

ISSN 2764-3999



REVISTA SEMESTRAL DE DIREITO ECONÔMICO

V. 02 | N. 02 | JULHO/DEZEMBRO | 2022

ISSN 2764-3999



REVISTA SEMESTRAL DE DIREITO ECONÔMICO

EXPEDIENTE / MASTHEAD

Revista Semestral de Direito Econômico

Semiannual Journal of Economic Law

Volume 02, número 02, jul./dez., 2022.

DOI: <https://doi.org/10.51696/resede.v2n2>

Sobre / About

A Revista Semestral de Direito Econômico é um periódico eletrônico gratuito que busca a publicação de trabalhos científicos que estimulem e aprofundem o estudo da disciplina de Direito Econômico através de um processo editorial ético e transparente. A publicação dos trabalhos aprovados é feita em fluxo contínuo, com o fechamento semestral dos fascículos.

Foco e Escopo / Focus and Scope

A revista tem como foco o estudo, a reflexão e o aprofundamento do Direito Econômico no Brasil e nos demais países. Seu escopo é divulgar trabalhos científicos qualificados que são relacionados à área, especialmente sobre os seguintes temas: (1) Conceito, métodos, divisões, princípios, regras, fontes, fundamentos, história, evolução do Direito Econômico; (2) A relação entre o Direito Econômico e outros ramos do Direito; (3) Direito Econômico e Política Econômica; (4) Direito Econômico e Constituição Econômica; (5) A relação entre o Direito Econômico e planejamento, desenvolvimento, produção, circulação, repartição e consumo; (6) Direito Econômico e Estado.

Responsabilidade / Responsibility

Os trabalhos e opiniões publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Reprodução / Reproduction

É permitida a reprodução total ou parcial dos trabalhos publicados nesta revista, contanto que apontada a fonte. Os trabalhos contidos nela estão licenciados sob a Licença *Creative Commons* - Atribuição 4.0 Internacional.

Endereços / Addresses

Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)

Av. João Pessoa, 80, Centro Histórico, Porto Alegre/RS, CEP 90040-000

www.resede.com.br

contato@resede.com.br

Data de Fechamento da Edição / Edition Closing Date

27/10/2025

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação

R454

Revista Semestral de Direito Econômico. – v.2, n. 02, (jul./dez.) -. – Porto Alegre: [online], 2022.

Semestral
ISSN 2764-3999

1.Direito. 2.Economia. 3.Desenvolvimento econômico – Brasil - Periódicos

CDU: 34

Classificação do CNPQ

Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7). Área: Direito (6.01.00.00-1).

EQUIPE EDITORIAL / *EDITORIAL TEAM*

Editor-chefe / *Editor-in-chief*

Dr. Ricardo Antônio Lucas Camargo Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)

Conselho Editorial / *Editorial Board*

Dr. Gilberto Bercovici Universidade de São Paulo (USP)

Dr. Giovanni Clark Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas)

Dr. Samuel Pontes do Nascimento Universidade Federal do Piauí (UFPI)

Dra. Suzy Elizabeth Cavalcante Koury Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA)

Pareceristas / *Reviewers*

Dra. Aendria de Souza do Carmo Mota Soares Universidade Federal da Paraíba (UFPB)

Dr. Alessandro Serafin Octaviani Luis Universidade de São Paulo (USP)

Dra. Clarissa Ferreira Macedo D'Isep Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP)

Dr. Davi Augusto Santana de Lelis Universidade Federal de Viçosa (UFV)

Dr. Everton das Neves Gonçalves Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Dr. Ibraim José das Mercês Rocha Universidade Federal do Pará (UFPA)

Dra. Lea Vidigal Medeiros Universidade de São Paulo (USP)

Dr. Leonardo Alves Corrêa Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF)

Dra. Luciola Maria de Aquino Cabral Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

Dr. Marcus Faro de Castro Universidade de Brasília (UNB)

Dra. Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa Universidade Federal da Paraíba (UFPB)

Dra. Paula Andrea Forgioni Universidade de São Paulo (USP)

Dra. Patricia Nunes Lima Bianchi Centro Universitário Salesiano São Paulo (UNISAL)

Dr. Rogério Emilio de Andrade Instituto de Direito Público de São Paulo (IDP/SP) e Faculdade de Ciências Humanas de Cruzeiro (FACIC).

Dra. Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso Squeff Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)

Dr. Vinícius Moreira de Lima Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG)

Editor-adjunto / *Assistant Editor*

Dr. Nelso Molon Júnior Faculdade de Integração do Ensino Superior do Cone Sul (FISUL) e Universidade de Caxias do Sul (UCS)

SUMÁRIO / TABLE OF CONTENTS

- e2201** **EDITORIAL**
01-03 *EDITORIAL*
Ricardo Antonio Lucas Camargo

DOSSIÊ TEMÁTICO: DIREITO ECONÔMICO E LEX MERCATORIA

THEMATIC DOSSIER: ECONOMIC LAW AND LEX MERCATORIA

- e2203** **A Tributação como Instrumento de Fomento Econômico no Âmbito Supranacional**
01-28 *Taxation as an Instrument for Economic Promotion at the Supranational Context*
Ricardo Antonio Lucas Camargo

ARTIGOS

ARTICLES

- e2205** **A Lei n. 13.848/19 como “Aproximação” à Democracia Direta? Histórico, Mecanismos e Evidências Empíricas**
01-37 *Act n. 13.848/19 as an “Approach” to Direct Democracy? History, Mechanisms and Empirical Evidence*
Thiago Gehrke

- e2202** **Os Impactos dos Crimes Tributários no Brasil (2010-2020)**
01-46 *The Impacts of Tax Crimes in Brazil (2010-2020)*
Alexandre Favaro Lucchesi e Elisa Barreto da Rocha

- e2206** **Concurso de Remédios na Hipótese de Violação da Cláusula de Declarações e Garantias em Contrato de Compra e Venda de Participação Societária**
01-48 *Multiplicity of Legal Remedies in Case of Violation of The Representations and Warranties Clause Agreed upon in Share or Quota Purchase Agreements*
Lucas Vilela dos Reis da Costa Mendes e Joana Egito

e2208 **Uma Breve Análise Acerca do Modelo de Tipificação das Decisões na Obra “Política Econômica, Ordenamento Jurídico e Sistema Econômico”**

01-16

A Brief Analysis of the Typification Model of Decisions in the Work “Economic Policy, Legal Order and Economic System”

Thiago Gehrke

e2207 **Loot Boxes: uma análise sobre sua legalidade, restrição e suas implicações relacionadas ao jogo de azar**

01-23

Loot Boxes: an analysis of their legality, restriction, and implications related to gambling

Guilherme Monteiro de Melo e Luís Alexandre Carta Winter

TRADUÇÕES

TRANSLATIONS

e2204 **Algoritmo e Lei**

01-10

Algorithm and Law

Andrea Simoncini

LISTA DE DOSSIÊS TEMÁTICOS

LIST OF THEMATIC DOSSIERS

NORMAS PARA AUTORES DO FASCÍCULO

STANDARDS FOR FASCICLE AUTHORS

EDITORIAL: ENTRE A *LEX MERCATORIA* E A SOBREVIVÊNCIA DAS FUNÇÕES ECONÔMICAS DO ESTADO

O presente número da Revista Semestral de Direito Econômico foi pensado com o foco nos desafios que os avanços tecnológicos e a internacionalização da economia trazem para a própria concreção das funções definidas constitucionalmente para o Estado em face da economia, em particular por conta do avanço da *lex mercatoria*.

Vem, no contexto do dossiê temático, o estudo de Ricardo Antonio Lucas Camargo, Doutor em Direito pela UFMG e Professor da Faculdade de Direito da UFRGS, sobre o papel da tributação, enquanto instrumento de fomento público à economia no âmbito supranacional, diante de argumentos recorrentes sobre a superação das funções do Estado em relação à economia, com a conversão do mundo em um grande mercado em que as relações jurídicas se definiriam atomisticamente nos contratos privados, argumentos, estes, que são agrupados, no texto, em quatro “eixos” para fins de discussão: a “globalização”, o “livre comércio supranacional” – abrangendo aqui tanto o comércio internacional propriamente dito quanto o que se trava nos blocos econômicos, com ênfase especial na União Europeia -, atuação supranacional das *holding companies* e a convivência com as empresas transnacionais.

Os textos dedicados aos artigos sobre temática diversa, de algum modo, tocam nos temas próprios do dossiê, como, desde já, a questão da superação dos meios “autoritários” pelos meios “técnicos” de formulação e execução da política econômica, com a ampliação, nas ações a esta concernentes, da atuação dos cidadãos, reduzindo, assim, o espaço do Estado em relação à economia.

O texto de Thiago Gehrke, Mestre e Doutorando em Direito na UFRGS, sobre a Lei 13.848, de 2019, conhecida como “Lei Geral das Agências Reguladoras”, como aproximação à democracia direta, busca responder à indagação acerca da transparência das decisões dessas entidades e dos procedimentos para maior aproximação dos “regulados” aos “reguladores”, escandindo os institutos da Análise de Impacto Regulatório,

da Consulta Pública e da Audiência Pública, no processo de formação dessas mesmas decisões.

O resgate da ênfase na busca do interesse pessoal como motor da economia, com a percepção do Estado como um escolho, impondo um reexame de suas funções econômicas, vai apresentar-se, também, nas próprias ações lesivas ao Fisco, muitas vezes tratadas como se fossem expressão de resistência contra a tirania.

Alexandre Favaro Lucchesi, Professor de Economia na FMU-SP, e Elisa Barreto da Rocha, bacharela em Ciências Econômicas pela mesma Instituição, discutem os impactos dos crimes tributários no Brasil, no período 2010-2020, indicando, a partir dos conceitos desenvolvidos por Adam Smith e Thomas Piketty, a exacerbação do individualismo, da exaltação do benefício próprio enquanto valor máximo, conduzindo ao desprezo pela possibilidade de se causar dano à coletividade, bem como a própria desigualdade social aprofundada pela regressividade dos impostos indiretos, que constituiriam, no Brasil, a principal modalidade de tributação, o caráter desproporcional do imposto sobre a renda de pessoa física quanto à própria capacidade contributiva, a percepção popular de malversação dos recursos públicos, estariam na raiz dos comportamentos lesivos ao Fisco.

O caráter conflitivo das relações econômicas não se vai limitar, mesmo com a redução do espaço de atuação estatal, aos enfrentamentos do particular com o Poder Público, mas estará presente, também, num contexto de definição em caráter atomizado, negocial, das relações jurídicas, num contexto que traduz a própria essência da *lex mercatoria*.

Em relação aos conflitos de interesses que se travam no seio das sociedades por ações, Lucas Vilela dos Reis da Costa Mendes, L.L.M. pela University of London, e Joana Egito, árbitra, discutem o concurso de remédios em caso de violação de cláusula de declarações e garantias em contratos de compra e venda de participações societárias, tomando em consideração as possíveis pretensões de direito material a serem deduzidas tanto judicialmente quanto no âmbito da arbitragem, de tal sorte que esses instrumentos contratuais desempenhem com maior efetividade o respectivo papel na dinamização do mercado de capitais.

As possibilidades de conflitos, mesmo num contexto de implementação dos expedientes da *lex mercatoria*, conduzem,

necessariamente, a que se coloque o próprio problema da variedade de decisões à disposição do agente, público ou privado, que participe da política econômica.

Segue-se estudo de Thiago Gehrke, voltado a analisar, na obra “Política econômica, ordenamento jurídico e sistema econômico”, a tipificação das decisões passíveis de serem tomadas, em sede de política econômica, e a importância da realização dessa tipificação, no momento de se resolverem os problemas jurídicos correspondentes.

A própria capacidade de os seres humanos decidirem as questões que se colocam, em termos de política econômica, vai tendo que dialogar com as modificações que os avanços da tecnologia, em especial no que toca ao aumento, em relação a esta, da dependência de cada indivíduo, vão se verificando.

O trabalho de Guilherme Monteiro de Melo, Graduando em Direito pela PUC-PR, e Luís Alexandre Carta Winter, Doutor em Integração da América Latina pela UFSM e Professor Titular da PUC-PR, discute a legalidade e a possibilidade de restrição das denominadas “loot boxes” e sua classificação como jogos de azar, tendo em vista principalmente a capacidade de elas induzirem tanto o vício quanto os comportamentos de risco, em seu potencial de lucratividade, e as soluções no direito comparado.

Por fim, o texto do Professor Andrea Simoncini, na tradução de Rafael Ferreira Costa, trabalha as implicações jurídicas da utilização da inteligência artificial como instrumento capacitado a, mediante informações que se lhe administrem, tomar decisões as mais variadas, em especial quanto à responsabilização em face destas.

Boa leitura!

Porto Alegre, 11 de outubro de 2025

Ricardo Antonio Lucas Camargo

Editor-Chefe

**DOSSIÊ TEMÁTICO:
DIREITO ECONÔMICO E
LEX MERCATORIA**

A TRIBUTAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE FOMENTO ECONÔMICO NO ÂMBITO SUPRANACIONAL

TAXATION AS AN INSTRUMENT FOR ECONOMIC PROMOTION AT THE SUPRANATIONAL CONTEXT

Ricardo Antonio Lucas Camargo  

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Professor Visitante da Università degli Studi di Firenze – Integrante do Centro de Pesquisa JusGov, junto à Faculdade de Direito da Universidade do Minho, Braga, Portugal – Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – Ex-Presidente do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública (2016-2018) – Procurador do Estado do Rio Grande do Sul.

E-mail: ricardocamargo3@hotmail.com

Resumo: A partir da amplamente propagandeada substituição das funções econômicas do Estado pelos naturais movimentos da oferta e da procura como marca do progresso mundial, olhos postos no comércio supranacional, impondo a redução do exercício do poder tributante, toma-se em consideração, dentre tais funções, precisamente a que acarreta menos resistência da parte dos agentes econômicos privados – o fomento –, que notoriamente se opera mediante instrumentos tributários. Para verificar se permanece, ou não, a possibilidade do fomento público à economia, trabalham-se, como temas recorrentes que gravitam em torno da defesa desse “movimento espontâneo do mercado”, a globalização, a concorrência internacional, a presença das *holding companies* e a atuação das empresas transnacionais.

Palavras-chave: Tributação; comércio internacional; fomento; Direito Tributário; Direito Econômico.

Abstract: Based on the widely publicized replacement of the State's economic functions by the natural movements of supply and demand as a mark of world progress, eyes set on supranational trade, imposing a reduction in the exercise of taxing power, one considers, among these functions, precisely the one that causes less resistance on the part of private economic agents – incentive –, which notoriously operates through tax instruments. In order to verify whether or not the possibility of public support for the economy remains, as recurrent themes related to the defense of this “spontaneous market movement” are brought to discussion globalization, international competition, the presence of holding companies and the performance of transnational companies.

Keywords: Taxation; international trade; incentive, Tax Law; Economic Law.

Sumário: Introdução. 1 A função de fomento econômico em face da globalização. 2 Generalidades sobre o fomento em relação ao comércio internacional. 3 As *holdings* no âmbito supranacional e os limites do fomento. 4 Empresas transnacionais e fomento. Conclusão. Bibliografia.

Introdução

Desde a queda do Muro de Berlim em 1989, e mesmo com a crise de 2008, tem sido uma pauta insistente a substituição da “ineficiência do Estado” pela integração das economias pelo movimento espontâneo do comércio internacional.

Haverá espaço, ainda, para o exercício da função estatal de fomento da economia, em se tratando de um mundo em que se pretende deixar as relações econômicas serem governadas pela autonomia da vontade dos que oferecem os produtos e serviços no mercado e dos que os procuram?

A resposta a esta pergunta impõe que se tomem em consideração os seguintes eixos temáticos que gravitam em torno da ideia de um “movimento livre do comércio internacional”: globalização, concorrência internacional, *holding companies* e empresas transnacionais.

Com efeito, todos esses eixos vêm à tona a cada vez que se vem a suscitar a questão da morte do protecionismo, da morte da autoritária direção da economia pelo Estado e a instauração da nova ordem do mercado a distribuir, de acordo com o critério justo e infalível das variações da oferta e da procura, e é por esta razão que cada um deles precisará ser tratado de modo particularizado, a fim de que se verifique se há algum ponto de intersecção entre eles que aponte para a superação do papel do Estado, mesmo como fomentador da economia.

1 A função de fomento econômico em face da globalização

O movimento da globalização, verificado sobretudo a partir da década de 90 do século XX, veio a ressuscitar, e mesmo radicalizar, discursos que se voltavam a dar as relações de mercado como um dado da natureza que seria herético pretender configurar a partir de elementos a ela exteriores, e paulatinamente os Estados se tornariam cada vez menores, inclusive enquanto produtores da norma jurídica: as relações econômicas seriam desregulamentadas, passando a ser disciplinadas pelos contratos livremente celebrados entre os particulares, tornando, ainda, desnecessária a existência de uma carga elevada de impostos.

Já se vê, até mesmo, quem venha a defender a eliminação da forma compulsória de financiamento das atividades públicas, substituindo-as por contribuições livremente contratadas entre o responsável pela prestação destas e o particular¹, talvez dentro de uma compreensão de que, supostamente, estariam superadas as razões por que se veio a centralizar a possibilidade do exercício da força, no Ocidente, após a Idade Média², superação, esta que, contudo, não parece ter ultrapassado o plano da utopia, até porque, como se sabe, os indivíduos somente se dispõem a pagar espontaneamente na medida da utilidade que visualizem, para si, na prestação da atividade de que se trate³.

Numa visão de um comércio universal livre, as economias das nações se integrariam naturalmente, sem que se erguessem as barreiras, sobretudo fiscais, ao fluxo das mercadorias e serviços, harmonizando-se espontaneamente, a partir da “elasticidade” da oferta e da procura⁴, de tal sorte que se poderia, inclusive, estabelecer uma base fiscal universal entre os Estados Nacionais.

Por sinal, esta vem a ser uma das principais razões para que, diante de fatos passíveis de produzir consequências jurídicas em mais de um Estado soberano, sejam celebrados tratados internacionais contra a bitributação: evitar que as onerações sucessivas pelo mesmo fato venham a se converter em um fator de inibição das trocas internacionais⁵.

¹ CAMPOS, Diogo Leite de. *O sistema tributário do Estado dos cidadãos*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 129-130; SILVA, Hugo Flores da. *Privatização do sistema de gestão fiscal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2014, p. 205.

² Cfr., com amplas remissões bibliográficas, CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *Economia política para o curso de Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2012, p. 166-8.

³ EINAUDI, Luigi. *Principi di scienza della finanza*. Torino: Einaudi, 1956, p. 92; FREIRE, Paula Vaz. A produção privada de bens públicos. In: CUNHA, Paulo Pitta e *et alii*. *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Professor Doutor António de Sousa Franco*. Coimbra/Lisboa: Coimbra Ed./Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, v. 3, p. 580.

⁴ FROUFE, Pedro. Sinais de mudança no Direito da Concorrência (Comunitário)? – Alguns tópicos de discussão. In: OLIVEIRA, António Cândido [org.]. *Estudos em comemoração ao 10º aniversário do licenciamento em Direito da Universidade do Minho*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 821.

⁵ PEREIRA, Manuel Henrique de Freitas. *Fiscalidade*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 236; NABAIS, José Casalta. *Direito Fiscal*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 189; FALSITTA, Gaspare. *Corso istituzionale di Diritto Tributario*. Vicenza/Padova: Wolters Kluwe/CEDAM, 2016, p. 54-5; CUNHA, Patrícia Silveira da. Cláusula de nação mais favorecida em Direito

Entretanto, é de se observar que a possibilidade da denominada “concorrência fiscal” vem a se mostrar inafastável, diante da desigualdade de níveis de desenvolvimento entre os Estados⁶, e a utilização dos instrumentos de “fomento econômico” vem a ingressar no debate, com toda a certeza, considerando o caráter antagônico, em princípio, que tanto o GATT⁷ quanto o Tratado Fiscal da União Europeia apresentam em relação aos auxílios estatais aos agentes econômicos privados⁸.

É sobejamente conhecido o fato de que os instrumentos de fomento, em especial fiscais, constituíram, no âmbito do Direito interno, a fórmula para o engajamento dos particulares no desenvolvimento de projetos de interesse público sem nulificar a liberdade de iniciativa como direito subjetivo⁹, e que, na realidade, os agentes privados não se queixam de fruir

Comunitário. In: DIAS, Jorge de Figueiredo *et alii*. *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001, v. 2, p. 907.

⁶ LAMPREAVE MÁRQUEZ, Patricia. *La competencia fiscal desleal en los Estados Miembros de la Unión Europea*. Navarra: Aranzadi, 2010, p. 42; GARCIA-VERDUGO, Ascensión & MUSILEK ÁLVAREZ, Antoinette. *La competencia fiscal; las ayudas de Estado; los paraísos fiscales*. In: CORRAL GUADAÑO, Ignacio (org.). *Manual de fiscalidad internacional*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2016, v. 1, p. 141-2.

⁷ BILLY, Jacques. *La politique économique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1956, p. 44; JACQUEMIN, Alex & SCHRANS, Guy. *Le Droit Économique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1974, p. 79.

⁸ RIBEIRO, João Sérgio Feio Antunes. *Implicações fiscais das disposições do TFUE relativas aos auxílios de Estado*. In: SILVEIRA, Alessandra (org.). *Interjusfundamentalidade, Internormatividade e Interjurisdicionalidade*. Braga/Santa Cruz do Sul: Universidade do Minho/Universidade de Santa Cruz do Sul, 2017, p. 154; AMATUCCI, Fabrizio. *Principi e nozioni di Diritto Tributario*. Torino: G. Giappichelli, 2016, p. 67; SANTOS, António Carlos, GONÇALVES, Maria Eduarda & MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito Económico*. Coimbra: Almedina, 1991, p. 197; NABAIS, José Casalta. *Direito Fiscal*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 394.

