, econômico e financeiro. Revista dos Tribunais*: São Paulo, jul-set. 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação rescisória e divergência de interpretação em matéria constitucional, in *Revista dialética de direito tributário*, v. 8, p. 14.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. The cost of rights. Norton: Nova York, 2000.

LEAL, Saul Tourinho. O novo processo constitucional e as grandes discussões tributárias, in *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 191. São Paulo: Malheiros.

_____. Proposta de súmula vinculante da guerra fiscal: múltiplas perspectivas, in *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 204. São Paulo: Malheiros.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. Fundamentos de metodologia científica. São Paulo: Atlas, 1993.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Eficácia e autoridade da sentença, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MACHADO, Hugo de Brito. Aspectos da coisa julgada em matéria tributária, in *Revista dos Tribunais*, v. 663, jan. 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões, in MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártines; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

_____. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Pondes de. Comentários ao Código de Processo Civil, t. V. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil, *in* Temas de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1977.

NASCIMENTO, Carlos Valter do; DINAMARCO, Cândido Rangel; THEODORO JR., Humberto; DELGADO, José Augusto; FARIA, Juliana Cordeiro de. Coisa julgada inconstitucional. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, 2ª ed.

NERY JUNIOR, Nelson. Coisa julgada em matéria tributária. Soluções Práticas, Set. 2010, v.1. São Paulo: RT, 2010.

NOJIRI, Sérgio. Crítica à teoria da relativização da coisa julgada, *in* Revista de Processo, v. 123, maio 2005.

PETTER, Lafayette Josué. Princípios constitucionais da ordem econômica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Tradução de CHACON, Vamireh. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

REGO, Hermenegildo de Souza. Os motivos da sentença e a coisa julgada, *in* Revista de processo, v. 9, n. 35, jul./set., 1984.

RIBEIRO, Maria de Fátima; FERRER, Walkiria Martinez Heinrich. Manual de metodologia da Pesquisa jurídica científica: orientações quanto a elaboração. São Paulo: Arte & Ciência: Marília-SP: UNIMAR, 2009.

ROCHA, José Albuquerque. Teoria geral do processo. São Paulo: Saraiva, 1986.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito concorrencial: as condutas. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Direito concorrencial: as estruturas. São Paulo: Malheiros, 2003a.

_____. Regulação da atividade econômica. São Paulo: Malheiros, 2001.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de; CONRADO, Paulo Cesar. Controle direto de constitucionalidade e repetição do indébito tributário. Revista Dialética de Direito Tributário, v. 86, 2002.

SANTIAGO, Myrian Passos. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no tempo e a coisa julgada em matéria tributária. Revista de Processo, v. 94, abr. 1990.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon, *in* ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). Processo judicial em matéria tributária. São Paulo: Dialética, 2005.

SCAFF, Fernando Facury. Efeitos da coisa julgada em matéria tributária e livre concorrência, *in* Revista de Direito Público da Economia, v. 13. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Poder econômico e abuso do poder econômico no direito de defesa da concorrência brasileiro. Revista de direito mercantil, 94, abr-jun. 1994.

SHIEBER, Benjamin. Abusos do poder econômico. São Paulo: RT, 1996.

SOUZA, Robens Gomes de. Coisa julgada, *in* CARVALHO SANTOS, J. M., Repertório enciclopédico do direito brasileiro, v. 9. São Paulo: Borsoi, 1947.

TENDÊNCIAS. Inflação nas décadas de 80 e 90 e os planos de estabilização, disponível em http://www.febraban.org.br/7Rof7SWg6qmyvwJcFwF7I0aSDf9jyV/sitefebraban/3c_Tendencias.pdf, acesso em 24.02.2014.

TOMASETTI JR., Alcides. Abuso de poder econômico e abuso de poder contratual *in* TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. Obrigações e contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

VALVERDE, Gustavo Sampaio. Coisa julgada em matéria tributária. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

VITA, Jonatham Barros; DINIZ, Marcelo de Lima Castro. Direito concorrencial e direito tributário: *sham litigation* em matéria tributária. Revista tributária das américas, v. 3, jan. 2011.

XAVIER, Alberto. Do lançamento no direito tributário. São Paulo: Forense, 2ª ed., 1987.

ZAVASCKI, Teori Albino. Coisa julgada em matéria constitucional: eficácia das sentenças nas relações jurídicas de trato continuado, *in* Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional. São Paulo: RT, 2001.