⁹ AUGUSTO, Ana Maria Ferraz. *Incentivos - instrumentos jurídicos do desenvolvimento*. In: FRANÇA, Rubens Limongi [org.]. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1980, v. 43, p. 219; CARVALHOSA, Modesto. *Direito Económico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 344; SOUZA, Neomésio José de. *Intervencionismo e Direito*. Rio de Janeiro: Aide, 1984, p. 142; CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *Breve introdução ao Direito Económico*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993, p. 48-49; VIDIGAL, Geraldo de Camargo. *Teoria geral do Direito Económico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 160; PINGRET, Clóvis Sá Britto. *O Estado como fomentador da iniciativa privada: o caso das microempresas*. In: CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas [org.]. *Desenvolvimento económico e intervenção do Estado na ordem constitucional – estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995, p. 52-53; MELO FILHO, Álvaro. *Estado contemporâneo e sua função promocional*. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Ceará*. Fortaleza, v. 3, n. 4, p. 125-6, jan/mar 1981; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Profissionalização da função pública: a experiência brasileira*. *Cadernos da Escola de*

das consequências benéficas que decorrem da adesão aos comandos presentes na legislação que os disciplina¹⁰, a despeito da repercussão que terminam por ter no âmbito das relações tanto inter-regionais (nos âmbitos nacional¹¹ e supranacional¹²) como internacionais.

Direito e Relações Internacionais – Faculdades do Brasil. Curitiba, v. 1, n. 1, p. 18, nota 3, mar/ago 2002; DÓRIA, Patrícia Lima A oportunidade da substituição do modelo burocrático pelo gerencial na Administração Pública brasileira. *Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia*. Salvador, v. 20, n. 22, p. 241, jan/dez 1996; LEMOS, Bruno Espiñeira. Cidadania: a formação do espaço público, o ordenamento jurídico e o Judiciário. *Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia*. Salvador, v. 21, n. 23, p. 96, jan/dez 1997; FONTES, Ana Lúcia Berbert de Castro A política de privatização e a configuração contemporânea da concessão de serviço público. *Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia*. Salvador, v. 22, n. 24, p. 11, jan/dez 1998; OLIVEIRA, Maricéu Marinho de. Incentivo fiscal – Solicitação de financiamento através do PROADI, nos termos da Lei 7.075, de 1711.97, e Protocolo de Intenções firmado com o Governo do Estado para desenvolvimento do Pólo GAS-SAL. – Sociedade de economia mista. Atendimento a exigência constitucional para fruição de incentivo fiscal. – Critérios técnicos atendidos de acordo com análise da SINTEC. Ampliação industrial do Pólo Guamaré e desenvolvimento dos campos marítimos produtores de gás natural de Pescada-Arabaiana. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Norte*. Natal, v. 23/24, n. 9, p. 279-280, 2000/2001; FORGIONI, Paula A. Análise Econômica do Direito: paranóia ou mistificação? *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, v. 44, n. 139, p. 248, jul/set 2005; FALSITTA, Gaspere. *Corso istituzionale di Diritto Tributario*. Vicenza/Padova: Wolters Kluwe/CEDAM, 2016, p. 47; FEIJÓ, Carlos Maria, TINY, Kiluange & MENDES, Vanessa. A Constituição Econômica da República de Angola. In: FEIJÓ, Carlos Maria (org.). *Constituição da República de Angola – 3 – enquadramento dogmático: nossa visão*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 99.

¹⁰ HORN, Norbert. *Introdução à ciência do Direito e à filosofia jurídica*. Trad. Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005, p. 132; AMARAL, Adriano Benayon do. Ordem econômica e direitos humanos. In: TRINDADE, Antonio Augusto Cançado [ed.]. *A incorporação de normas internacionais de proteção aos direitos humanos no direito brasileiro*. San José da Costa Rica: Instituto Interamericano de Direitos Humanos/Comitê Internacional da Cruz Vermelha/ ACNUR/ Comissão da União Européia, 1996, p. 545; PERROUX, François. *Pour une philosophie du nouveau développement*. Paris: UNESCO, 1981, p. 199; FARIA, José Eduardo. *Direito e economia na democratização brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 145; ATHAYDE, Augusto de. *Estudos de Direito Econômico e Direito Bancário*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1983, p. 117; ANDRADE, Rogério Emílio de. *O preço na ordem ético-jurídica*. Campinas: Edicamp, 2003, p. 75; MARTINS, Guilherme d'Oliveira. A Constituição Econômica Portuguesa – novas perspectivas. In: DIAS, Jorge de Figueiredo et alii. *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001, v. 2, p. 336-8.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.472. Relator: Min. Edson Fachin. DJ-e 14 ago 2018.

¹² “Acórdão do Tribunal de Justiça (Quarta Secção) de 8 de março de 2012. Comissão Europeia contra República Portuguesa. Incumprimento de Estado — Sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado — Diretiva 2006/112/CE — Artigos 296.º a 298.º — Regime comum forfetário dos produtores agrícolas — Percentagem forfetária de compensação de nível zero. Processo C-524/10. Court reports – general ECLI identifier: ECLI:EU:C:2012:129”.

Por mais que, discursivamente, se venha a verificar uma busca de um comércio sem travas, de que resultariam naturalmente as satisfações das necessidades de cada um, compensando-se as respectivas capacidades¹³, como o cantavam, em prol dos produtos do campo, os fisiocratas¹⁴, e em prol da indústria, Adam Smith¹⁵, percebeu-se que o incremento da balança comercial, por este criticada sob o ponto de vista teórico, mas sempre presente na prática, de um Estado implicaria o déficit de outro, já que um obteria mais recursos em razão da receita de exportações e o outro, por decorrência, aumentaria as importações¹⁶, e, por outra banda, a desigualdade no ritmo do desenvolvimento dos meios necessários a se alcançar a economia de escala torna, nos países de industrialização mais tardia, mister a adoção de instrumentos de compensação, vez que o custo para acompanhar a concorrência se torna, nestes últimos países, maior¹⁷, e, desta forma, tornar-se-ia mais equilibrado o mercado¹⁸.

<<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:62010CJ0524>>, acessado em 10 dez 2022.

¹³ XAVIER, Alberto Pinheiro. *Política orçamental e economia de mercado: a experiência americana do após-guerra*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais da Direcção Geral das Contribuições e Impostos do Ministério das Finanças, 1970, p. 193; PORTO, Manuel. O sentido da intervenção do Estado: experiências recentes em Portugal. In: CUNHA, Paulo Pitta e *et alii*. *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Professor Doutor António de Sousa Franco*. Coimbra/Lisboa: Coimbra Ed./Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, v. 2, p. 1.032; MARTINS, Guilherme d'Oliveira. A Constituição Económica Portuguesa – novas perspectivas. In: DIAS, Jorge de Figueiredo *et alii*. *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001, v. 2, p. 340.

¹⁴ QUESNAY, François. *Quadro económico*. Trad. Teodora Cardoso. Lisboa: Gulbenkian, 1966, p. 117.

¹⁵ SMITH, Adam. *A riqueza das nações – uma investigação sobre a sua natureza e as suas causas*. Trad. Luís João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996, v. 1, p. 467; GOSSEN, Hermann Heinrich. *The laws of human relations and the rules of human action derived therefrom*. Transl. Rudolph C. Blitz. Cambridge: The MIT, 1983, p. 104; MANKIW, N. Gregory. *Princípios de microeconomia*. Trad. Allan Vidal Hastings & Elisete Paes e Lima. São Paulo: Cengage Learning, 2009, p. 54-5; JAEGER JÚNIOR, Augusto. *Mercados comum e interno e liberdades económicas fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 46.

¹⁶ PIGOU, A. C. *Teoría y realidad económica*. Trad. Samuel Vasconcelos. México: Fondo de Cultura Económica, 1942, p. 77.

¹⁷ NUNES, Antonio José Avelãs. *Uma introdução à economia política*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 481; MEYERS, Alfred L. *Elementos de economia moderna*. Trad. Antonio Ferreira da Rocha. Rio de Janeiro: Livro Ibero-Americano, 1968, p. 362-3; MULEIRO PARADA, Luís M. Los incentivos fiscales vinculados a rendimientos derivados de activos intangibles. In: SERRANO ANTON, Fernando, SIMÓN ACOSTA, Eugenio & TORRES, Heleno Taveira (org.) *Fiscalidad y globalización*. Navarra: Aranzadi, 2012, p. 1.965.

¹⁸ LIST, Friedrich. *Sistema nacional de economia política*. Trad. Manuel Sánchez Sarto. México: Fondo de Cultura Económica, 1942, p. 177; HECKSCHER, Eli R. La época

Por outra parte, considerando o papel que a relação que as moedas de cada país apresentam entre si como um dos principais componentes do comércio internacional, é de se salientar que o fomento à produção se apresenta como um instrumento de combate à inflação ao lado dos expedientes preferidos pelos monetaristas, voltados a reduzir o volume de dinheiro em circulação¹⁹.

Uma vez que, na prática, ainda não se chegou àquela situação ideal – ideal, aqui, não no sentido de exprimir os desejos de quem subscreve o presente texto, uma vez que tal expressão seria mais apropriada em uma outra seara que não a do texto acadêmico, mas sim no sentido do que estaria presente em um plano de ideias – da plena ausência de uma atuação heterônoma de cada um dos Estados em relação aos agentes econômicos que atuem nos respectivos territórios sendo naturais de outros, passa-se a examinar, em especial, a função estatal de fomento à economia, em face do comércio internacional.

2 Generalidades sobre o fomento em relação ao comércio internacional

Já se mostra praticamente consensual que, dentre as funções econômicas do Estado, seja o fomento a que menos resistência encontra junto ao setor privado, uma vez que, por ele, não se tem a presença de restrições aos agentes econômicos, mas sim a oferta de vantagens adicionais.

Assim, expedientes de fomento à indústria nacional, como o *draw back*, consistente em reembolsar os impostos pagos por ocasião da importação de insumos, uma vez que eles sejam utilizados para a fabricação

mercantilista. Trad. Wenceslao Roces. México: Fondo de Cultura Económica, 1983, p. 777; HAMILTON, Alexander. A União e a receita nacional. In: HAMILTON, Alexander, MADISON, James & JAY, John. *O Federalista*. Trad. Heitor de Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 166-7; SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Do econômico nas Constituições vigentes*. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1961, v. 2, p. 210; HEIMANN, Eduard. *História das doutrinas econômicas*. Trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar, 1971, p. 137; HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. Trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Ed. Guanabara, 1986, p. 209-210.

¹⁹ FAIN, Gaël. *La science économique appliquée aux problèmes contemporains*. Paris: Payot, 1942, p. 192.

de um produto industrializado destinado a exportação²⁰, tratado pelo Código Aduaneiro Comunitário como espécie do gênero “aperfeiçoamento ativo”²¹, as isenções fiscais da mais variada natureza²², os créditos presumidos²³, poderão ser admitidos mediante critérios racionalmente justificáveis, em que a consequência benéfica prevista na norma que os discipline se venha a dar a partir de uma vinculação objetiva com uma causa específica ligada àquele

²⁰ XAVIER, Alberto Pinheiro. *Benefícios fiscais à exportação: limites e perspectivas*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais da Direção-Geral das Contribuições e Impostos do Ministério das Finanças, 1970, p. 21-2; FRANCO, António L. Sousa. *Finanças públicas e Direito Financeiro*. Coimbra: Almedina, 2003, v. 2, p. 185.

²¹ “Conclusões da advogada-geral Trstenjak apresentadas em 7 de Junho de 2007. Agrover Srl contra Agenzia Dogane Circonscrizione Doganale di Genova. Pedido de decisão prejudicial: Commissione tributaria regionale di Genova - Itália. Código Aduaneiro Comunitário - Aperfeiçoamento activo - Acordo de associação - Exportação antecipada de arroz para um país terceiro associado por um acordo de preferência aduaneira - Artigo 216.º do código aduaneiro - Cobrança a posteriori dos direitos de importação - Artigo 220.º, n.º 2, alínea b), do código aduaneiro. Processo C-173/06. European Court Reports 2007 I-08783. ECLI identifier: ECLI:EU:C:2007:328”. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:62006CC0173>>, acessado em 10 dez 2022.

²² - MELO FILHO, Álvaro de. Estado contemporâneo e sua função promocional. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Ceará*. Fortaleza, v. 3, n. 4, p. 125-126, jan/jun 1981; BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1963, p. 277; BORGES, José Souto Maior. *Isenções tributárias*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980, p. 165; BRAZ, Petrônio. *Direito Municipal na Constituição*. São Paulo: LED, 2001, p. 226; GOMES, Orlando & VARELA, João de Matos Antunes. *Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 50; AUGUSTO, Ana Maria Ferraz. Incentivos (instrumentos jurídicos do desenvolvimento). In: FRANÇA, Rubens Limongi [org.]. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1980, v. 43, p. 217; ATALIBÁ, Geraldo. IOC - Imposto sobre operações de câmbio - isenções. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo, v. 12, n. 44, p. 24, abr/jun 1988; ÁVILA, Humberto Bergmann. Benefícios fiscais inválidos e a legítima expectativa dos contribuintes. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. São Paulo, v. 10, n. 42, p. 110, jan/fev 2002; CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 455; COELHO, Sacha Calmon Navarro & DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito Tributário atual*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 373-4; RIBAS, Antônio Joaquim. *Direito Administrativo brasileiro*. Brasília: Ministério da Justiça, 1968, p. 96; FRANCO, António L. Sousa. *Finanças públicas e Direito Financeiro*. Coimbra: Almedina, 2003, v. 2, p. 184.

²³ SOUZA, Manuel Otávio Rodrigues de. A remessa de produtos de origem nacional para consumo ou industrialização na Zona Franca de Manaus é, para todos os efeitos fiscais, equivalente a uma exportação brasileira para o estrangeiro, gerando, em favor do adquirente, crédito presumido do referido imposto. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Amazonas*. Manaus, v. 2, n. 4, p. 104, jul/dez 1984.

que dela irá fruir²⁴, e não se mostrem, efetivamente, aptos a distorcerem a concorrência internacional²⁵.

A adoção, por outro lado, da chamada “cláusula de nação mais favorecida” no âmbito do GATT, que exige que os benefícios fiscais concedidos a produtos nacionais de um país sejam estendidos ao similar importado²⁶ não deixa de manifestar como uma abertura ao fomento em relação ao comércio internacional, vez que fala em estender o benefício, e não em invalidá-lo, e é de se notar que fato de os cuidados com os protecionismos aos nacionais não ingressarem no campo da discriminação injustificada²⁷ não é apto a legitimar, como meio de atração de capitais estrangeiros, o método denominado *rise-fencing*, mercê do qual se mantém

²⁴ NABAIS, José Casalta. *Direito Fiscal*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 391; MONCADA, Luís Solano Cabral de. *Direito Económico*. Coimbra: Coimbra Ed., 1988, p. 371-2; FEIJÓ, Carlos Maria, TINY, Kiluange & MENDES, Vanessa. A Constituição Económica da República de Angola. In: FEIJÓ, Carlos Maria (org.). *Constituição da República de Angola – 3 – enquadramento dogmático: nossa visão*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 97.

²⁵ XAVIER, Alberto Pinheiro. *Benefícios fiscais à exportação: limites e perspectivas*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais da Direção-Geral das Contribuições, 1970, p. 65-6; MARTINS, Guilherme Waldemar d'Oliveira. *Os benefícios fiscais – sistema e regime*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 48-9; LAMPREAVE MÁRQUEZ, Patricia. *La competencia fiscal desleal en los Estados Miembros de la Unión Europea*. Navarra: Aranzadi, 2010, p. 43; GARCIA-VERDUGO, Ascensión & MUSILEK ÁLVAREZ, Antoinette. La competencia fiscal; las ayudas de Estado; los paraísos fiscales. In: CORRAL GUADAÑO, Ignacio (org.). *Manual de fiscalidad internacional*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2016, v. 1, p. 167; GARBARINO, Carlo. *Manuale di tassazione Internazionale*. Milano: Wolters Kluwe, 2008, p. 655-7; TESAURO, Francesco. *Istituzioni di Diritto Tributario*. Torino: UTET, 2009, v. 1, p. 95; AMATUCCI, Fabrizio. *Principi e nozioni di Diritto Tributario*. Torino: G. Giappichelli, 2016, p. 68.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário 113.150. Relator: Min. Carlos Madeira. DJU 28 ago 1987.

²⁷ RIBEIRO, João Sérgio. *Direito Fiscal da União Europeia – tributação direta*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2021, p. 114-5; FARIA, Werter R. Exceções à cláusula de nação mais favorecida no Sistema Comercial Internacional e integração fronteiriça dos Países do MERCOSUL. In: CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas (org.). *Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional – estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, p. 192; TINELLI, Giuseppe. *Istituzioni di Diritto Tributario*. Padova: CEDAM, 2007, p. 43, nota 48; MITA, Enrico de. *Principi di Diritto Tributario*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 99; FALSITTA, Gaspare. *Corso istituzionale di Diritto Tributario*. Vicenza/Padova: Wolters Kluwe/CEDAM, 2016, p. 83; CUNHA, Patrícia Silveira da. Cláusula de nação mais favorecida em Direito Comunitário. In: DIAS, Jorge de Figueiredo *et alii*. *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001, v. 2, p. 909.

a pressão fiscal sobre os nacionais enquanto se excluem os estrangeiros dos ônus²⁸.

A própria União Europeia, por sinal, criou fundos para o financiamento das atividades de fomento no âmbito tanto supranacional como interno, como o Fundo Social Europeu (FSE), o Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional (FEDER), o Fundo Europeu de Orientação e Garantia Agrícola (FEOGA)²⁹, e não é raro que as medidas ligadas à utilização desses fundos sejam de caráter tributário³⁰. Por outra banda, há Diretivas naquele âmbito que estabelecem critérios para o manuseio dos instrumentos tributários como forma de estimular atividades econômicas³¹.

Pode-se dizer que é reconhecida, a bem de ver, de um modo geral, pelas organizações internacionais, como juridicamente admissível a prerrogativa de cada Estado conduzir, autonomamente, a respectiva política fiscal enquanto instrumento da política econômica, prerrogativa que também foi reconhecida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia³², mesmo em se

²⁸ LAMPREAVE MÁRQUEZ, Patricia. *La competencia fiscal desleal en los Estados Miembros de la Unión Europea*. Navarra: Aranzadi, 2010, p. 46; GARCIA-VERDUGO, Ascensión & MUSILEK ÁLVAREZ, Antoinette. La competencia fiscal; las ayudas de Estado; los paraísos fiscales. In: CORRAL GUADAÑO, Ignacio (org.). *Manual de fiscalidad internacional*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2016, v. 1, p. 160.

²⁹ SANTOS, António Carlos, GONÇALVES, Maria Eduarda & MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito Económico*. Coimbra: Almedina, 1991, p. 203.

³⁰ “Acórdão do Tribunal de Justiça (Quarta Secção) de 25 de Outubro de 2007. Agenzia delle Entrate - Ufficio di Genova 1 contra Porto Antico di Genova SpA. Pedido de decisão prejudicial: Commissione tributaria regionale di Genova - Itália. Fundos estruturais - Regulamento (CEE) n.º 4253/88 - Artigo 21.º, n.º 3, segundo parágrafo - Proibição de dedução - Cálculo do rendimento tributável - Tomada em consideração das subvenções comunitárias recebidas. Processo C-427/05. Colectânea de Jurisprudência 2007 I-09303. Identificador Europeu da Jurisprudência (ECLI): ECLI:EU:C:2007:630”. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:62005CJ0427>>, acessado em 17 dez 2022.

³¹ “CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL ANTHONY MICHAEL COLLINS apresentadas em 14 de julho de 2022 - Processo C-332/21. Quadrant Amroq Beverages SRL contra Agenția Națională de Administrare Fiscală – Direcția Generală de Administrare a Marilor Contribuabili [pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Tribunalul București (Tribunal Regional de Bucareste, Roménia)] «Reenvio prejudicial – Imposto especial de consumo – Diretiva 92/83/CEE – Artigo 27.º, n.º 1, alínea e) – Álcool etílico – Isenções – Fabrico de aromas destinados à preparação de bebidas não alcoólicas de teor alcoólico não superior a 1,2 % – Reconhecimento pelo Estado-Membro de destino de uma isenção concedida pelo Estado-Membro de fabrico – Condições impostas pelo Estado-Membro de destino». Identificador Europeu da Jurisprudência (ECLI): ECLI:EU:C:2022:589”. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:62021CC0332>>, acessado em 17 dez 2022.

³² “Acórdão do Tribunal de Justiça (Décima Secção) de 3 de março de 2021. Promociones Oliva Park SL contra Tribunal Económico Administrativo Regional (TEAR) de la Comunidad

tratando de entidades subnacionais, como foi o caso da Região dos Açores, e incumbe aos Estados-membros demonstrar, quanto a isto, demonstrar a imprescindibilidade do tratamento tributário privilegiado para o desenvolvimento da região, e a proporcionalidade da aptidão das vantagens concedidas para compensar os custos adicionais das atividades econômicas locais³³.

Também se pode referir exemplo do fomento à contratação de serviços no exterior, com o escopo de promover maior integração entre as economias, no período em que vigorou o Decreto-lei 1.446, de 1976, no Brasil, cujo artigo 2º indicava os serviços cuja remuneração comportava isenção tributária³⁴:

Valenciana. Pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Reenvio prejudicial — Diretiva 2008/118/CE — Regime geral dos impostos especiais sobre o consumo — Artigo 1.o, n.o 2 — Impostos indiretos suplementares sobre os produtos sujeitos a imposto especial sobre o consumo — Diretiva 2009/28/CE — Fomento da utilização de energia produzida a partir de fontes renováveis — Artigos 1.o e 3.o, n.os 1, 2 e 3, alínea a), este último lido à luz do artigo 2.o, alínea k) — Diretiva 2009/72/CE — Regras comuns para o mercado interno da eletricidade — Imposto sobre o valor de produção de energia elétrica — Natureza e estrutura do imposto — Imposto que incide da mesma maneira sobre a eletricidade produzida a partir de fontes renováveis e sobre a produzida a partir de fontes não renováveis. Processo C-220/19. Court reports – general ECLI identifier: ECLI:EU:C:2021:163”. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:62019CJ0220>>, acessado em 10 dez 2022; “Conclusões da advogada-geral J. Kokott apresentadas em 9 de novembro de 2017. Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED) contra Generalitat de Catalunya. Pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Tribunal Supremo. Reenvio prejudicial — Imposto regional sobre os grandes estabelecimentos comerciais — Liberdade de estabelecimento — Proteção do ambiente e ordenamento do território — Auxílios de Estado — Medida seletiva — Ofício da Comissão que informa do arquivamento de uma denúncia — Auxílio existente. Processo C-233/16. Court reports – general – 'Information on unpublished decisions' section ECLI identifier: ECLI:EU:C:2017:852”. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:62016CC0233>>, acessado em 10 dez 2022.

³³ “Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 6 de Setembro de 2006. República Portuguesa contra Comissão das Comunidades Europeias. Recurso de anulação - Auxílios de Estado - Decisão 2003/442/CE - Medidas fiscais adoptadas por uma colectividade regional ou local - Redução das taxas do imposto sobre o rendimento das pessoas singulares e colectivas com domicílio fiscal nos Açores - Qualificação como auxílio de Estado - Carácter selectivo - Justificação pela natureza e pela economia do sistema fiscal - Dever de fundamentação - Compatibilidade com o mercado comum. Processo C-88/03. European Court Reports 2006 I-07115 ECLI identifier: ECLI:EU:C:2006:511”. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:62003CJ0088>>, acessado em 14 jan 2023.

³⁴ BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. Incidente de Uniformização de Jurisprudência na Apelação em Mandado de Segurança 87.732. Relator: Min. Sebastião Reis. DJU 8 ago 1985;

“a) estudos de planejamento ou programação econômica regional ou setorial; b) estudos de viabilidade técnica e econômica, ou de localização, de projetos de investimento a serem realizados no país; c) dimensionamento, desenho e especificação de conjuntos industriais, bem como das instalações e dos equipamentos que o compõem; d) desenho e especificação de equipamentos a serem importados ou adquiridos no país, e que se destinem à execução de projetos de investimentos no Brasil; e) pesquisas e experiências de laboratório, ou de produção industrial ou semi-industrial realizadas por encomenda de empresas no país, a fim de determinar a viabilidade técnica e econômica do aproveitamento de matérias-primas nacionais, ou determinar a tecnologia mais adequada a esse aproveitamento; f) especificação de equipamentos para realização de coleta de preços ou concorrência para aquisição, no exterior, de equipamentos necessários à execução de projetos de investimentos no país, e de assistência no julgamento dessas coletas de preço ou concorrência; g) assistência à compra de materiais e serviços, fiscalização de produção, organização de embarque e despacho; h) montagem ou supervisão de montagem de instalações industriais ou equipamentos; i) fiscalização e consultoria de construção ou montagem de obras, instalações e equipamentos”.

Em relação a este tópico, pois, vê-se não só que a função econômica estatal de fomento ainda tem lugar no contexto da globalização, como também que nem sempre ela irá traduzir-se como um expediente de “protecionismo”: ela pode, também, voltar-se a incrementar as importações, a traduzir exatamente o oposto da postura “protecionista”, ou pode produzir apenas mediatamente efeitos sobre o comércio internacional, não se voltando, precipuamente, a influenciar os termos da troca.

3 As *holdings* no âmbito supranacional e os limites do fomento

Poderia, ainda, parecer que os expedientes de fomento estariam destinados à redução dos custos da atividade produtiva, quando, em realidade, podem voltar-se a pura e simplesmente, à atração de recursos financeiros.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário 102.356. Relator: Min. Sydney Sanches. DJU 22 fev 1985.

Algumas das formas mais interessantes de reforçar a capacidade de capitalização das empresas voltadas à produção de bens e serviços, louvadas como aptas a estimularem a formação do hábito da poupança e do investimento³⁵, como é o caso das *holdings*, que apresentam o atrativo para os investidores no mercado de capitais pelo fato de atenderem ao escopo imediato de quaisquer aplicações³⁶ e, ao mesmo tempo, dispensarem dois grandes “incômodos”³⁷, assegurando dividendos³⁸, não se mostra rara a respectiva utilização para a obtenção de benefícios fiscais sem a efetiva contrapartida em termos de investimentos em atividades produtivas e geração de empregos³⁹ – situação que, em termos de vantajosidade para o agente econômico privado, somente se mostraria passível de comparação com as aplicações disponibilizadas pelo setor bancário⁴⁰ –, razão por que é considerada perfeita para a realização do “planejamento fiscal”⁴¹, e o

³⁵ ZANELLI, Enrico. *La nozione di oggetto sociale*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1962, p. 279; GALGANO, Francesco. *La società per azioni*. In: GALGANO, Francesco (org.). *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*. Padova: CEDAM, 1988, v. 7, p. 195-7; RIBEIRO, José Joaquim Teixeira. *Teoria económica do monopólio*. Coimbra: Coimbra Ed., 1934, p. 156; ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 487.

³⁶ FAIN, Gael. *Les placements*. Paris: Presses Universitaires de France, 1958, p. 8.

³⁷ Os “incômodos” seriam os empregados, que seriam titulares de um interesse contrário ao da empresa, uma vez que se apresentariam como credores dos salários mercê de realizarem, por ordem dela, o ato material de produção, e os clientes, que seriam titulares de interesse contrário ao da empresa, já que seriam credores, mercê de pagarem o preço, dos bens e serviços que ela ofertasse no mercado.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário 736.516/SP. Relatora: Min Carmen Lúcia. DJ-e 21 fev 2014.

³⁹ “ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Sétima Secção)8 de setembro de 2022 «Reenvio prejudicial – Imposto sobre o valor acrescentado (IVA) – Diretiva 2006/112/CE – Artigo 2.º, n.º 1, artigo 9.º, n.º 1, artigo 167.º e artigo 168.º, alínea a) – Dedução do imposto pago a montante – Conceito de “sujeito passivo” – Sociedade holding – Despesas relacionadas com uma contribuição de sócio em espécie a filiais – Ausência de participação das despesas nos custos gerais – Atividades das filiais em grande parte isentas de imposto». C-98/21. ECLI:EU:C:2022:645”.

<<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=planeamento%2Becon%25C3%25B3mico&docid=265065&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&c id=256848#ctx1>>, acessado em 13 dez 2022.

⁴⁰ FEITOSA, Maria Luíza Mayer. Globalização financeira: mudanças que afetam o campo jurídico-econômico dos contratos e os modos de lidar com o risco. In: COUTINHO, Aldacy *et alii*. *Liber amicorum* – homenagem ao Professor Doutor António José Avelãs Nunes. Coimbra: Coimbra Ed., 2009, p. 755.

⁴¹ LAMPREAVE MÁRQUEZ, Patricia. *La competencia fiscal desleal en los Estados Miembros de la Unión Europea*. Navarra: Aranzadi, 2010, p. 153; GARBARINO, Carlo. *Manuale di tassazione Internazionale*. Milano: Wolters Kluwe, 2008, p. 838-9; ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 148;

estímulo à respectiva constituição requer, por isto mesmo, uma atenção mais rigorosa, como se exemplifica em caso examinado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, envolvendo duas sociedades suecas, integrantes de um mesmo grupo, que, formalmente, se instalaram em solo dinamarquês e não praticavam, entretanto, nenhum ato existencial, realizando operações fictícias para burlar o fisco⁴². É digno de nota que, à falta de disposição expressa em sentido contrário, o conflito entre a liberdade de circulação de capitais e a liberdade de prestação de serviços foi resolvido em prol desta última, pelo mesmo órgão supranacional⁴³.

Cabe observar que já se pretendeu estimular, mediante benefícios fiscais, a formação de *holdings* com o objetivo de viabilizar o enfrentamento da concorrência internacional por empresas sediadas no país em que ofertados tais benefícios⁴⁴: no início do período castrense, no Brasil, a obsessão pela criação de um mercado de capitais, tornando praticamente inoperante o órgão antitruste, então recém-criado, partia do pressuposto de que a concorrência se estabeleceria no âmbito internacional, e conduziu a uma série de medidas voltadas a fomentar as operações de concentração empresarial, dentre elas, substanciosas isenções de impostos⁴⁵.

AMATUCCI, Fabrizio. *Principi e nozioni di Diritto Tributario*. Torino: G. Giappichelli, 2016, p. 118, nota 78.

⁴² “Conclusões da advogada-geral J. Kokott no processo C Danmark C Danmark I contra Skatteministeriet

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Østre Landsret (Tribunal de Recurso da Região Este, Dinamarca)] «Pedido de decisão prejudicial — Diretiva 2003/49/CE do Conselho relativa a um regime fiscal comum aplicável aos pagamentos de juros e royalties efetuados entre sociedades associadas de Estados-Membros diferentes (denominada Diretiva Juros e Royalties) — Conceito de beneficiário efetivo — Negócios celebrados em nome próprio no interesse de terceiros — Influência dos comentários ao Modelo de Convenção Fiscal da OCDE na interpretação de uma diretiva da União Europeia — Abuso de possibilidades de configuração de direito fiscal — Critérios que permitem concluir pela existência de um abuso quando uma retenção na fonte é evitada — Abuso através do aproveitamento da falta de sistemas de troca de informações entre os Estados — Aplicação direta de uma disposição de uma diretiva não transposta — Interpretação conforme com o direito da União de princípios nacionais para evitar situações abusivas» Court reports – general – 'Information on unpublished decisions' section ECLI identifier: ECLI:EU:C:2018:147”. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:62016CC0119>>, acessado em 10 dez 2022.

⁴³ RIBEIRO, João Sérgio. *Direito Fiscal da União Europeia – tributação direta*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2021, p. 73-4.

⁴⁴ BILLY, Jacques. *La politique économique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1956, p. 30-1.

⁴⁵ FARJAT, Gérard. *Droit Économique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1971, p. 225-6; SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Lições de Direito Econômico*. Porto Alegre: Sergio

Independentemente de se discutirem os resultados positivos ou negativos dessa política econômica – o que extrapolaria os limites temáticos do presente texto –, efetivamente tem-se um exemplo de que o emprego dos expedientes de fomento à concentração empresarial teve como ponto de referência a presença de empresas com grandes volumes de capitais como atores principais no comércio internacional.

4 Empresas transnacionais e fomento

A superação dos limites da ordem jurídica interna para ampliar a capacidade de geração de lucros para o capital investido, sem sombra de dúvidas, a partir, sobretudo, da segunda metade do século XX, encontrou um meio extremamente eficiente para se viabilizar com a criação de empresas cujo centro de decisões seria móvel, transcendendo as fronteiras de um determinado Estado nacional.

O fenômeno das empresas transnacionais, enquanto manifestação da engenharia jurídica voltada a desvencilhar, o mais possível, das amarras normativas o exercício do poder econômico privado⁴⁶ conduziu a que se adotassem alguns expedientes para as alcançar, como, por exemplo, a definição do conceito de residente para a determinação do regime fiscal dos respectivos lucros, considerando a possibilidade da realização de operações

Antonio Fabris, 2002, p. 285; CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *Curso elementar de Direito Econômico*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2014, p. 159.

⁴⁶ PEREIRA, Paula Rosado. *A tributação das sociedades na União Europeia – entraves fiscais ao mercado interno e estratégias de actuação comunitária*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 50; PERROUX, François. *Pour une philosophie du nouveau développement*. Paris: UNESCO, 1981, p.204; FEITOSA, Maria Luíza Mayer. Globalização financeira: mudanças que afetam o campo jurídico-econômico dos contratos e os modos de lidar com o risco. In: COUTINHO, Aldacy et alii. *Liber amicorum* – homenagem ao Professor Doutor António José Avelãs Nunes. Coimbra: Coimbra Ed., 2009, p. 742-3; RIBEIRO, Manuel de Almeida. Têm as empresas transnacionais influência na formação do Direito Internacional? In: PAIS, Sofia de Oliveira et alii. *Liber amicorum* – em homenagem ao Professor Doutor João Mota de Campos. Coimbra: Coimbra Ed., 2013, p. 541; SANTOS, António Carlos, GONÇALVES, Maria Eduarda & MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito Económico*. Coimbra: Almedina, 1991, p. 239; FERRERAS GUTIÉRREZ, Jorge & SERRANO PALACIO, Carlos Proyecto BEPS. In: CORRAL GUADAÑO, Ignacio (org.). *Manual de fiscalidad internacional*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2016, v. 1, p. 372; NUNES, António José Avelãs. *Os sistemas económicos*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1973, p. 193.

em paraísos fiscais com objetivos eminentemente evasivos⁴⁷, com todas as dificuldades de caráter prático que daí podem decorrer, em especial quando se encontrarem sistemas fiscais de características distintas em circunstâncias idênticas de tempo e espaço⁴⁸, a identificação dos centros de coordenação como entidades ou estabelecimentos permanentes, de uma empresa (ou grupo de empresas) cuja sede social esteja em Estado diverso daquele em que se localizam, e cujo objeto seja o de exercer funções de gestão sobre o resto do grupo ou sobre a empresa que efetivamente se mostre “produtiva”, e sobre as atividades que tenham caráter preparatório ou auxiliar para uma sociedade em um grupo transnacional⁴⁹, bem como a adoção de acordos prévios sobre “preços de transferência”⁵⁰. Veem-se, pois, alguns exemplos significativos das tentativas, mesmo no âmbito dos blocos econômicos voltados à integração, de se procurar evitar que a potencialização da capacidade dessas empresas configurarem os termos das relações econômicas que se travam nos ambientes em que operam⁵¹ – ou,

⁴⁷ SILVA, José Manuel Braz da. *Os paraísos fiscais* – casos práticos com empresas portuguesas. Coimbra: Almedina, 2007, p. 177-9; GARBARINO, Carlo. *Manuale di tassazione Internazionale*. Milano: Wolters Kluwe, 2008, p. 1.612; DOURADO, Ana Paula. *Direito Fiscal*. Coimbra: Almedina, 2020, p. 218; PALMA, Clotilde Celorico. Residencia y criterios de sujeción al impuesto. La experiencia de Portugal. In: SIMÓN ACOSTA, Eugenio (org.). *Problemas actuales de coordinación tributaria*. Navarra: Aranzadi, 2016, p. 256; TINELLI, Giuseppe. *Istituzioni di Diritto Tributario*. Padova: CEDAM, 2007, p. 168-9; MITA, Enrico de. *Principi di Diritto Tributario*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 236-7.

⁴⁸ RIBEIRO, João Sérgio Feio Antunes. Tributação das sociedades de acordo com uma base comum consolidada na União Europeia. In: FERREIRA, Eduardo Paz; TORRES, Heleno Taveira; PALMA, Clotilde Celorico (org.). *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier*. Coimbra: Almedina, 2013, v. 1, p. 730.

⁴⁹ LAMPREAVE MÁRQUEZ, Patricia. *La competencia fiscal desleal en los Estados Miembros de la Unión Europea*. Navarra: Aranzadi, 2010, p. 205.

⁵⁰ PEREIRA, Paula Rosado. *A tributação das sociedades na União Europeia* – entraves fiscais ao mercado interno e estratégias de actuação comunitária. Coimbra: Almedina, 2004, p. 158-161; GREGORIO, Ricardo Marozzi. *Preços de transferência* – arm’s length e praticabilidade. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 135; SILVA, José Manuel Braz da. *Os paraísos fiscais* – casos práticos com empresas portuguesas. Coimbra: Almedina, 2007, p. 191; NABAIS, José Casalta. *Direito Fiscal*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 200 GARBARINO, Carlo. *Manuale di tassazione Internazionale*. Milano: Wolters Kluwe, 2008, p. 1.205-7; TESAURO, Francesco. *Istituzioni di Diritto Tributario*. Torino: UTET, 2009, v. 1, p. 255.

⁵¹ TURNER, Louis. *Multinational companies and the Third World*. New York: Hill and Wang, 1973, p. 94; RIBEIRO, Manuel de Almeida. Têm as empresas transnacionais influência na formação do Direito Internacional? In: PAIS, Sofia de Oliveira *et alii*. *Liber amicorum* em homenagem ao Professor Doutor João Mota de Campos. Coimbra: Coimbra Ed., 2013, p. 548-9; SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 366; CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. Uma introdução à problemática jurídica dos capitais estrangeiros. In: CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas (org.). *Desenvolvimento econômico e*

resumidamente, do seu poder econômico – venha a degenerar, como salientado por um dos maiores dentre os seus advogados, em despotismo⁵². De outra parte, as necessidades inerentes ao processo de desenvolvimento, por vezes, têm militado em prol de os entes tributantes buscarem atrair para os seus territórios essas empresas⁵³, e não é raro que os benefícios fiscais a elas dirigidos cheguem ao ponto de exonerá-las, bem como ao seu pessoal e às operações realizadas pelos respectivos fornecedores, de todos os encargos tributários que, a princípio, incidiriam, no que diga respeito à execução do projeto⁵⁴. O estudo do fomento em relação a essas empresas torna-se dos temas mais delicados, porquanto uma eventual exclusão delas poderia ser lida como discriminação financeira entre iguais pelo simples fundamento da nacionalidade, o que não se confunde, evidentemente, com a prerrogativa assegurada a cada Estado de reservar determinados setores aos seus próprios nacionais, já que se um setor é aberto ao ingresso de estrangeiros, é porque se entende que não existiriam, ali, as razões que militariam em prol de um tratamento diversificado⁵⁵. Se a nacionalidade não pode ser empregada como um fundamento suficiente para a concessão de benefícios, em especial de ordem fiscal, porque neste caso se entenderia presente uma discriminação não justificável racionalmente, a dimensão e a atividade da empresa podem ser – e frequentemente serão – consideradas bases admissíveis para condicionar o acesso a esta função pública econômica, já que, neste caso, o

intervenção do Estado na ordem constitucional – estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, p. 171-2.

⁵² BAPTISTA, Luís Olavo. *Empresa transnacional e Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 32; FRANCA FILHO, Marcilio Toscano. O Acordo entre o MERCOSUL e a Comunidade Europeia: muito além do Direito Administrativo Global. In: COUTINHO, Aldacy et alii. *Liber amicorum* – homenagem ao Professor Doutor António José Avelãs Nunes. Coimbra: Coimbra Ed., 2009, p. 683-4; GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões. Do *historicismo* materialista à *historicidade* da sociedade aberta: poderá o direito ser instrumento ou reflexo da história? In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes, COSTA, José Faria & DIAS, Jorge de Figueiredo [org.]. *Ars Iudicandi* – estudos em homenagem ao Professor Doutor António Castanheira Neves. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2008, v. 1, p. 548-9; COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 395.

⁵³ TURNER, Louis. *Multinational companies and the Third World*. New York: Hill and Wang, 1973, p. 172.

⁵⁴ OMER, Assad U. *Le financement international public du développement* – aspects juridiques. Genève/Paris: Librairie DROZ, 1979, p. 131.

⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de segurança 19088. Relator: Min. Herman Benjamin. DJ-e 3 fev 2017.

que se tem é uma real assimetria de fato entre os agentes que poderá e, por vezes, precisará, de alguma forma, ser compensada.

Como se vê, mesmo a atuação das empresas transnacionais não se mostra apta a autorizar a conclusão de que estaria terminada a era da atuação estatal sobre e no domínio econômico, uma vez que elas também terminam por influir na própria configuração do emprego dos instrumentos fiscais para fins de fomento.

Conclusão

A partir dos “eixos temáticos” mais frequentes quando se discutem os contornos jurídico-econômicos das relações comerciais internacionais, verificou-se que, mesmo neste campo, ainda está longe da realidade a sua plena configuração espontânea, sem que a mão dos poderes públicos se venha a fazer presente na definição da correlação entre ofertantes e procurantes.

Esta presença dos poderes públicos neste âmbito, frequentemente, se tem manifestado pelo fomento aos agentes econômicos privados, e em especial, mediante a gestão dos instrumentos tributários, de tal sorte que as indagações se põem, antes, em termos de estabelecimento do equilíbrio nas relações de troca e do direito de cada Estado não somente prover os respectivos cofres dos meios para viabilizar o desempenho das tarefas que lhe são cometidas pelos respectivos ordenamentos jurídicos, como também de promoverem o respectivo desenvolvimento.

Em nenhum desses eixos temáticos, como se viu, a função jurídica do Estado fomentar a economia esteve ausente, e nem sempre se veio apresentar como um expediente voltado a reforçar o protecionismo.

Bibliografia

AMARAL, Adriano Benayon do. Ordem econômica e direitos humanos. In: TRINDADE, Antonio Augusto Cançado [ed.]. *A incorporação de normas internacionais de proteção aos direitos humanos no direito*

brasileiro. San José da Costa Rica: Instituto Interamericano de Direitos Humanos/ Comitê Internacional da Cruz Vermelha/ ACNUR/ Comissão da União Européia, 1996.

AMATUCCI, Fabrizio. *Principi e nozioni di Diritto Tributario*. Torino: G. Giappichelli, 2016.

ANDRADE, Rogério Emílio de. *O preço na ordem ético-jurídica*. Campinas: Edicamp, 2003.

ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1969.

ATALIBA, Geraldo. IOC - Imposto sobre operações de câmbio - isenções. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo, v. 12, n. 44, p. 24, abr/jun 1988

ATHAYDE, Augusto de. *Estudos de Direito Econômico e Direito Bancário*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1983.

AUGUSTO, Ana Maria Ferraz. Incentivos - instrumentos jurídicos do desenvolvimento. In: FRANÇA, Rubens Limongi [org.]. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1980, v. 43.

CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *Breve introdução ao Direito Econômico*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. Uma introdução à problemática jurídica dos capitais estrangeiros. In: CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas (org.). *Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional – estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *Economia política para o curso de Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2012.

CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *Curso elementar de Direito Econômico*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2014.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Benefícios fiscais inválidos e a legítima expectativa dos contribuintes. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. São Paulo, v. 10, n. 42, p. 110, jan/fev 2002

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Profissionalização da função pública: a experiência brasileira. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais* – Faculdades do Brasil. Curitiba, v. 1, n. 1, p. 18, nota 3, mar/ago 2002

BAPTISTA, Luís Olavo. *Empresa transnacional e Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1963.

BILLY, Jacques. *La politique économique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1956.

BORGES, José Souto Maior. *Isenções tributárias*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.

BRAZ, Petrônio. *Direito Municipal na Constituição*. São Paulo: LED, 2001.

CAMPOS, Diogo Leite de. *O sistema tributário do Estado dos cidadãos*. Coimbra: Almedina, 2006.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1999.

CARVALHOSA, Modesto. *Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

COELHO, Sacha Calmon Navarro & DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito Tributário atual*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CUNHA, Patrícia Silveira da. Cláusula de nação mais favorecida em Direito Comunitário. In: DIAS, Jorge de Figueiredo *et alii*. *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001, v. 2.

DÓRIA, Patrícia Lima A oportunidade da substituição do modelo burocrático pelo gerencial na Administração Pública brasileira. *Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia*. Salvador, v. 20, n. 22, p. 241, jan/dez 1996.

- DOURADO, Ana Paula. *Direito Fiscal*. Coimbra: Almedina, 2020.
- EINAUDI, Luigi. *Principi di scienza della finanza*. Torino: Einaudi, 1956.
- FAIN, Gaël. *La science économique appliquée aux problèmes contemporains*. Paris: Payot, 1942.
- FAIN, Gael. *Les placements*. Paris: Presses Universitaires de France, 1958.
- FALSITTA, Gaspare. *Corso istituzionale di Diritto Tributario*. Vicenza/Padova: Wolters Kluwe/CEDAM, 2016.
- FARIA, José Eduardo. *Direito e economia na democratização brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- FARIA, Werter R. Exceções à cláusula de nação mais favorecida no Sistema Comercial Internacional e integração fronteira dos Países do MERCOSUL. In: CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas (org.). *Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional – estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.
- FARJAT, Gérard. *Droit Économique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1971.
- FEIJÓ, Carlos Maria, TINY, Kiluange & MENDES, Vanessa. A Constituição Econômica da República de Angola. In: FEIJÓ, Carlos Maria (org.). *Constituição da República de Angola – 3 – enquadramento dogmático: nossa visão*. Coimbra: Almedina, 2015.
- FEITOSA, Maria Luíza Mayer. Globalização financeira: mudanças que afetam o campo jurídico-econômico dos contratos e os modos de lidar com o risco. In: COUTINHO, Aldacy et alii. *Liber amicorum – homenagem ao Professor Doutor António José Avelãs Nunes*. Coimbra: Coimbra Ed., 2009.
- FERRERAS GUTIÉRREZ, Jorge & SERRANO PALACIO, Carlos. Proyecto BEPS. In: CORRAL GUADAÑO, Ignacio (org.). *Manual de fiscalidad internacional*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2016, v. 1.
- FONTES, Ana Lúcia Berbert de Castro. A política de privatização e a configuração contemporânea da concessão de serviço público. *Revista da*

Procuradoria Geral do Estado da Bahia. Salvador, v. 22, n. 24, p. 11, jan/dez 1998

FORGIONI, Paula A. Análise Econômica do Direito: paranóia ou mistificação? *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, v. 44, n. 139, p. 248, jul/set 2005

FRANCA FILHO, Marcilio Toscano. O Acordo entre o MERCOSUL e a Comunidade Europeia: muito além do Direito Administrativo Global. In: COUTINHO, Aldacy *et alii*. *Liber amicorum* – homenagem ao Professor Doutor António José Avelãs Nunes. Coimbra: Coimbra Ed., 2009.

FRANCO, António L. Sousa. *Finanças públicas e Direito Financeiro*. Coimbra: Almedina, 2003, v. 2.

FREIRE, Paula Vaz. A produção privada de bens públicos. In: CUNHA, Paulo Pitta e *et alii*. *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Professor Doutor António de Sousa Franco*. Coimbra/Lisboa: Coimbra Ed./Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, v. 3.

FROUFE, Pedro. Sinais de mudança no Direito da Concorrência (Comunitário)? – Alguns tópicos de discussão. In: OLIVEIRA, António Cândido [org.]. *Estudos em comemoração ao 10º aniversário do licenciamento em Direito da Universidade do Minho*. Coimbra: Almedina, 2004.

GALGANO, Francesco. La società per azioni. In: GALGANO, Francesco (org.). *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*. Padova: CEDAM, 1988, v. 7.

GARBARINO, Carlo. *Manuale di tassazione Internazionale*. Milano: Wolters Kluwe, 2008.

GARCIA-VERDUGO, Ascensión & MUSILEK ÁLVAREZ, Antoinette. La competencia fiscal; las ayudas de Estado; los paraísos fiscales. In: CORRAL GUADAÑO, Ignacio (org.). *Manual de fiscalidad internacional*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2016, v. 1.

GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões. Do *historicismo* materialista à *historicidade* da sociedade aberta: poderá o direito ser instrumento ou reflexo da história? In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes, COSTA, José Faria & DIAS, Jorge de Figueiredo [org.]. *Ars Iudicandi* – estudos em

homenagem ao Professor Doutor António Castanheira Neves. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2008, v. 1.

GOMES, Orlando & VARELA, João de Matos Antunes. *Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1977.

GOSSEN, Hermann Heinrich. *The laws of human relations and the rules of human action derived therefrom*. Transl. Rudolph C. Blitz. Cambridge: The MIT, 1983.

GREGORIO, Ricardo Marozzi. *Preços de transferência – arm's length e praticabilidade*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

HAMILTON, Alexander. A União e a receita nacional. In: HAMILTON, Alexander, MADISON, James & JAY, John. *O Federalista*. Trad. Heitor de Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

HECKSCHER, Eli R. *La época mercantilista*. Trad. Wenceslao Roces. México: Fondo de Cultura Económica, 1983.

HEIMANN, Eduard. *História das doutrinas econômicas*. Trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar, 1971.

HORN, Norbert. *Introdução à ciência do Direito e à filosofia jurídica*. Trad. Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005.

HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. Trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Ed. Guanabara, 1986.

JACQUEMIN, Alex & SCHRANS, Guy. *Le Droit Économique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1974.

JAEGER JÚNIOR, Augusto. *Mercados comum e interno e liberdades econômicas fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2010.

LAMPREAVE MÁRQUEZ, Patricia. *La competencia fiscal desleal en los Estados Miembros de la Unión Europea*. Navarra: Aranzadi, 2010.

LEMOS, Bruno Espiñeira. Cidadania: a formação do espaço público, o ordenamento jurídico e o Judiciário. *Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia*. Salvador, v. 21, n. 23, p. 96, jan/dez 1997

LIST, Friedrich. *Sistema nacional de economia política*. Trad. Manuel Sánchez Sarto. México: Fondo de Cultura Económica, 1942.

MANKIWI, N. Gregory. *Princípios de microeconomia*. Trad. Allan Vidal Hastings & Elisete Paes e Lima. São Paulo: Cengage Learning, 2009.

MARTINS, Guilherme d'Oliveira. A Constituição Econômica Portuguesa – novas perspectivas. In: DIAS, Jorge de Figueiredo *et alii*. *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001, v. 2.

MARTINS, Guilherme Waldemar d'Oliveira. *Os benefícios fiscais – sistema e regime*. Coimbra: Almedina, 2018.

MELO FILHO, Álvaro de. Estado contemporâneo e sua função promocional. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Ceará*. Fortaleza, v. 3, n. 4, p. 125-126, jan/jun 1981

MEYERS, Alfred L. *Elementos de economia moderna*. Trad. Antonio Ferreira da Rocha. Rio de Janeiro: Livro Ibero-Americano, 1968.

MITA, Enrico de. *Principi di Diritto Tributario*. Milano: Giuffrè, 2011.

MONCADA, Luís Solano Cabral de. *Direito Económico*. Coimbra: Coimbra Ed., 1988.

MULEIRO PARADA, Luís M. Los incentivos fiscales vinculados a rendimientos derivados de activos intangibles. In: SERRANO ANTON, Fernando, SIMÓN ACOSTA, Eugenio & TORRES, Heleno Taveira (org.) *Fiscalidad y globalización*. Navarra: Aranzadi, 2012.

NABAIS, José Casalta. *Direito Fiscal*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2012.

NUNES, António José Avelãs. *Os sistemas económicos*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1973.

NUNES, Antonio José Avelãs. *Uma introdução à economia política*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

OLIVEIRA, Maricéu Marinho de. Incentivo fiscal – Solicitação de financiamento através do PROADI, nos termos da Lei 7.075, de 17.11.97, e Protocolo de Intenções firmado com o Governo do Estado para desenvolvimento do Pólo GAS-SAL. – Sociedade de economia mista. Atendimento a exigência constitucional para fruição de incentivo fiscal. – Critérios técnicos atendidos de acordo com análise da SINTEC. Ampliação industrial do Pólo Guamaré e desenvolvimento dos campos marítimos produtores de gás natural de Pescada-Arabaiana. *Revista da Procuradoria*

Geral do Estado do Rio Grande do Norte. Natal, v. 23/24, n. 9, p. 279-280, 2000/2001

OMER, Assad U. *Le financement international public du développement – aspects juridiques*. Genève/Paris: Librairie DROZ, 1979.

PALMA, Clotilde Celorico. Residencia y criterios de sujeción al impuesto. La experiencia de Portugal. In: SIMÓN ACOSTA, Eugenio (org.). *Problemas actuales de coordinación tributaria*. Navarra: Aranzadi, 2016.

PEREIRA, Manuel Henrique de Freitas. *Fiscalidade*. Coimbra: Almedina, 2011.

PEREIRA, Paula Rosado. *A tributação das sociedades na União Europeia – entraves fiscais ao mercado interno e estratégias de actuação comunitária*. Coimbra: Almedina, 2004.

PERROUX, François. *Pour une philosophie du nouveau développement*. Paris: UNESCO, 1981.

PIGOU, A. C. *Teoría y realidad económica*. Trad. Samuel Vasconcelos. México: Fondo de Cultura Económica, 1942.

PINGRET, Clóvis Sá Britto. O Estado como fomentador da iniciativa privada: o caso das microempresas. In: CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas [org.]. *Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional – estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.

PORTO, Manuel. O sentido da intervenção do Estado: experiências recentes em Portugal. In: CUNHA, Paulo Pitta e *et alii*. *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Professor Doutor António de Sousa Franco*. Coimbra/Lisboa: Coimbra Ed./Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, v. 2.

QUESNAY, François. *Quadro econômico*. Trad. Teodora Cardoso. Lisboa: Gulbenkian, 1966.

RIBAS, Antônio Joaquim. *Direito Administrativo brasileiro*. Brasília: Ministério da Justiça, 1968.

RIBEIRO, João Sérgio Feio Antunes. Implicações fiscais das disposições do TFUE relativas aos auxílios de Estado. In: SILVEIRA, Alessandra

(org.). *Interjursfundamentalidade, Internormatividade e Interjurisdicionalidade*. Braga/Santa Cruz do Sul: Universidade do Minho/Universidade de Santa Cruz do Sul, 2017.

RIBEIRO, João Sérgio Feio Antunes. Tributação das sociedades de acordo com uma base comum consolidada na União Europeia. In: FERREIRA, Eduardo Paz; TORRES, Heleno Taveira; PALMA, Clotilde Celorico (org.). *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier*. Coimbra: Almedina, 2013, v. 1.

RIBEIRO, João Sérgio. *Direito Fiscal da União Europeia – tributação direta*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2021.

RIBEIRO, José Joaquim Teixeira. *Teoria económica do monopólio*. Coimbra: Coimbra Ed., 1934.

RIBEIRO, Manuel de Almeida. Têm as empresas transnacionais influência na formação do Direito Internacional? In: PAIS, Sofia de Oliveira *et alii*. *Liber amicorum* – em homenagem ao Professor Doutor João Mota de Campos. Coimbra: Coimbra Ed., 2013.

SANTOS, António Carlos, GONÇALVES, Maria Eduarda & MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito Económico*. Coimbra: Almedina, 1991.

SILVA, Hugo Flores da. *Privatização do sistema de gestão fiscal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2014.

SILVA, José Manuel Braz da. *Os paraísos fiscais – casos práticos com empresas portuguesas*. Coimbra: Almedina, 2007.

SMITH, Adam. *A riqueza das nações – uma investigação sobre a sua natureza e as suas causas*. Trad. Luís João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996, v. 1.

SOUZA, Manuel Otávio Rodrigues de. A remessa de produtos de origem nacional para consumo ou industrialização na Zona Franca de Manaus é, para todos os efeitos fiscais, equivalente a uma exportação brasileira para o estrangeiro, gerando, em favor do adquirente, crédito presumido do referido imposto. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Amazonas*. Manaus, v. 2, n. 4, p. 104, jul/dez 1984.

SOUZA, Neomésio José de. *Intervencionismo e Direito*. Rio de Janeiro: Aide, 1984.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1980.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Do econômico nas Constituições vigentes*. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1961, v. 2.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Lições de Direito Econômico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

TESAURO, Francesco. *Istituzioni di Diritto Tributario*. Torino: UTET, 2009, v. 1.

TINELLI, Giuseppe. *Istituzioni di Diritto Tributario*. Padova: CEDAM, 2007.

TURNER, Louis. *Multinational companies and the Third World*. New York: Hill and Wang, 1973.

VIDIGAL, Geraldo de Camargo. *Teoria geral do Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

XAVIER, Alberto Pinheiro. *Benefícios fiscais à exportação: limites e perspectivas*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais da Direção-Geral das Contribuições e Impostos do Ministério das Finanças, 1970.

XAVIER, Alberto Pinheiro. *Política orçamental e economia de mercado: a experiência americana do após-guerra*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais da Direcção Geral das Contribuições e Impostos do Ministério das Finanças, 1970.

ZANELLI, Enrico. *La nozione di oggetto sociale*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1962.



Este trabalho possui uma Licença *Creative Commons - Atribuição 4.0 Internacional*.

Observações do autor

O presente texto constitui resultado parcial da pesquisa “As relações entre tributação e a função estatal de fomento da economia – perspectiva luso-brasileira”, desenvolvida em nível pós-doutoral junto à Faculdade de Direito da Universidade do Minho – Braga – Portugal, sob a supervisão do Professor Doutor João Sérgio Feio Antunes Ribeiro.

Como citar este artigo (ABNT)

CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. A Tributação como Instrumento de Fomento Econômico no Âmbito Supranacional. *Revista Semestral de Direito Econômico*, Porto Alegre, v. 02, n. 02, e2203, jul./dez. 2022. <https://doi.org/10.51696/resede.e2203>

Recebimento: 02/04/2023

Avaliação preliminar: 02/04/2023

Aprovação: 08/02/2024



**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO ECONÔMICO**



ARTIGOS

A LEI N. 13.848/19 COMO “APROXIMAÇÃO” À DEMOCRACIA DIRETA? HISTÓRICO, MECANISMOS E EVIDÊNCIAS EMPÍRICAS

Act n. 13.848/19 as an “Approach” to Direct Democracy? History, Mechanisms and Empirical Evidence

Thiago Gehrke  

Mestre em Direito Econômico (UFRGS), Especialista em Direito Público (UCS), Bacharel em Direito (UFRGS). Advogado.
E-mail: thiago.gehrke@gmail.com

Resumo: Com a edição da Lei Geral das Agências Reguladoras – Lei n. 13.848/2019 – percebeu-se uma maior inclinação à aproximação do regulado ao regulador no processo decisório. Uma tendência a processos de transparência deu maior fôlego aos institutos da Análise de Impacto Regulatório, assim como à realização de Consultas Públicas e Audiências. Esse perfil renovado da norma, esforço de um longo processo político, nos levou a verificar a frequência desses eventos antes e após a entrada em vigor do texto, a partir de dados coletados nos portais de transparência oficiais de cada uma das agências citadas no novo marco legal quanto à ocorrência – principalmente – de consultas públicas. O levantamento permitiu concluir que a edição do marco legal aponta para uma maior utilização do instituto no país.

Palavras-chave: Agências Reguladoras; Consulta Pública; Audiência Pública; Análise de Impacto Regulatório; Lei n. 13.848/2019.

Abstract: With the enactment of the General Law on Regulatory Agencies – Act n. 13.848/2019 - there was a greater inclination to bring the regulated closer to the regulator in the decision-making process. A trend towards transparency processes gave more impetus to the Institutes of Regulatory Impact Analysis, as well as to the occurrence of Public Consultations and Hearings. This renewed profile of the norm, an effort of a long political process, led us to verify how much the occurrence of these events repeated itself before and after the entry into force of the text. Thus, we take the data present in the official transparency portals of each of the agencies mentioned in the new legal framework regarding the occurrence – mainly – of public consultations. Concluding that the edition of the legal framework points to an increase on the implementation of the institute in the country.

Keywords: Regulatory Agencies; Public Consultation; Public Hearing; Regulatory Impact Analysis; Act n. 13.848/2019.

Sumário: Introdução. 1 Transparência e a Jornada do PL n. 3.337 até a atual Lei n. 13.848. 1.1 Caracterização Legal de Agência Reguladora. 1.2 Análise Comparativa dos Institutos. 2 Análise Específica dos Critérios de Participação Popular da Lei. 2.1 Análise de Impacto Regulatório. 2.2 Consulta Pública. 2.3 Audiência Pública. 3 Análise Quantitativa das Consultas Públicas e Mecanismos de Transparência trazidos pela Lei n. 13.848/19. Considerações finais. Referências.

Introdução

Dentre os diversos aspectos inovadores trazidos pela Lei Geral das Agências Reguladoras (Lei n. 13.848/2019), optamos – tendo em vista uma metodologia que agregue resultados práticos e impulsione a discussão sobre o tema, impõe-se o difícil dever de escolha de uma adequada delimitação temática – pelo recorte que considera uma maior aproximação do formato de Agência com o seu regulado, objeto que nomeamos como “mecanismo de democracia direta” para melhor identificação, mas que, para maior precisão técnica, demandaria, em verdade, a nomeação como mecanismos de aproximação. Pois bem.

A necessidade de um recorte conciso em uma norma tão rica de inovações traz outras dificuldades, a dizer, qual medida pode ser encarada como relevante – o que o pesquisador pode trazer de novo ao universo atual das análises –, e como demonstrar essa mesma importância. Assim, optamos por uma metodologia conforme a qual o fundo do trabalho deve afirmar ou negar a relação de nossa premissa. Buscamos responder uma simples questão prática: as inovações trazidas pela Lei n. 13.848/19 foram capazes de aproximar o administrado do processo de tomada de decisão através dos mecanismos de transparência, isto é, a Consulta Pública, a Audiência Pública e – em alguma medida – a Análise de Impacto Regulatório? É importante ressaltá-lo desde já, para que a exposição possa ser mais clara nas razões de escolhas metodológicas tomadas. Sobretudo, nas razões das escolhas não tomadas nesta apresentação. Não é redundante lembrar que tanto *o quê* se fala quanto *o quê* se silencia são fatores relevantes da análise, principalmente no contexto da busca por aspectos não tão presentes no que observamos da doutrina. Optou-se por fugir tanto da exposição sobre algumas outras inovações trazidas pela norma (casos dos aspectos formais de mandatos dos dirigentes, mecanismos de prestação de contas ao controle externo, interação entre agências), quanto de algumas construções históricas da forma com que tomou corpo o fenômeno em nosso país (fala-se aqui do contexto norte-americano, das políticas de desestatização brasileiras do período inicial da redemocratização, já expostas à minúcia por outros – melhores – pesquisadores).

Nesse sentido, iniciaremos a exposição com uma breve análise comparativa com o antigo projeto de Lei das Agências, e fazemos isso por duas razões. A primeira é identificar um processo de continuidade entre

ambos os projetos. O segundo o intuito de, em suas diferenças, observar alguma espécie de contraste e fortalecer a posição de que a adequação das Agências em um regime unificado e previsível era uma demanda antiga da sociedade, não resultado de alguma política de ocasião. Feito isso, passar-se-á a uma pormenorização dos institutos de maior relevo no nosso recorte.

A dizer, primeiro será realizada a implementação da Análise de Impacto Regulatório, sob o contexto diretamente conectado à interpretação consequencialista do Direito Administrativo, bastante em voga hoje. Mesmo que essa medida, por si, não atraia a participação direta – ao menos como seu centro nuclear – sua qualificação como de obrigatoriedade prévia a aproxima dos valores da transparência (ao menos em tese), motivando à ação e impondo ao administrador designar os motivos e impulsos de suas escolhas, afastando-o tanto quanto possível de medidas absolutamente oportunistas o que vai ao encontro da inovação de um planejamento alongado e descritivo para atuação das agências (que se verterá nas nomeadas figuras das agendas regulatórias – plano estratégico de gestão, etc.). Em um segundo momento, os mecanismos de consulta pública e de audiência trazidos pela Lei, destacando-se algumas deficiências que restaram da redação.

Passada essa etapa, buscar-se-ão dados descritivos junto à transparência das agências destacadas no texto da norma, visando, portanto, analisar-se quantitativamente a ocorrência desse segundo aspecto da inovação. Pretende-se perquirir se, mesmo com os limites descritos no modelo, seria possível (ou já factível) tecer algum juízo sobre a efetividade desses mecanismos de aproximação do administrado em participação direta do processo decisório; justamente por identificar no sistema que embala o insulamento dos agentes decisórios das Agências Reguladoras e sua possível tomada pelos poderes políticos ou econômicos a nossa grande preocupação de fundo.

1 TRANSPARÊNCIA E A JORNADA DO PL N. 3.337 ATÉ A ATUAL LEI N. 13.848

Como adiantado alhures, optamos por, nesta primeira etapa, fugir um pouco dos cânones usualmente utilizados para “contar” a história das

Agências Reguladoras no Brasil. Por óbvio não negamos a importância de compreender a origem do instituto e sua adaptação ao regime administrativo nacional; buscamos apenas trazer uma visão que acreditamos ser mais útil ao que nos propusemos fazer. Uma visão que acrescente mais acerca da “evolução”¹ recente do instituto, aproximando-o da realidade e observando se suas alterações se traduzem na necessária aproximação dos Reguladores aos Regulados, ampliando a participação do debate ao grande público e tornando a atividade da regulação algo mais próximo do dia a dia de nosso modelo democrático.

1.1 Caracterização Legal de Agência Reguladora

A redação da Lei n. 13.848/19 inicia trazendo um rol – aparentemente – fechado do que, como nomeia, consideram-se como Agências Reguladoras para os fins de suas disposições. O texto disposto está no seu artigo 2º e arrola como tal as seguintes: I – Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel); II – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP); III - Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel); IV - Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa); V - Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS); VI - Agência Nacional de Águas (ANA); VII - Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq); VIII - Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT); IX - Agência Nacional do Cinema (Ancine); X - Agência Nacional de Aviação Civil (Anac); XI - Agência Nacional de Mineração (ANM).

Foge de nosso objeto específico pormenorizar as razões que conduziram o legislador a optar por tornar esse texto fechado – e se o rol realmente o é um todo taxativo, principalmente em vista das inovações trazidas pela Lei Complementar n. 179/21 – todavia, ressaltamos a questão para eventual pesquisa futura. Ademais, deste arrolamento especificado pela norma, cuidaremos quando da pesquisa individualizada de seus dados

¹ É sempre complexo utilizar o termo “evolução” quanto a institutos jurídicos, já que tal vernáculo traz o peso de uma análise comparativa e uma análise para maior ou para melhor. Todavia, tendo em vista os aspectos de transparência previstos pelo novo regramento, defendemos tratar-se de uma evolução de toda forma. Ao menos diante do comparativo direto com a legislação diretamente anterior em vigor. Se essa evolução jurídica irá se confirmar no plano fático, é o que buscamos investigar.

quando adentrarmos no campo da pesquisa empírica aqui proposta. De forma que convidamos o leitor a já observar as Agências objetos de nosso recorte. Todavia, é relevante rememorar que o parágrafo único do artigo já traz uma possibilidade *prospectiva* para a ampliação da lista. Pois bem.

A norma trouxe uma caracterização expressa do que ela passa a considerar como Agência Reguladora e suas características básicas, assim descrevendo-as em seu artigo 3º, que analisamos a seguir:

Art. 3º A natureza especial conferida à agência reguladora é caracterizada pela **ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos**, bem como pelas demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação.

§ 1º Cada agência reguladora, bem como eventuais fundos a ela vinculados, deverá corresponder a um órgão setorial dos Sistemas de Planejamento e de Orçamento Federal, de Administração Financeira Federal, de Pessoal Civil da Administração Federal, de Organização e Inovação Institucional, de Administração dos Recursos de Tecnologia da Informação e de Serviços Gerais.

§ 2º A autonomia administrativa da agência reguladora é caracterizada pelas seguintes competências:

I - Solicitar diretamente ao Ministério da Economia:

- a) autorização para a realização de concursos públicos;
- b) provimento dos cargos autorizados em lei para seu quadro de pessoal, observada a disponibilidade orçamentária;
- c) alterações no respectivo quadro de pessoal, fundamentadas em estudos de dimensionamento, bem como alterações nos planos de carreira de seus servidores;

II - Conceder diárias e passagens em deslocamentos nacionais e internacionais e autorizar afastamentos do País a servidores da agência;

III - celebrar contratos administrativos e prorrogar contratos em vigor relativos a atividades de custeio, independentemente do valor.

§ 3º As agências reguladoras devem adotar práticas de gestão de riscos e de controle interno e elaborar e divulgar programa de integridade, com o objetivo de promover a adoção de medidas e ações institucionais destinadas à prevenção, à detecção, à punição e à remediação de fraudes e atos de corrupção. (grifos nossos)

O conceito basilar que foi formado sobre as Agências² – após a reforma da década de noventa – é o de um ente autônomo e *independente*³. Por óbvio, tal autonomia demanda capacidade de gestão e de definição de sua administração e seu corpo de trabalho. Tanto o é que ressaltamos um certo estranhamento quando nos deparamos com o texto presente no §2º acima referido. Não nos parece adequada ao modelo proposto tal limitação, mas também não nos prolongaremos no tema por tangenciar, em parte, os aspectos de transparência que formam nosso objeto.

Em vista da “Reforma da estrutura do Estado Brasileiro”, iniciada – ou tomado impulso – a partir da edição da Emenda Constitucional n. 5 de 1995⁴ e posta a efeito com as redações das Emendas de n. 6 e 9 do mesmo ano, Souza destaca que a profundidade de alterações do contexto da Constituição Econômica desenvolvida pela Constituinte foi obstruída e alterada completamente. Sendo resultado de seus termos “(...) *uma das mais significativas demonstrações do expediente de desconstitucionalização, com mudança radical, elo legislador ordinário, do princípio ideológico originário estabelecido pelo legislador constituinte em várias Cartas anteriores e reafirmado nesta.*”⁵ Ao que pondera ser isso resultado de um processo invertido de constituição política, tendo os poderes derrotados atuado para subverter a ordem vencedora, ante qualquer lógica científica do

² Sobre o tema, veja-se GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *As Agências Reguladoras*. RBDP - Revista Brasileira de Direito Público. Belo Horizonte. Ano 2, n. 4. jan./mar. p. 187-219. 2004.; ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Considerações Iniciais Sobre a Lei Geral das Agências Reguladoras*. Revista de Direito da Administração Pública. A.5. v.1. n.1, p.7-23. jan./jun. 2020.; GELIS FILHO, Antonio. *Análise comparativa do desenho normativo de instituições reguladoras do presente e do passado*. RAP – Revista de Administração Pública. vol. 40 n. 4, Rio de Janeiro, jul./ago. p. 589-613. 2006.; entre outros

³ O questionamento que se ressalta aqui é “*independência de quem?*”. Como desenvolvem Camargo (*Curso Elementar de Direito Econômico*. Porto Alegre: Núria Fabris ed., 2014.) e Souza (*Estudos de Direito Econômico*, vol. 3. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito UFMG, 2000.), mais importante do que a definição do que seja essa independência, é se verificar a quem ela se refere.

⁴ Vide PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. São Paulo: Editora 34, 1998.; CLARK, Giovanni; CORRÊA, Leonardo Alves; NASCIMENTO, Samuel Pontes do. *Constituição Econômica bloqueada: impasses e alternativas*. Teresina: EDUFPI, 2020; CAMARGO, op. Cit.; SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 6.ed. São Paulo: LTr. 2005.

⁵ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Estudos de Direito Econômico*, vol. 3. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito UFMG, 2000, p. 391.

estudo do Direito. Concluindo que, nas mesmas linhas “*a radical mudança do viés pode sugerir modificação ideológica estrutural*”.

Afinal, estrutural a toda ordem constitucional é um perfil específico de ideologia a que se refere sua construção. Nomeando-a como *ideologia constitucionalmente adotada*, Souza, como introdutor da disciplina do Direito Econômico no Brasil, caracteriza o seu contexto ao afirmar que:

“É que, como vimos, pelo seu caráter político fundamental, a Constituição é sempre portadora de mensagem ideológica. Na Carta do Império, de selo liberal, a propriedade privada, a abolição das corporações de ofício, o reconhecimento da escravidão, o voto censitário, fazem a sua modelagem. A abolição da escravatura teve violento efeito revolucionário ensejando nova Constituição, a de 1891, ainda vazada na ideologia liberal, posteriormente desgastada pela Emenda Constitucional de 1926. Porém, muito antes desta Emenda, fora violentada pelo interesse econômico predominante, o dos cafeicultores que, com o Convênio de Taubaté, já em 1907, por dobras interpretativas do texto oficial, conseguiram introduzir no seu modelo liberal de então a possibilidade da intervenção no domínio econômico.”⁶

O que nos interessa por hora é compreender como a Lei definiu as agências e quais foram as suas delimitações. Como possuímos um rol delas atualmente fechado, iremos nos debruçar sobre as citadas agências como objeto de análise. Todavia, antes de passarmos diretamente para o trato dos dados, compararemos a redação acima trazida com o projeto de administração pública iniciado ainda na primeira década do século, com o projeto de Lei n. 3.337/04.

1.2. Análise Comparativa dos Institutos

Com a edição da Lei nº 13.848, unificando um corpo lógico para a atuação administrativa, surgiram diversas inovações. Algumas dotadas de maior, digamos, “prestígio acadêmico”, como já citado. Nosso recorte, fugindo um tanto dessa linha, busca verificar que nível de qualidade a

⁶ SOUZA, Washington Peluso Albino de. Op. Cit., p. 335.

unificação de gestão das Agências poderá oferecer ao setor que se obriga a oferecer guarita. A isso, depende, além de mero juízo de oportunidade do agente, uma capacidade de ouvido ativo para receber informações do administrado. Essa ligação de diálogo é aproximativa e oferece um espaço de previsibilidade, que, por consequência, comporta um ambiente de maior segurança. Foge-se daquela postura em que o agente receptor de ordem é no máximo alertado do que e como será decidido – quando o é – mas, convoca-o a participar da tomada decisória. Em alguns casos, até mesmo da metodologia, como prevê o Decreto em referência ao modelo tomado pela AIR, beneficiando-se de um ato planejado e motivado.

Diga-se, tal preocupação não é recente. O Brasil possui um longo e infeliz histórico de arbitrariedade decisiva, com pouca ou nenhuma participação popular direta. É dizer, o administrado é convidado apenas bianualmente para comparecer junto às urnas eleitorais, e, além disso – a menos que conviva próximo aos ciclos de poder – fica completamente inerte da participação decisória. Os motivos de fundo dessa composição fogem de nosso recorte (tratar do patrimonialismo⁷ requer algo muito além de uma mera exposição), mas esse breve apanhado da realidade justifica a escolha desta análise *comparativa* com o anterior projeto de Lei. Nas razões de sua derrocada e nas semelhanças dos textos, encontramos respostas de nosso *espírito do tempo*. E não é por outra razão que Gelis Filho (2006) afirma a transparência da gestão reguladora – junto de sua independência – como um de seus critérios fundamentais:

“(...) os dois critérios que se destacam são a independência em relação ao poder central e transparência de sua gestão. (...) a transparência de uma entidade pública dotada de certo grau de autonomia é essencial para que se possa aferir a lisura de seu processo decisório, assegurando à sociedade que os interesses defendidos sejam os seus, e não os de algum grupo específico apenas.”

Pelos meados de março de 2003, foi determinado pelo Poder Executivo a formação de um grupo de trabalho interministerial. Com o

⁷ Discutimos o tema com maior profundidade em nosso texto GEHRKE, Thiago. *O Novo Coronelismo: novas facetas da interferência do poder econômico no processo eleitoral*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2023.

objetivo de analisar a atual composição regulatória em âmbito federal, avaliar o seu papel e ofertar possíveis novas diretrizes para o sistema. Esse grupo recebeu, diante de sua abertura a consultas públicas, cerca de setecentas contribuições a seu texto. Deste corpo de estudo surgiu o Projeto de Lei nº 3.337 de 2004.

Sobretudo, alerta Costa (2021), seu surgimento se deu com a preocupação de um provável insulamento decisório do modelo das Agências, que com seu isolamento poderia ver facilitado algum processo de tomada. Para além dos critérios de uma maior transparência da atuação das agências, o projeto tinha aspectos mais polêmicos, dada a especial preocupação do executivo do tempo em coadunar as diretrizes de atuação regulatória com os planos de agência ministerial – no que se convencionou chamar de contratos de gestão e desempenho, apontado como uma das razões de não florescimento do projeto⁸. O PL teve longa discussão na Câmara de Deputados, até acabar arquivado por decisão do próprio executivo, dez anos depois. Todavia, o caminho já estava pavimentado, muitas das razões debatidas naquele transcurso tomariam corpo com a posterior edição da Lei que analisamos; ao que nos interessa traçar aqui, muitos dos aspectos desenvolvidos antes foram postos em ação, agora.

Vê-se da redação da Exposição de Motivos do PL 3.337, com afirmação categórica do então ministro da casa civil José Dirceu, nomeadamente o que se afirmou no §13, que reproduzimos:

“O desenvolvimento de instrumentos de controle social das Agências é um avanço imprescindível para o bom funcionamento do modelo, na medida em que esse controle atua como elemento de legitimidade e eficiência na ação regulatória. **Nesse sentido, a experiência internacional indica que o desenvolvimento de reguladores independentes deve ser balanceado por mecanismos mais eficientes de controle social e de prestação de contas.** É na ampliação desses instrumentos que se concentra a maior inovação do projeto de lei. São instituídos, estendidos ou ampliados os mecanismos de controle, responsabilização e transparência como consulta pública (...)” (grifos nossos)

⁸ Com mais detalhes, ver COSTA, Hirdan Katarina de Medeiros et al. *Análise da nova lei das Agências Reguladoras no Brasil*. A&C – R. de Dir. Adm. Const. Belo Horizonte, ano 21, n. 85, p. 185-216, jul./set. 2021.

Diga-se, a afastar qualquer ruído no sentido de uma certa antipatia das forças políticas ao tempo, que a conclusão do grupo se deu em defesa ao modelo regulatório, a dizer:

“As discussões dentro do governo levaram à conclusão que a presença das Agências Reguladoras **é indispensável** para a atração dos investimentos privados; para a **redução do chamado ‘risco de captura’**⁹ do processo regulatório por grupos de interesse; e para a necessidade de fortalecer as Agências.” (grifos nossos)

Ressaltando-se sempre que a existência da atuação reguladora precede mesmo o modelo do Estado Regulador¹⁰ resultado da coalização de forças dos anos noventa, todavia, descaracterizados de algumas diretrizes que hoje a definem.

Assim, considerando devidamente assinalada a relevância desse retorno ao projeto trazido a vigor pela Lei nº 13.848/2019, enquadramo-lo

⁹ O fenômeno “risco de captura” é, grosso modo, a inserção do poder econômico de agentes privados nas estruturas regulatórias. Como seu sistema oferece uma *blindagem* da afetação política, uma vez dentro, esse poder econômico é capaz de perpetuar sua influência e modificar a legislação – de uma pretensa neutralidade – para seu favorecimento direto. Para uma boa compreensão do risco, é necessário o entendimento do conceito de “Poder Econômico”, como versa Camargo “*Poder econômico é a possibilidade que tem o agente, público ou privado, de alterar a realidade econômica (...) Com maior precisão, é a situação que coloca o agente (...) em condições de promover a alteração da realidade econômica, de sorte a governá-la. Seu exercício, para o Direito, torna-se relevante tomando-se em consideração a possibilidade de uso e abuso.*” (in CAMARGO, op. Cit. p. 151).

¹⁰ “*The democratic legitimacy of policymaking depends upon its connection to elected officials. If unelected administrative officials make policy decisions in such areas as economics, civil rights, or the environment, the democratic principles embedded in the Constitution require that those officials are responsive to the President and Congress. Courts historically have justified agency policymaking based upon its connection to policy decisions made by legislatures and the President’s ability to ensure that the laws are faithfully executed. (...) However, independence raises questions about accountability. Political control over the bureaucracy establishes a key link between the public and unelected administrators, and Citizen control over government is an important constitutional principle. Yet When federal agencies are removed from both presidential and Congress influence, administrative policies are not subject to review by any actor with a public constituency.*” (in LEWIS, David E.; SELIN, Jennifer L. Political Control and the Forms of Agency Independence. The George Washington Law Review, vol. 83, n. 4/5, p. 1488. E p. 1515 Set. 2015.)

como um processo de interesse nacional, debate de mais de uma década legislativa. Apresentamos, com o objetivo de auxiliar na visualização, breve quadro comparativo entre alguns aspectos de transparência conforme sua redação própria em cada projeto. Mais que mera repetição, vê-se a maturidade do debate:

PROJETO DE LEI 3.337/04	LEI Nº 13.848/19
Art. 3º O processo de decisão das Agências Reguladoras, atinente à regulação setorial, terá caráter colegiado § 1º As Diretorias Colegiadas ou Conselhos Diretores das Agências Reguladoras deliberarão por maioria absoluta dos votos de seus membros, dentre eles o Diretor-Presidente, Diretor Geral ou Presidente que, na sua ausência, deverá ser representado por seu substituto, definido em regimento próprio.	Art. 7º O processo de decisão da agência reguladora referente à regulação terá caráter colegiado. § 1º O conselho diretor ou a diretoria colegiada da agência reguladora deliberará por maioria absoluta dos votos de seus membros, entre eles o diretor-presidente, o diretor-geral ou o presidente, conforme definido no regimento interno.
Art. 4º Serão objeto de consulta pública, previamente à tomada de decisão, as minutas e propostas de alterações de normas legais, atos normativos e decisões da Diretoria Colegiada e Conselhos Diretores de interesse geral dos agentes econômicos, de consumidores ou usuários dos serviços prestados.	Art. 9º Serão objeto de consulta pública, previamente à tomada de decisão pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada, as minutas e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados.
Art. 5º As Agências Reguladoras, por decisão colegiada, poderão realizar audiência pública para formação de juízo e tomada de decisão sobre matéria considerada relevante.	Art. 10. A agência reguladora, por decisão colegiada, poderá convocar audiência pública para formação de juízo e tomada de decisão sobre matéria considerada relevante.
Art. 8º As Agências Reguladoras deverão elaborar relatório anual circunstanciado de suas atividades, nele destacando o cumprimento da política do setor definida pelos Poderes Legislativo e Executivo.	Art. 15. A agência reguladora deverá elaborar relatório anual circunstanciado de suas atividades, no qual destacará o cumprimento da política do setor, definida pelos Poderes Legislativo e Executivo, e o cumprimento dos seguintes planos: I - plano estratégico vigente, previsto no art. 17 desta Lei; II - plano de gestão anual, previsto no art. 18 desta Lei.

Com a retirada do projeto pelo Poder Executivo, o Legislativo incluiu a necessidade de uma lei geral na nomeada “Agenda Brasil 2015”, como

lembra Vilela (2020), com o objetivo de facilitar a previsibilidade da ação regulatória para os agentes privados e ofertando um melhor *ambiente de negócios*. Assim, nasceu o projeto de Lei do Senado nº 52, convertido após seu trânsito legislativo na presente Lei nº 13.848. Ao que passamos, por fim, à análise dos dispositivos já sinalizados no quadro acima.

2. ANÁLISE ESPECÍFICA DOS CRITÉRIOS DE PARTICIPAÇÃO POPULAR DA LEI

Desenvolveremos agora os modelos que consideramos como promotores de uma maior transparência regulatória, atualizados pela Lei n. 13.848/19. O objetivo da análise é aproximarmo-nos dos institutos, de forma a reconhecer neles quais suas razões de utilidade nesta função de tentar aproximar as partes da regulação. Passada essa etapa, estaremos amparados por uma base segura o suficiente para adentrarmos no quantitativo, verificando-se alterações promovidas pelas inovações legislativas.

2.1. Análise de Impacto Regulatório

A Análise de Impacto Regulatório¹¹ é um movimento de análise - virtualmente – preditivo, envolvendo determinada medida que se visa tomar, relacionando-a com um complexo informacional capaz de apontar possíveis consequências, custos e efeitos perante a totalidade de agentes envolvidos. Por natureza, trata-se de um estudo prévio – todavia, comporta análise *ex post*, revisional de efeitos já adquiridos, como aponta BINENBOJM (2020) e como se observa no texto do Decreto nº 10.411/20¹² que regulamenta o instituto – um estudo que busca, por meio de uma análise multidisciplinar, verificar se a medida ‘x’ é efetiva (ou ao menos tende a ser, dentro dos limites de qualquer juízo preditivo) ao que cumpre operar e se tal efetividade

¹¹ A partir de agora, utilizaremos o acrônimo “AIR”.

¹² BRASIL. Decreto nº 10.441, de 30 de junho de 2020. Regulamenta a análise de impacto regulatório. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 2020, n. 124, p. 35-36, 1 jul. 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.411-de-30-de-junhode-2020-264424798>. Acesso em: 9 mar. 2022.

é razoável – proporcional – sob uma análise dos custos e efeitos outros que ela pode ocasionar.

Binenbojm (2020) contextualiza a utilização da AIR junto aos procedimentos regulatórios como:

“A adoção da AIR como método decisório no bojo dos processos regulatórios tem como objetivos (i) superar a natural assimetria de informações entre reguladores e agentes econômicos; (ii) dotar tais processos de maior transparência, legitimidade e ‘accountability’ (responsividade e controlabilidade social); bem como (iii) promover eficiência regulatória, com a redução de custos (para a sociedade e o próprio Estado) e a maximização de benefícios sociais.”¹³

Acrescenta-se aqui definição do instrumento pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), que conceitua a AIR como:

“(...) uma ferramenta que examina e avalia os prováveis benefícios, custos e efeitos das regulações novas ou alteradas. Ela oferece aos tomadores de decisão dados empíricos valiosos e uma estrutura abrangente na qual eles podem avaliar suas opções e as consequências que suas decisões podem acarretar. Um escasso entendimento dos problemas em questão ou dos efeitos indiretos da ação governamental pode debilitar os incentivos regulatórios e resultar em falha regulatória. A AIR é utilizada para definir problemas e garantir que a ação governamental seja justificada e apropriada.”¹⁴

A Lei n. 13.848/19 desenvolveu o instituto da seguinte forma, em seu artigo 6º:

¹³ BINENBOJM, Gustavo. Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum. 2020. P. 181.

¹⁴ OCDE Análise de Impacto Regulatório (1997): As melhores Práticas nos Países da OCDE, Paris, apud OCDE, Brasil: fortalecendo a governança para o crescimento, Relatório sobre a reforma regulatória, Casa Civil da Presidência da República, 2008, p. 62.

“Art. 6º A adoção e as propostas de alteração de **atos normativos de interesse geral** dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, **nos termos de regulamento**, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo.

§ 1º Regulamento disporá sobre o conteúdo e a metodologia da AIR, sobre os quesitos mínimos a serem objeto de exame, bem como sobre os casos em que será obrigatória sua realização e aqueles em que poderá ser dispensada.

§ 2º O regimento interno de cada agência disporá sobre a operacionalização da AIR em seu âmbito.

§ 3º O conselho diretor ou a diretoria colegiada manifestar-se-á, em relação ao relatório de AIR, sobre a adequação da proposta de ato normativo aos objetivos pretendidos, indicando se os impactos estimados recomendam sua adoção, e, quando for o caso, quais os complementos necessários.

§ 4º A manifestação de que trata o § 3º integrará, juntamente com o relatório de AIR, a documentação a ser disponibilizada aos interessados para a realização de consulta ou de audiência pública, caso o conselho diretor ou a diretoria colegiada decida pela continuidade do procedimento administrativo.

§ 5º Nos casos em que não for realizada a AIR, deverá ser disponibilizada, no mínimo, nota técnica ou documento equivalente que tenha fundamentado a proposta de decisão. (grifos nossos).

Há (ou havia) algum debate entre a responsabilidade regulamentar prevista; se de uma interpretação exclusiva dela como o poder do chefe do executivo regulamentar, ou se aberta ao poder normativo administrativo de cada Agência. Das opções de doutrina nacional, a que aparenta ter maior adesão é a que, representada na visão de Binenbojm (2020), alinha-se com essa segunda vertente¹⁵. O processo de uma AIR, quando tratada e

¹⁵ “Desse modo, normas editadas por entidades reguladoras devem, em tese, obedecer aos preceitos legais – standards –, pois a Administração Pública não tem um poder normativo incondicional e geral, como ocorre com o Poder Legislativo. Entretanto, não se pode enquadrar essas normas como sendo função regulamentar da lei, de competência do Presidente da República, pois, em termos de regulação de atividades econômicas, a lei não consegue tudo prever havendo um espaço normativo de ‘reserva do regulador’. Assim, a polêmica acerca da função normativa das entidades reguladoras se insere em uma discussão mais profunda, que envolve sua adaptação ao sistema tripartite oitocentista, subsumido no princípio da separação e do equilíbrio entre os poderes estatais, que impõe também uma revisão da hierarquia normativa. Nessa ordem de convicções, é jurídico sustentar a constitucionalidade do exercício da função normativa ‘secundária’ pelas entidades reguladoras por não se detectar qualquer usurpação da função legiferante, de competência o Poder Legislativo, nem, tampouco, do poder regulamentar de atribuição precípua do Chefe do Poder Executivo.” (GUERRA, Sérgio.

desenvolvida com a devida seriedade é um trabalho extremamente custoso, de forma que idealmente exista espaço a cada Agência organizar-se de acordo com as peculiaridades de seu meio, assim restando ao Executivo prever modelos de caráter mais geral. O que o fez com a edição do citado Decreto nº 10.411/20, que, entre outras razões, desenvolveu conceitualmente um ato normativo nomeado ‘de baixo impacto’, assim como determinados atos que não serão objeto de AIR e circunstâncias onde sua ocorrência poderá ser dispensada ou postergada.

De qualquer sorte, a análise apresenta-se como um meio capaz de albergar uma ação mais inteligente, pois motivada por uma densa revisão do espaço regulado e suas consequências, informando a população interessada e fornecendo-a materialidade para as demais formas de participação aproximada ao agente regulador. Cumprindo com o papel integral de uma maior transparência na relação administração – administrado.

2.2. Consulta Pública

Prevista no artigo 9º da Lei, a Consulta Pública será desenvolvida na sequência lógica dos dados apresentados pela via da AIR, mas anteriormente à tomada efetiva de decisão pela Direção Colegiada da Agência em questão. Trata-se de um mecanismo de aproximação por excelência, como se verifica de seu texto – que inclusive deve ter ressaltada a função do §1º em desenvolver contexto, tanto no caso da Consulta quanto da seguinte Audiência. Sua função é fornecer ao administrado um escopo razoável da ação, sua motivação e dotá-la com alguma materialidade de dados, ofertando-lhe espaço ativo para demonstrar ou contrapor as visões do administrador/gestor.

“Art. 9º Serão objeto de consulta pública, **previamente à tomada de decisão** pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada, as minutas e as propostas de alteração de atos normativos de **interesse geral** dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados.
§ 1º A consulta pública é o instrumento de apoio à tomada de decisão por meio do qual a sociedade é consultada previamente, por

Discrecionabilidade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. 5 ed. Belo Horizonte, 2018. P.226.).

meio do envio de críticas, sugestões e contribuições por quaisquer interessados, sobre proposta de norma regulatória aplicável ao setor de atuação da agência reguladora.

§ 2º Ressalvada a exigência de prazo diferente em legislação específica, acordo ou tratado internacional, o período de consulta pública terá início após a publicação do respectivo despacho ou aviso de abertura no Diário Oficial da União e no sítio da agência na internet, e terá duração mínima de 45 (quarenta e cinco) dias, ressalvado caso excepcional de urgência e relevância, devidamente motivado.

§ 3º A agência reguladora deverá disponibilizar, na sede e no respectivo sítio na internet, quando do início da consulta pública, o relatório de AIR, os estudos, os dados e o material técnico usados como fundamento para as propostas submetidas a consulta pública, ressalvados aqueles de caráter sigiloso.

§ 4º As críticas e as sugestões encaminhadas pelos interessados deverão ser disponibilizadas na sede da agência e no respectivo sítio na internet em até 10 (dez) dias úteis após o término do prazo da consulta pública.

§ 5º O posicionamento da agência reguladora sobre as críticas ou as contribuições apresentadas no processo de consulta pública deverá ser disponibilizado na sede da agência e no respectivo sítio na internet em até 30 (trinta) dias úteis após a reunião do conselho diretor ou da diretoria colegiada para deliberação final sobre a matéria.

§ 6º A agência reguladora deverá estabelecer, em regimento interno, os procedimentos a serem observados nas consultas públicas.

§ 7º Compete ao órgão responsável no Ministério da Economia opinar, quando considerar pertinente, sobre os impactos regulatórios de minutas e propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados submetidas a consulta pública pela agência reguladora.”

Todavia, a adoção do termo “de interesse geral” qualificando os atos normativos à referência de uma obrigatoriedade da consulta, antes de trazer maior ordenação à medida, por seu excesso de vagueza, traz maiores dúvidas acerca de quando o instituto deve aplicar-se ou não. Alexandre Santos de Aragão (2020) defende inclusive que a ordem normativa objeto de outro que o interesse geral padece em si de vício de inconstitucionalidade. Portanto, toda Lei, norma, assim considerada, deve ser de interesse geral. Com a intenção clara de não sobrecarregar as Agências com prazos e custos da Consulta, o legislador foi infeliz na mensuração da abertura do texto, quando poderia ter ofertado ao poder regulamentar apontar critérios internos ou externos para essa definição. Vê-se que a legislação foi insuficiente para aproximar o administrado, contribuindo como obstáculo à transparência.

De toda sorte, o instituto Consulta Pública é uma das formas mais interessantes de aproximação decisória do administrado, contribuindo para

a comunicação elaborativa dos comandos, expandindo possivelmente os resultados da AIR e oferecendo um espaço de transparência. Porém, em outro deslize legislativo, a redação dada ao § 5º do citado artigo 9º oferece ao colegiado um inadequado prazo de 30 dias após a tomada de sua decisão para publicizar respostas acerca das posições oferecidas pelos administrados na oportunidade da consulta. Essa morosidade é um tanto questionável, seja pelo aspecto de defesa do direito de petição, previsto pela Constituição Federal – e que demanda uma resposta, uma vez que não basta ao administrado o poder de questionar, sendo ignorado pelo aparato -, seja pelo próprio esvaziamento das propostas trazidas – quando a resposta só é ofertada depois de decidido, obstando o debate.

2.3. Audiência Pública

A Audiência Pública, prevista junto ao corpo do artigo 10º da Lei é um método costumeiramente adotado em discussões legislativas – e em algumas judiciais, hodiernamente, como a experiência do Supremo Tribunal Federal tem apontado, quando diante de matéria de relevante impacto.

“Art. 10. A agência reguladora, **por decisão colegiada, poderá convocar audiência pública para formação de juízo e tomada de decisão sobre matéria considerada relevante.**

§ 1º A audiência pública é o instrumento de apoio à tomada de decisão por meio do qual é facultada a manifestação oral por quaisquer interessados em sessão pública previamente destinada a debater matéria relevante.

§ 2º A abertura do período de audiência pública será precedida de despacho ou aviso de abertura publicado no Diário Oficial da União e em outros meios de comunicação com antecedência mínima de 5 (cinco) dias úteis.

§ 3º A agência reguladora deverá disponibilizar, em local específico e no respectivo sítio na internet, com antecedência mínima de 5 (cinco) dias úteis do início do período de audiência pública, os seguintes documentos:

I - para as propostas de ato normativo submetidas a audiência pública, o relatório de AIR, os estudos, os dados e o material técnico que as tenha fundamentado, ressalvados aqueles de caráter sigiloso;

II - para outras propostas submetidas a audiência pública, a nota técnica ou o documento equivalente que as tenha fundamentado.

§ 4º A agência reguladora deverá estabelecer, em regimento interno, os procedimentos a serem observados nas audiências públicas, aplicando-se o § 5º do art. 9º às contribuições recebidas.” (grifos nossos)

Não há dúvidas de que a sua operação consiste em uma oportunidade de participação oral (conforme previsto em seu §1º) do administrado, o que é – ao menos em tese – um vetor de maior proximidade, ao permitir a formação de um verdadeiro colóquio acerca do objeto em debate. Como tal, opera-se em espaço tempo semelhante ao da Consulta – isto é, após a divulgação do AIR e outras informações e anteriormente à tomada da decisão propriamente dita. Tendo o legislador optado por deixar a critério do colegiado decisor da Agência optar por sua realização, teme-se que o instituto possa ser esvaziado. Todavia, a opinião pública deve(ria) ser capaz de movimentar suficientemente o tema a fim de influir o colegiado a disponibilizar o espaço em decisões realmente relevantes. O que, de qualquer forma, melhor seria desenvolvido se não deixado à total discricionariedade dos agentes.

Referindo-se ao procedimento descrito no APA¹⁶, Cuéllar pondera sobre o alcance efetivo dessa “participação” e seus limites, com o que suas conclusões podem se aplicar perfeitamente ao caso brasileiro.

“Críticas são formuladas à forma de participação dos particulares no processo normativo, em razão da qualidade da mesma (na maioria das vezes baixa), porque somente uma pequena parcela da população efetivamente participa do processo devido aos riscos de captura das agências por interesses privados e pelo fato de que as agências não são obrigadas a adotar as sugestões formuladas”.¹⁷

Como esses fenômenos são, de alguma forma, replicados da doutrina norte-americana (tendo em conta que o seu alcance lá é diverso do que no Brasil¹⁸, tendo escopo amplo), tomamos a tríade que qualifica sua

¹⁶ *Administrative Procedure Act*, regramento norte-americano sobre o funcionamento, reconhecimento e identificação das Agências Reguladoras.

¹⁷ CUÉLLAR, Leila. *Poder Normativo das Agências Reguladoras Norte-Americanas*. In *Revista Direito Administrativo*: Rio de Janeiro, n. 229, p.153-176, jul./set. 2002.

¹⁸ LEWIS, David E.; SELIN, Jennifer L. *Political Control and the Forms of Agency Independence*. *The George Washington Law Review*, vol. 83, n. 4/5, p. 1487/1516. Set. 2015.

principiologia: *Informação, Participação e Responsabilidade (accountability)*.

Nos interessa principalmente a interface entre os princípios da Informação e da Participação, uma vez que sua dimensão é indissociável¹⁹ no que se refere à participação democrática – ou sua ampliação, tal como se discute aqui. Vê-se que o dever de transparência ao administrado é aqui caracterizado como princípio, de forma ampla²⁰. Uma vez que não se refere somente às informações divulgadas ao público, mas também a todo o contexto com que a agência utiliza como base para sua tomada de decisões; podemos afirmar que se trata de uma transparência *ex ante* e *ex post* decisão. Essa transparência também toma corpo, lembra Cuéllar, na disposição do *Government in the Sunshine Act*, que, tal como se projeta em nossa discussão, é dever das agências formularem audiências públicas em sessões abertas para parte relevante de suas reuniões e deliberações.

Neste modelo, a depender do tipo de determinação que será elaborado pela agência – se de caráter informativo, normativo ou interpretativo – ela terá o dever de possibilitar a participação dos interessados em audiência pública formal, com direito à oposição oral das partes/setores envolvidas(os). Nos termos da seção 553 (c) do APA, “*After notice required by this section, the agency shall give interested persons an opportunity to participate in the rule making through submission of written data, views, or arguments*”, vê-se que o quadro é amplo, e o conceito de “pessoas interessadas” não limitante, também ampla a possibilidade de manifestação. Quando não – “*with or without opportunity for oral presentation*” –, ao menos deverá ser possibilitada a juntada de uma espécie de “memoriais” do tema. Apesar de não se prever a obrigatoriedade de a agência observar os pontos levantados pelo público interessado, ao menos ela deverá se manifestar – mesmo que de forma genérica – sobre seu conteúdo, em vista

¹⁹ CUÉLLAR, Leila. Poder Normativo das Agências Reguladoras Norte-Americanas. In Revista Direito Administrativo: Rio de Janeiro, n. 229, p.169, jul./set. 2002.

²⁰ “*O freedom of information act especificamente determina a apresentação de qualquer documento sob o poder de agências federais, uma vez feita a demanda por qualquer particular, salvo algumas circunstâncias relativas à segurança pública, informações comerciais ou financeiras confidenciais*” (In: CUÉLLAR, Leila. op. Cit., pp; 169-170). Muito semelhante, portanto, ao nosso Instituto de Acesso à Informação previsto pela Lei n. 12.527/2011, substanciada no Inciso XXXIII do Artigo 5º da CF/88 “*XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;*”.

de “*after consideration of the relevant matter presented, the agency shall incorporate in the rules adopted a concise general statement of their basis and purpose*”.

Insistimos, há uma notável semelhança entre os procedimentos adotados pela atual legislação e o aplicado nos Estados Unidos, de forma que algumas perspectivas – e eventuais problemáticas²¹ – podem ser já previstas.

3. ANÁLISE QUANTITATIVA DAS CONSULTAS PÚBLICAS E MECANISMOS DE TRANSPARÊNCIA TRAZIDOS PELA LEI N. 13.848/19

Explicitado o funcionamento dos institutos e de algumas de suas peculiaridades com a edição da Lei Geral das Agências Reguladoras, partimos agora a uma análise empírica da representação destes institutos antes e após a edição da lei. Optamos, como recorte, pela análise da ocorrência dos eventos no tempo, especialmente das Consultas Públicas²², por serem o instituto de maior proeminência na razão da participação democrática direta do administrado, assim como instituto de transparência por excelência. Todavia, diante de algumas bases de dados não oferecerem número suficiente ou não tratarem com a devida qualidade as informações, algumas das Agências terão seus dados referentes aos três modelos de aproximação que trouxemos no presente trabalho.

Sobretudo, deve-se de antemão levar em consideração algumas informações. A primeira é que os encontros e manifestações que exigiam a presença física tanto de administrados e administradores foi extremamente afetada pela Pandemia de Covid-19. Nos primeiros momentos – a dizer,

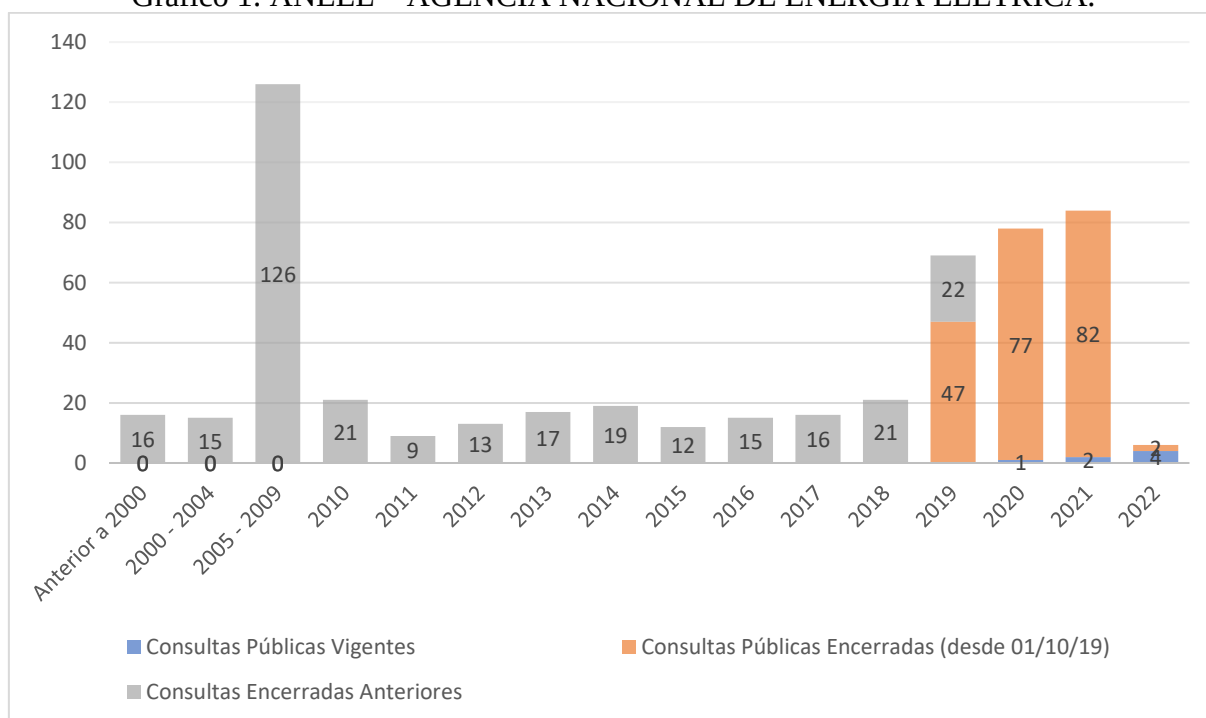
²¹ Cita-se o relato de Cuéllar (op. Cit, p. 172) quando aponta para as possíveis consequências adotadas após o regulamento da *Negotiated Rulemaking Act (1990)*, que permitiu às agências americanas, ao prescreverem a elaboração de um regulamento, uma reunião setorial com os agentes interessados para que a elaboração do texto seja conjunta. Por óbvio, uma agência afastada do controle político, tendo trato negocial direto com os agentes interessados – pois receptores da norma a ser elaborada – é um risco significativo de *captura*.

²² O foco tomado nesta pesquisa foi o de abarcar Consultas Públicas; somente nas hipóteses de sua impossibilidade ou de sua incapacidade de expressar uma quantidade suficiente para a análise o escopo foi ampliado para os demais modelos citados.

principalmente, nos anos de 2020 e ao menos o primeiro semestre de 2021 – a participação física dos sujeitos não era possível, e grande parte das estruturas não estavam preparadas para lidar com esse modelo de dinâmica em trabalho remoto, de forma que é de se esperar que os números tenham sido afetados de alguma maneira por essas razões. Espera-se tanto uma diminuição do real potencial durante o período, quanto alguma transferência para a sequência.

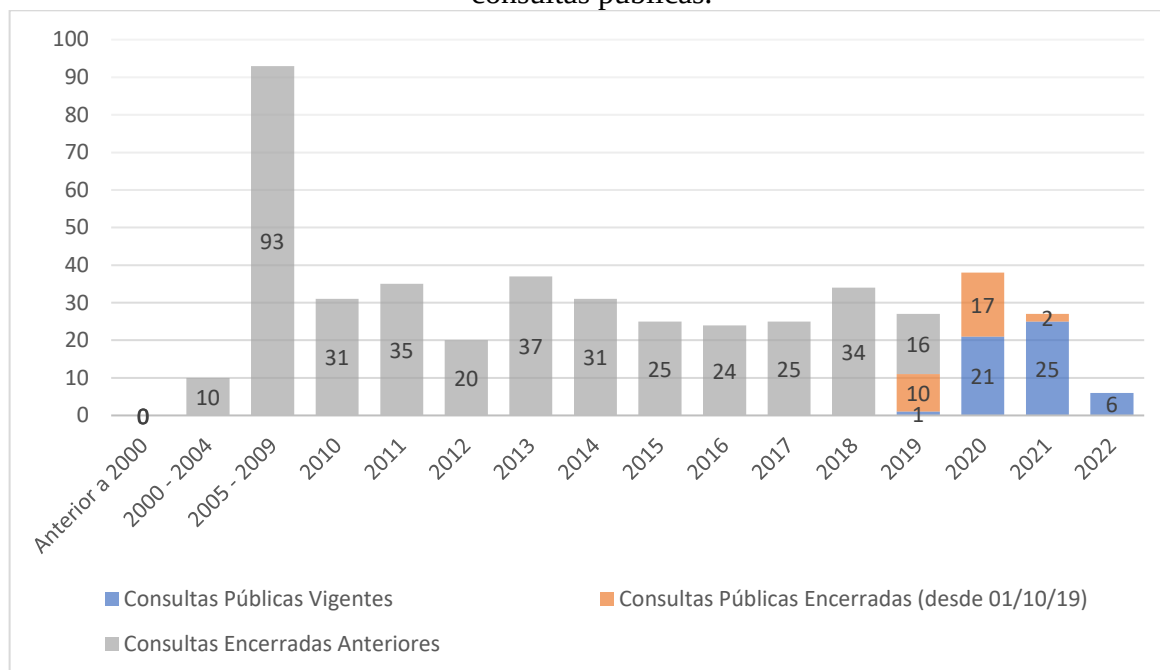
Diga-se, também, que o intervalo de análise é coberto até o início do mês de março de 2022, de forma que novas atualizações não foram computadas nos gráficos do ano de 2022. Acerca do ano de 2019, optou-se por separá-lo em dois momentos. O primeiro envolvendo ainda o modelo prévio às inovações legislativas; um segundo após a entrada em vigor da Lei n. 13.848/19. Todavia, algumas agências adiantaram parte do modelo da norma – outras não, destaca-se. De toda sorte, foram observados dados de todas as agências nomeadas pela norma em seu rol fechado inicial, algumas com maior utilidade que outras. Passaremos diretamente aos gráficos que elaboramos com os dados, deixando outras observações para a conclusão da presente exposição.

Gráfico 1: ANEEL – AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA.



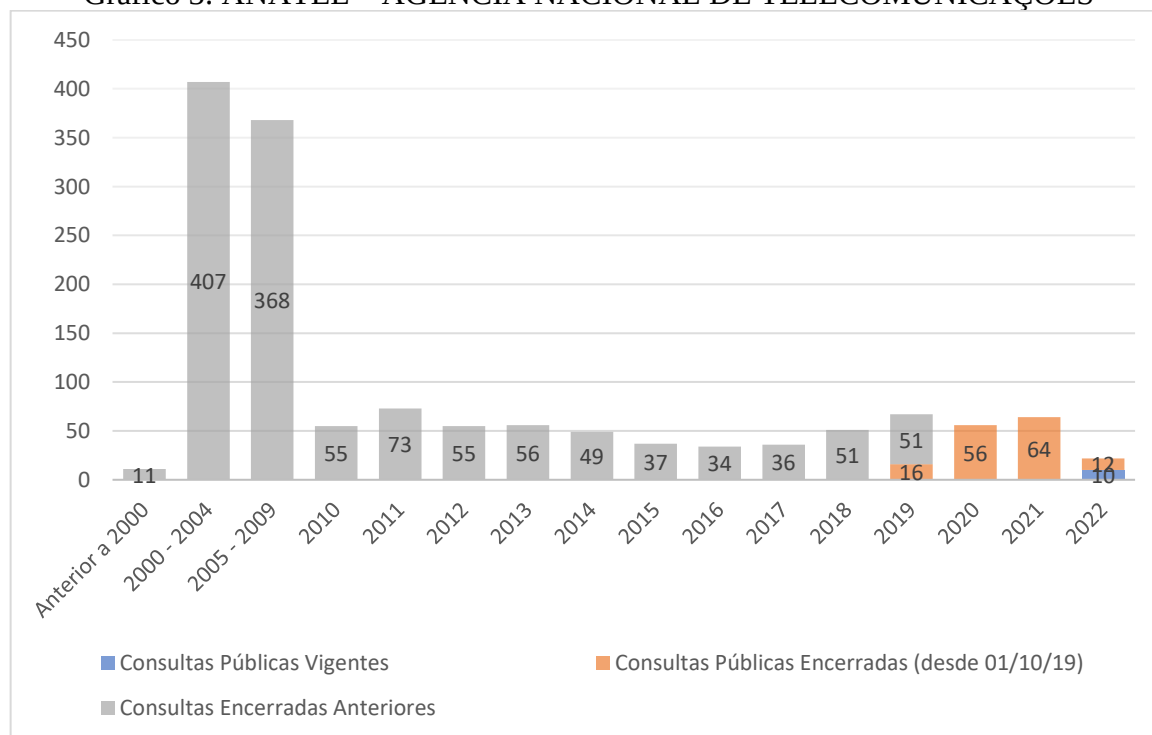
Fonte: ANEEL. Participação Social, 2022. Disponível em: <https://antigo.aneel.gov.br/web/guest/consultas-publicas>. Acesso em: mar. 2022.

Gráfico 2: ANP – AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS * A ANP utiliza uma métrica de dados que mistura audiências e consultas públicas.



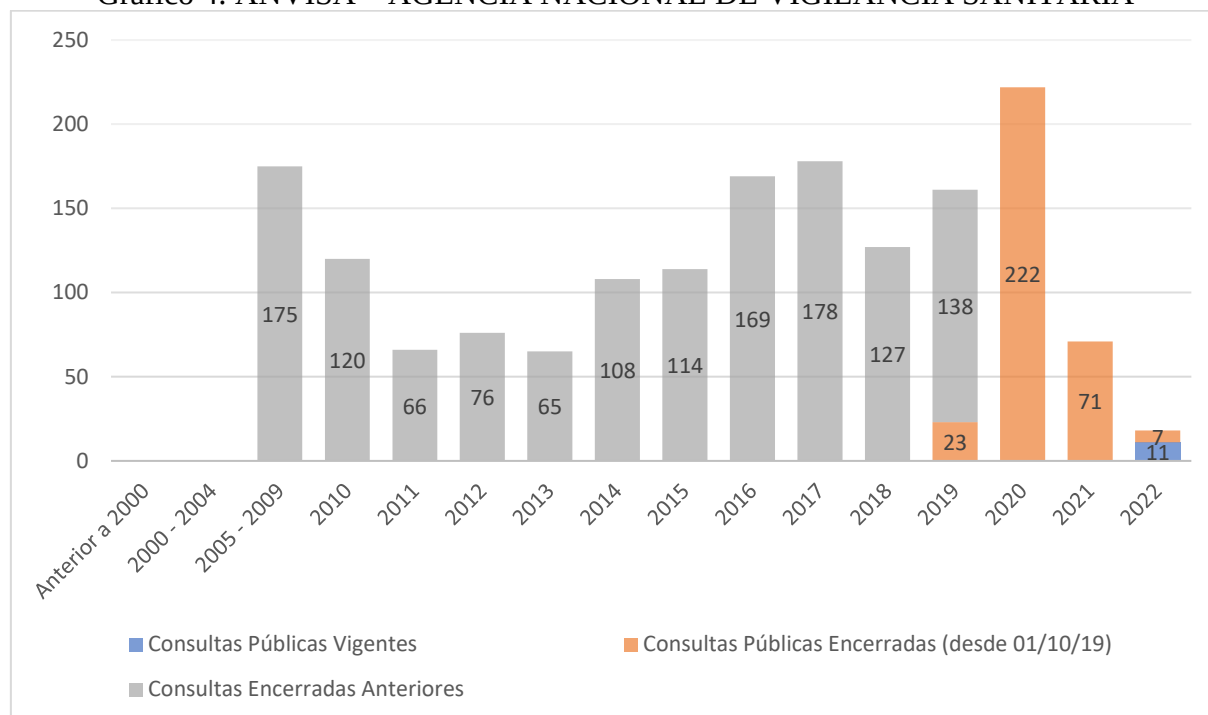
Fonte: ANP. Participação Social, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/anp/pt-br/assuntos/consultas-e-audienciaspublicas/consulta-e-audiencia-publica>. Acesso em: mar. 2022.

Gráfico 3: ANATEL – AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES



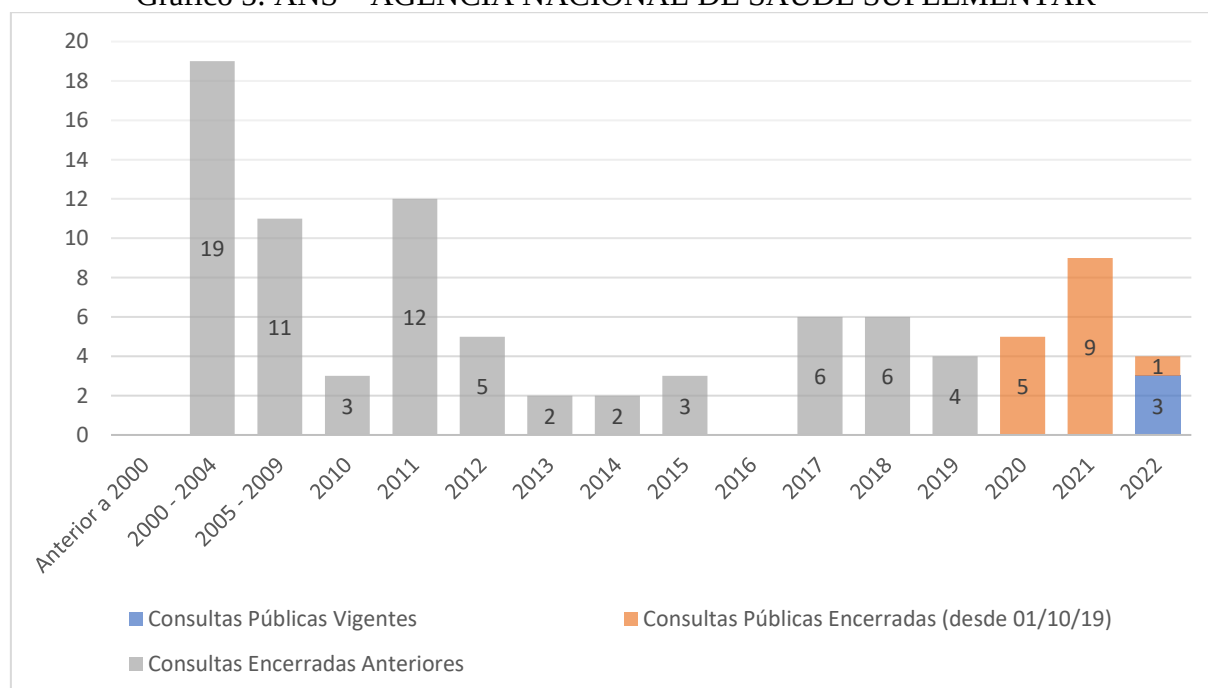
Fonte: ANATEL. Participação Social, 2022. Disponível em: <https://sistemas.anatel.gov.br/SACP/Contribuicoes/ListaConsultasContribuicoes.asp?Tipo=1&Opcao=finalizada s&SISQSmodulo=1445>. Acesso em: mar. 2022.

Gráfico 4: ANVISA – AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA



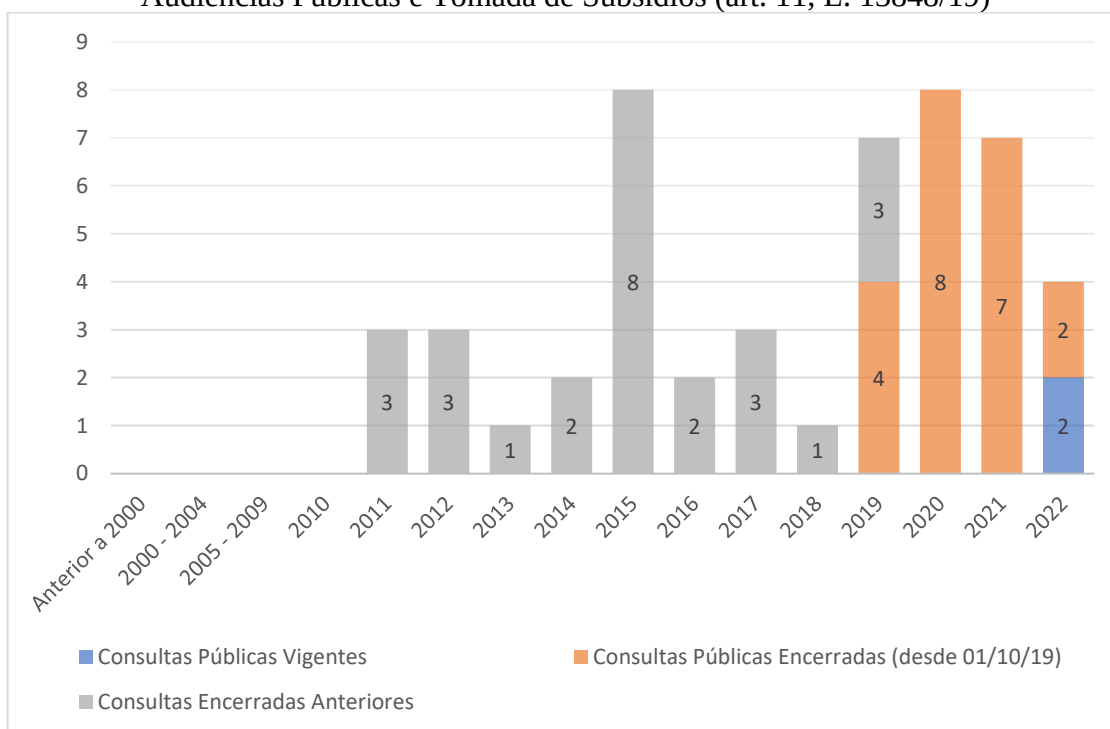
Fonte: ANVISA. Participação Social, 2022. Disponível em: [http://antigo.anvisa.gov.br/consultas-publicas#/. Acesso em: mar. 2022.](http://antigo.anvisa.gov.br/consultas-publicas#/)

Gráfico 5: ANS – AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR



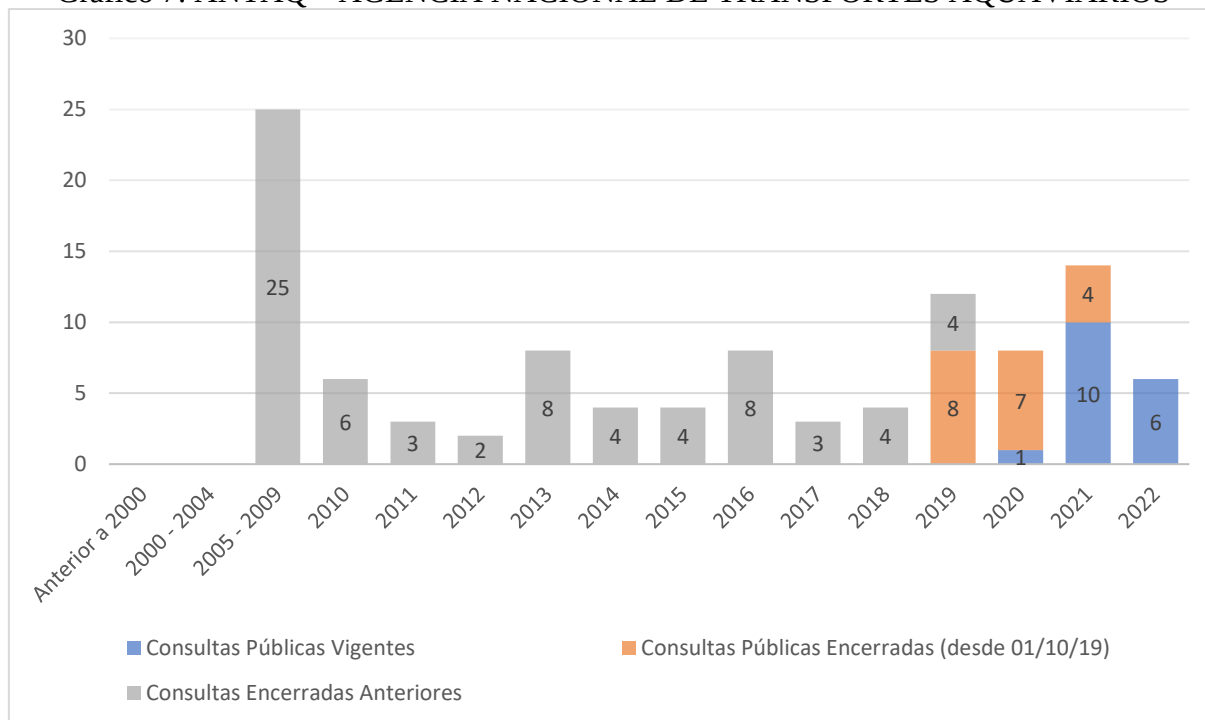
ANS. Participação Social, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/ans/pt-br/acesso-ainformacao/participacao-da-sociedade/consultas-publicas>. Acesso em: mar. 2022.

Gráfico 6: ANA – AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS * Dados incluem Consultas, Audiências Públicas e Tomada de Subsídios (art. 11, L. 13848/19)



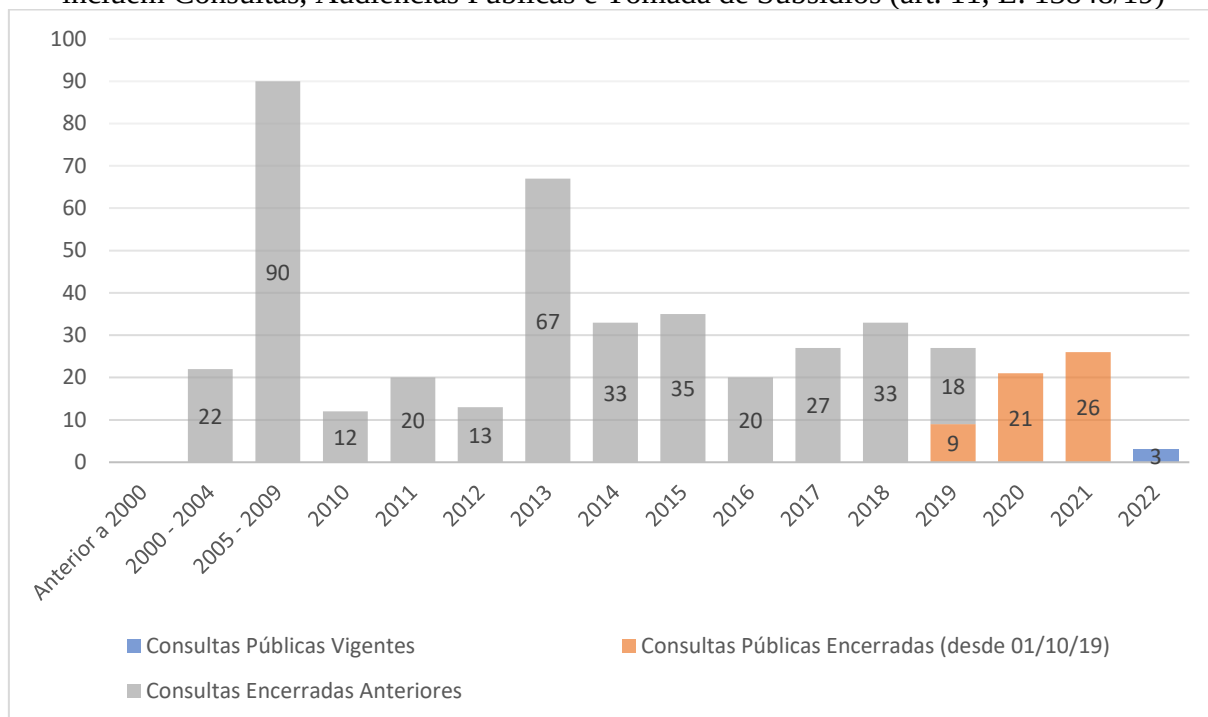
Fonte: ANA. Participação Social, 2022. Disponível em: <https://participacao-social.ana.gov.br/>. Acesso em: mar. 2022.

Gráfico 7: ANTAQ – AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS



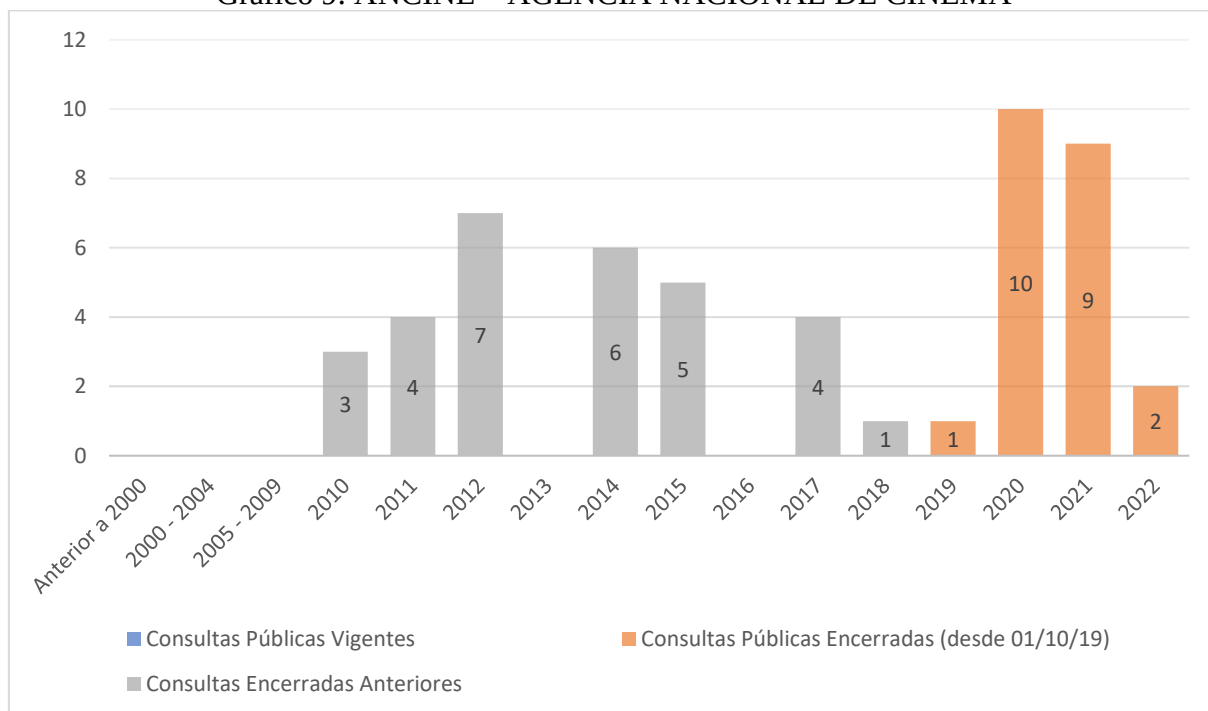
Fonte: ANTAQ. Participação Social, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/antag/pt-br/acesso-ainformacao/participacao-social>. Acesso em: mar. 2022.

Gráfico 8: ANTT – AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES * Dados incluem Consultas, Audiências Públicas e Tomada de Subsídios (art. 11, L. 13848/19)



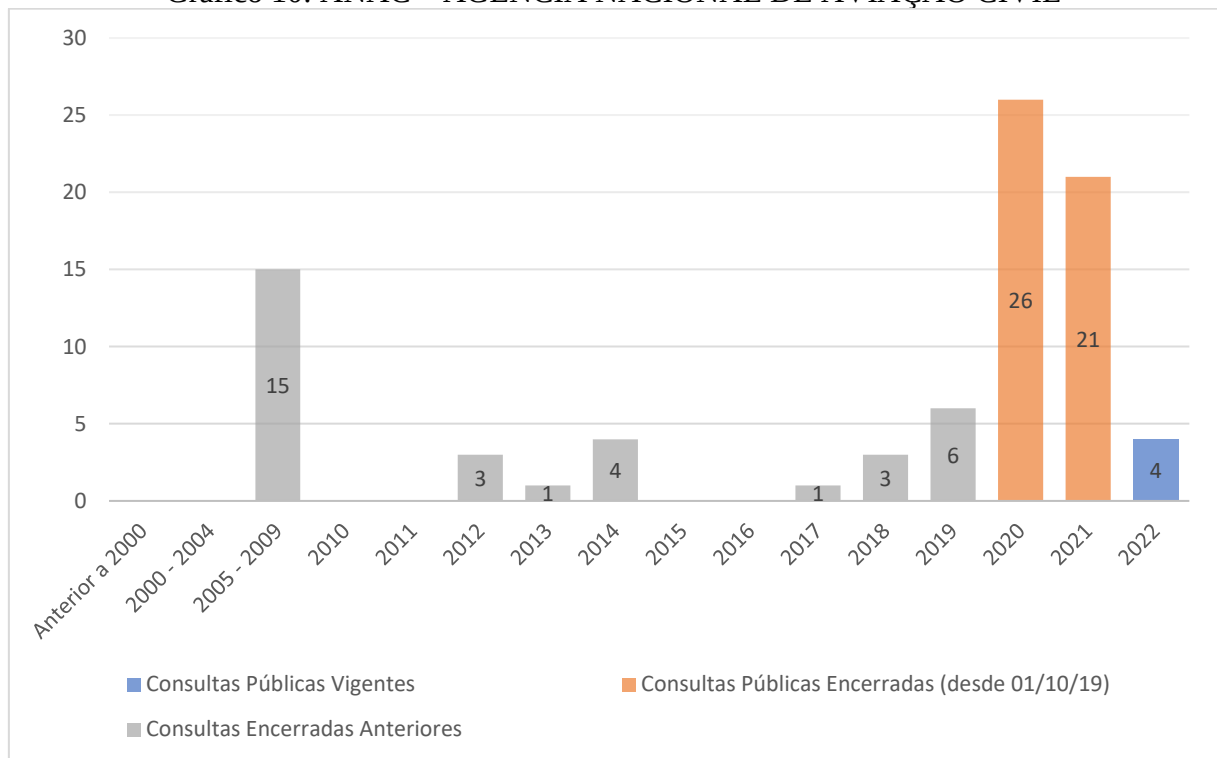
Fonte: ANTT. Participação Social, 2022. Disponível em: <https://participantt.antt.gov.br/Site/AudienciaPublica/ConsultarAvisoAudienciaPublica.aspx?tipo=consultas>. Acesso em: mar. 2022

Gráfico 9: ANCINE – AGÊNCIA NACIONAL DE CINEMA



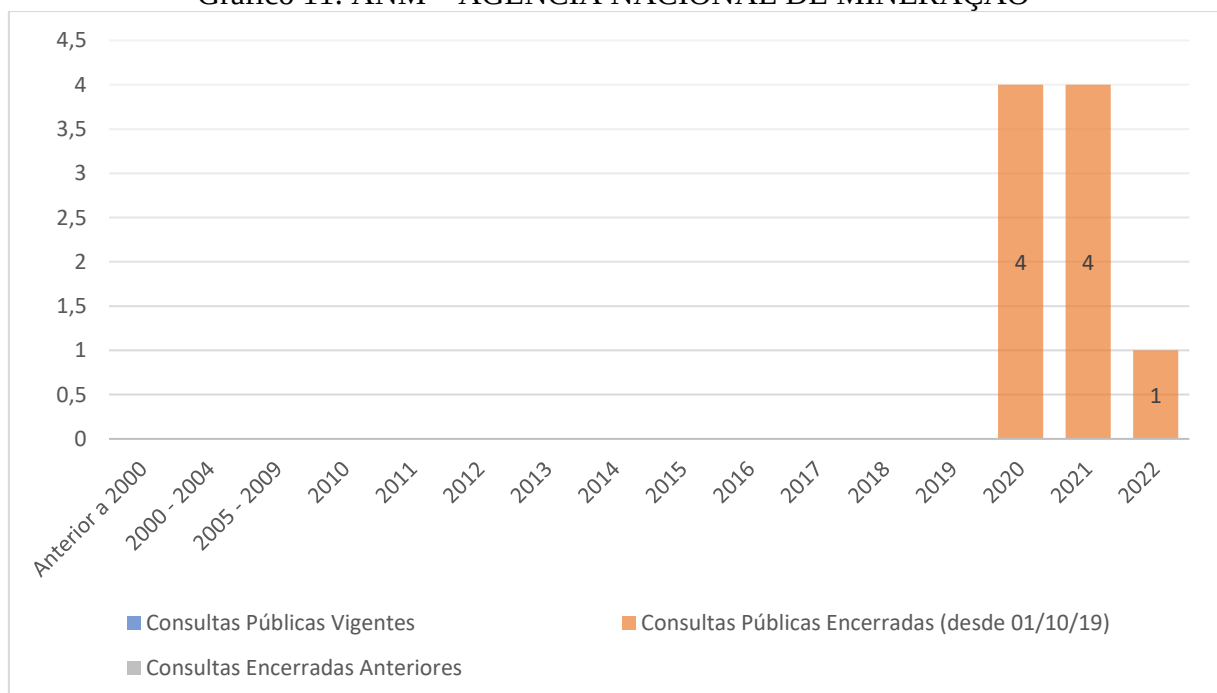
Fonte: ANCINE. Participação Social, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/ancine/pt-br/acesso-ainformacao/participacao-social/consulta-publica>. Acesso em: mar. 2022

Gráfico 10: ANAC – AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL



Fonte: ANAC. Participação Social, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/acesso-ainformacao/participacao-social/consultas-publicas>. Acesso em: mar. 2022.

Gráfico 11: ANM – AGÊNCIA NACIONAL DE MINERAÇÃO



Fonte: AMN. Participação Social, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/anm/pt-br/acesso-ainformacao/participacao-social/consultas-publicas>. Acesso em: mar. 2022.

Os dados foram tomados dos sítios oficiais de cada agência, conforme mecanismos de transparência e acesso à informação. Como dito alhures, algumas agências não ofereciam os dados organizados por tipo de ocorrência, de forma que alguns gráficos apresentaram dados envolvendo alguns dos modelos de transparência citados no decorrer deste trabalho. Em outros, ainda – como no da ANA, pelo pequeno número de amostragem, optou-se por acumular os dados dos demais modelos. Com o objetivo de alcançar um número aceitável para a análise. Optamos por um recorte temporal a contar do ano de 2010 como forma de parâmetro por conta do tempo médio em que encontramos dados. Ressalte-se que algumas agências como a ANTT e – principalmente – a Anatel, possuíam um grandíssimo número de ocorrências de Consultas Públicas prévias ao ano de 2009. À motivação desse efeito não houve investigação, uma vez que exigiria tangenciar o nosso recorte geral e adentrar em uma seara histórica e individualizada de cada agência. Todavia, cabe-nos ressaltá-lo para fim de clareza com o leitor – e também observando um objeto possível para ulteriores pesquisas.

Observamos que, em grande medida, os dados apontam para uma elevação no número de Consultas ocorridas após a edição do novo marco legal. Enquanto para algumas agências o efeito é gritante – casos da ANAC e da ANEEL como bons exemplos – em outras aparece mais tímido – a exemplo da ANTT e da Anatel – de forma que, apesar de verificarmos uma tendência de correlação entre a nova lei e o crescimento do uso dos mecanismos, não há materialidade suficiente para apontarmos com exatidão uma causalidade entre ambos os eventos.

Lembramos que devem ser considerados alguns fatores antes de concluída causalidade: I – os dados após a edição da norma coincidem com a crise pandêmica da Covid-19, de forma que verificamos algum acúmulo principalmente no ano de 2021; ainda, a ocorrência da Pandemia por si só pode comportar-se como um fator que exigiu uma maior participação ou maior focalização de esforços por determinadas agências – acreditamos ser uma possível causa para o aumento e posterior diminuição de consultas envolvendo a ANVISA, uma vez que a agência esteve em posição central no combate à pandemia, inclusive envolvida nas polêmicas que envolveram a “CPI da Pandemia”²³ ; II – como nosso recorte tomou um caráter

²³ Para acesso ao relatório final da CPI da Pandemia, indicamos o seguinte link: https://senadofederalmy.sharepoint.com/personal/cpipandemia_arquivos_senado_leg_br/_lay

generalista, tratando da totalidade das agências, passamos ao largo de eventuais outras necessidades ou desafios setoriais²⁴ que tenham surgido durante o período. Renovamos o destaque ao caso da Anvisa, por ser de conhecimento público, todavia, vemos como necessária uma análise pormenorizada e qualitativa de cada agência para que se verifique com exatidão como cada uma delas se comportou durante a implementação do novo marco legal; e III – A base de dados de algumas agências é de qualidade no mínimo questionável, o que em muito foi obstáculo (quando não por si só impediu) uma análise profunda de cada um dos processos, a fim de verificar se houve repetição temática, se teve efeitos ou foi sustada a consulta, entre outras possibilidades. Infelizmente uma análise aberta como a que aplicamos foi insuficiente para vencer essa dificuldade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei n. 13.848/2019 ofereceu um marco geral para as agências reguladoras brasileiras, cobrindo uma já antiga lacuna discutida tanto pela doutrina quanto pelo processo político nacional. Tomando um perfil inicialmente fechado, com um rol taxativo das agências, a lei indica sua expansão com a ulterior qualificação e formação de novas agências reguladoras. O que torna esperado que sua análise seja ampliada em um futuro próximo. De toda sorte, optamos por demonstrar o longo caminho que levaram as discussões legislativas até alcançar-se o resultado presente no texto da norma. O fizemos para: I – demonstrar a coalização de forças para que o projeto fosse levado adiante; II – demonstrar a maturidade do texto.

Enfrentados alguns destaques do texto da nova lei, optamos por recortar dela um aspecto que esteve presente já na exposição de motivos da

outs/15/onedrive.aspx?id=%2Fpersonal%2Fcpipandemia%5Farquivos%5Fsenado%5Fleg%5Fbr%2FDocuments%2FRelat%C3%B3rio%20Final%2FRelatorio%5FFinal%5Faprovado%2Fpdf&parent=%2Fpersonal%2Fcpipandemia%5Farquivos%5Fsenado%5Fleg%5Fbr%2FDocuments%2FRelat%C3%B3rio%20Final&ga=1.

²⁴ Apesar de não fazer parte do resultado desta análise, verificamos – a título de exemplo – que agências como a ANATEL apresentavam um número gritante de casos nos períodos anteriores ao nosso recorte. A isso, parece-nos claro o esforço dela de adequar-se à expansão da rede móvel nacional, assim como anteriormente à própria rede de telefonia tradicional. Portanto a necessidade de insistir em uma análise qualitativa de cada agência, levando em consideração seus desafios históricos.

anterior, primeiro projeto de tentativa legislativa: o risco do insulamento e da captura dos institutos se deixados operando paralelamente ao conhecimento público das matérias veiculadas. O insulamento fechado com os interessados sempre foi um risco e haverá a tendência de sua repetição – é apenas lógico que agentes economicamente direcionados e aqueles que tenham conhecimentos técnicos específicos sejam os envolvidos com matérias mais penosas da regulação de alguns setores – todavia, a lei apresentou mecanismos que consideramos úteis para, não sendo possível evitar tal problema, ao menos apresentar alguma solução.

A tais mecanismos denominamos de “aproximação à democracia direta”, como forma de marcar nosso posicionamento referente a eles, mas poderíamos ter apenas os nomeado como “mecanismos de transparência”, uma vez que esta é sua função essencial. Sendo impossível ou improvável alocar toda a população em uma atividade opinativa sobre todo e qualquer aspecto referente a determinado setor regulado – e tampouco razoável fazê-lo – o ideal é que sejam utilizáveis mecanismos que *convidem* o cidadão a participar e, quando não o faça, que *comuniquem* o que foi dito de forma aberta. A razão aqui é evitar que decisões complexas e economicamente relevantes sejam tratadas junto à “salinha anexa”, onde sabemos que as influências pessoais tomam maior força, levando-as ao auditório público, onde todos são convidados a participar. Ainda, na sua não participação, ao menos os resultados obtidos tanto pela AIR quanto pelos debates ocorridos na Consulta e na Audiência estarão registrados e disponibilizados, garantindo-se que possam ser revistos caso perceba-se algum evento questionável em seu processo.

É inegável a intensa semelhança do modelo adotado aqui com o presente nos institutos do *Administrative Procedure Act*, criado na legislação norte-americana.

Sobre essas razões aprofundamos brevemente os três institutos selecionados, identificando alguma peculiaridade de seu trato no novo marco geral e verificando suas características principais. Feito isso, então, passamos ao derradeiro tema do presente trabalho, identificar o quanto foram alterados tais mecanismos com a redação do novo marco legal. Para isso optamos por uma análise quantitativa de todas as agências nomeadas pela nova Lei, buscando em seus bancos de dados o número de vezes em que se repetiram os três modelos de aproximação democrática antes e após a entrada em vigor da nova norma. Identificamos, a partir desta análise, uma

tendência crescente, ao que nos parece que as agências tomaram os institutos e até como exercício de divisão de responsabilidade com a população, a convocou para fazer parte do processo decisório.

Todavia, não encontramos um padrão visível o suficiente para afirmar a causalidade do efeito em todas as agências pesquisadas. Sobretudo por reconhecer que a entrada em vigor da lei se deu concomitantemente à crise pandêmica que assolou o mundo. O que, naturalmente, impediria a realização de reuniões pessoais de início. Forçando aos órgãos adaptarem-se a reuniões remotas – o que depois poderia inclusive ser fator de aproximação ao facilitar o acesso de pessoas territorialmente distantes das reuniões. De forma que indicamos a necessidade de que a mesma pesquisa seja efetuada individualmente em cada uma das agências, com uma maior abrangência de cada evento em uma análise agora qualitativa. Dessa forma, poderão ser compreendidas peculiaridades setoriais específicas, identificando com maior precisão o que é fruto da necessidade do setor e o que realmente foi readequado pelo novo modelo legislativo.

Recebemos o apelo a uma maior transparência e comunicação direta com o administrado com empolgação. Todavia, parece-nos ainda cedo para apontar se o resultado da Lei Geral será suficiente para aproximar o regulado e se há necessário fomento para que as Agências busquem ampliar esse acesso. Aparentemente vemos movimentos favoráveis, e assim esperamos que o seja. Também, mesmo que a legislação trate de uma ampliação dos mecanismos de aproximação da população às discussões temáticas, não vemos mudança no perfil seletivo dos interessados, tampouco algum efeito que pudesse atrair o público generalizado. Mantendo-se os riscos intrínsecos do sistema de Agências de Regulação, com constante verificação dos fenômenos de *captura* das decisões pelos agentes privados interessados. Ou seja, apesar do prognóstico positivo do novo regime, ele já se verifica incapaz de combater seus *vícios de origem*, próprios do sistema que desintegra o Poder Executivo da sua capacidade de gestão efetiva das escolhas governamentais.

Como brevemente comentado no capítulo segundo, apesar de não profundamente explorado por fugir do escopo deste trabalho, o fenômeno que se acompanhou da desintegração dos mecanismos de defesa da Constituição Econômica caminha lado a lado com a formação desse modelo de Estado Regulador. Desde sua aparição no modelo Norte-Americano, com a função específica de afastar do Poder Executivo medidas criadas nos

esforços do *New Deal*, o Congresso de nosso “vizinho” nortista alijava o Presidente em exercício do acesso às medidas de intervenção sobre mercados, ações sociais, entre as diversas formas que a “Agência” toma corpo lá, deixando-as sobre um corpo restrito de agentes não-eleitos pelo voto direto. Esse corpo, embora apontado por agentes políticos, era blindado de um *popular review*, dada a figura crescente de sua “independência”. Pois bem, tornados independentes do governo eleito, não poderiam jamais ser tornados “independentes” de suas próprias inclinações políticas, afinal, não existe juízo neutro²⁵. Tais agentes, diretores e tomadores de decisões, estão protegidos do desgaste político, mas não da influência pessoal que interesses privados podem manter com a regulação. De fato, temos necessariamente um *déficit*²⁶ democrático sobre a estrutura vital do modelo da Agência Reguladora. Recorte intransponível, mesmo diante das tentativas da nova legislação em ampliar o debate e trazer ele à publicidade da participação coletiva.

De qualquer sorte, transparência é um vetor essencial a uma administração pública séria e que busque cumprir seus ensejos em prol da população, de forma que sua ampliação deve ser celebrada. Insuficiente para resolver as questões estruturais do corpo de regras e instituições administrativas, verdade, mas em uma comparação com o texto diretamente anterior, verifica-se, ao menos, um aceno a uma cultura de *Ágora*, de participação pública. Todavia, de nada adianta o espaço aberto à participação direta na legislação, caso ele não seja devidamente ocupado na realidade. E esse é, inevitavelmente, o cerne da questão.

A promessa de um espaço de discussão, ao que a evidência empírica aponta, manteve-se no papel – em um jogo de palavras com a famosa lição

²⁵ CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *Política econômica, ordenamento jurídico e sistema econômico: a sobrevivência do estado de direito na economia atual*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2019.

²⁶ “Finally, the fact that some agencies are insulated from politics both in their leadership structure and in their policy decisions has important consequences for judicial review of agency policy. Courts give deference to regulatory policy in part out of respect for choices made by officials with a public constituency. ‘The responsibilities for assessing the wisdom of such policy choices and resolving the struggle between competing views of the public interest are not judicial ones: ‘Our Constitutions vests such responsibilities in the political branches’ (Chevron, 467 US at 866 (TVA. V. Hill 1978)) Yet if agencies are design in ways to limit their accountability to both political branches of government, one could question whether such deference is warranted.” (In: LEWIS, David E.; SELIN, Jennifer L. Political Control and the Forms of Agency Independence. *The George Washington Law Review*, vol. 83, n. 4/5, p. 1516. Set. 2015.).

de Ferdinand Lassalle²⁷. Não sendo possível mensurar o nível de participação quantitativo, dada a insuficiência e precariedade dos dados ofertados, tampouco (e pelas mesmas razões) foi possível auferir o nível qualitativo das intervenções, sendo impossível verificar se houve alguma modificação no perfil após a entrada em vigor da legislação citada. Pelo contrário, a tendência verificada na manutenção – ou invariabilidade – do nível de consultas públicas indica que tanto seu número quanto sua qualidade tendem a manter-se nos padrões históricos.

REFERÊNCIAS

AMN – Agência Nacional de Mineração. Participação Social, 2022.

Disponível em: <https://www.gov.br/anm/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/consultas-publicas>. Acesso em: mar. 2022.

ANA – Agência Nacional de Águas. Participação Social, 2022. Disponível em: <https://participacao-social.ana.gov.br/>. Acesso em: mar. 2022.

ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil. Participação Social, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/consultas-publicas>. Acesso em: mar. 2022.

ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações. Participação Social, 2022. Disponível em: <https://sistemas.anatel.gov.br/SACP/Contribuicoes/ListaConsultasContribuicoes.asp?Tipo=1 &Opcao=finalizadas&SISQSmodulo=1445>. Acesso em: mar. 2022.

ANCINE – Agência Nacional do Cinema. Participação Social, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/ancine/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/consulta-publica>. Acesso em: mar. 2022.

ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica. Participação Social, 2022. Disponível em: <https://antigo.aneel.gov.br/web/guest/consultas-publicas>. Acesso em: mar. 2022.

²⁷ LASSALLE, F. *A essência da Constituição*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 1, 2000, pp. 17-18.

ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. Participação Social, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/anp/pt-br/assuntos/consultas-e-audienciaspublicas/consulta-e-audiencia-publica>. Acesso em: mar. 2022.

ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar. Participação Social, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/ans/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-da-sociedade/consultaspublicas>. Acesso em: mar. 2022.

ANTAQ – Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Participação Social, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/antag/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social>. Acesso em: mar. 2022.

ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres. Participação Social, 2022. Disponível em: <https://participantt.antt.gov.br/Site/AudienciaPublica/ConsultarAvisoAudienciaPublica.aspx?t ipo=consultas>. Acesso em: mar. 2022.

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Participação Social, 2022. Disponível em: http://antigo.anvisa.gov.br/consultas-publicas#. Acesso em: mar. 2022.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Considerações Iniciais Sobre a Lei Geral das Agências Reguladoras**. Revista de Direito da Administração Pública. A.5. v.1. n.1, p.7-23. jan./jun. 2020.

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum. 2020.

BRASIL. Decreto nº 10.441, de 30 de junho de 2020. Regulamenta a análise de impacto regulatório. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 2020, n. 124, p. 35-36, 1 jul. 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.411-de-30-de-junhode-2020-264424798>. Acesso em: 9 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras. Brasília: Presidência da República, jun. 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13848.htm. Acesso em: 09/03/2022.

BRASIL. Projeto de Lei nº 3.337, de 12 de abril de 2004. Ministério da Casa Civil da Presidência da República. Brasília. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=248978>. Acesso em: 09/03/2022.

BRASIL. Projeto de Lei nº 52, de 2013. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materiais/-/materia/126426>. Acesso em: 09/03/2022.

CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **Curso Elementar de Direito Econômico**. Porto Alegre: Núria Fabris ed., 2014.

CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **Política econômica, ordenamento jurídico e sistema econômico: a sobrevivência do estado de direito na economia atual**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2019.

CLARK, Giovani; CORRÊA, Leonardo Alves; NASCIMENTO, Samuel Pontes do. **Constituição Econômica bloqueada: impasses e alternativas**. Teresina: EDUFPI, 2020.

COSTA, Hirdan Katarina de Medeiros et al. **Análise da nova lei das Agências Reguladoras no Brasil**. A&C – R. de Dir. Adm. Const. Belo Horizonte, ano 21, n. 85, p. 185-216, jul./set. 2021.

CUÉLLAR, Leila. **Poder Normativo das Agências Reguladoras Norte-Americanas**. In Revista Direito Administrativo: Rio de Janeiro, n. 229, p.153-176, jul./set. 2002.

ENNSER-JEDENASTIK, Laurenz. **Credibility Versus Control: Agency Independence and partisan influence in the regulatory state**. Comparative Political Studies, vol.48. p. 823-853, 2015.

GARNICA, Vitor Gabriel; KEMPFER, Marlene. **O Fenômeno da captura e a independência das Agências Reguladoras no Brasil**. Revista Brasileira de Filosofia do Direito. Belém, v.5, n.2, jun./dez. p.43-60. 2019.

GEHRKE, Thiago. **O Novo Coronelismo: novas facetas da interferência do poder econômico no processo eleitoral**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2023.

GELIS FILHO, Antonio. **Análise comparativa do desenho normativo de instituições reguladoras do presente e do passado**. RAP – Revista de

Administração Pública. vol. 40 n. 4, Rio de Janeiro, jul./ago. p. 589-613. 2006.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 19. Ed. São Paulo: Malheiros. 2018.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **As Agências Reguladoras**. RBDP - Revista Brasileira de Direito Público. Belo Horizonte. Ano 2, n. 4. jan./mar. p. 187-219. 2004.

GUERRA, Sérgio. **Discrecionalidade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. 5ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

JORDÃO, Eduardo; RIBEIRO, Maurício Portugal. **Como desestruturar uma agência reguladora em passos simples**. Revista Estudos Institucionais, vol.3, 1, p.180-209. 2017.

LASSALLE, F. **A essência da Constituição**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 1, 2000.

LEWIS, David E.; SELIN, Jennifer L. **Political Control and the Forms of Agency Independence**. The George Washington Law Review, vol. 83, n. 4/5, p. 1487/1516. Set. 2015.

MAFFINI, Rafael. **Discrecionalidade Administrativa: controle de exercício e controle de atribuição**. RIDB – Revista do Instituto do Direito Brasileiro. Ano 1, n.5. p. 2827-2848. 2012.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Dinâmica da Regulação: estudo de casos da jurisprudência brasileira – a convivência dos tribunais e órgãos de controle com agências reguladoras, autoridade da concorrência e livre iniciativa**. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum. 2021.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. Ed. São Paulo: Malheiros. 2016.

OCDE Análise de Impacto Regulatório (1997): As melhores Práticas nos Países da OCDE, Paris, apud OCDE, Brasil: fortalecendo a governança para o crescimento, Relatório sobre a reforma regulatória, Casa Civil da Presidência da República, 2008.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional**. São Paulo: Editora 34, 1998.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica - Princípios e Fundamentos Jurídicos**. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

SEIFTER, Miriam. **Understanding state agency Independence**. Michigan Law Review, vol.117. n.8, jun., p. 1537-1592, 2019.

SILVA, Tiago Nunes da; OLIVEIRA, Bruno Bastos de; ROSSIGNOLI, Marisa. A Nova Lei das Agências Reguladoras - **Lei n.º 13.848/2019 e a Interface com o Conselho Administrativo de Defesa da Ordem Econômica – (CADE)**. RJLB – Revista Jurídica Luso Brasileira. Ano 7. n.1. p. 1263-1291. 2021.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 6.ed. São Paulo: LTr. 2005.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Estudos de Direito Econômico, vol. 3**. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito UFMG, 2000.

SUNSTEIN, Cass R. **Nudges Vs. Shoves**. Harvard Law Review Forum. Vol. 127:210. p. 210- 217. 2014.

VILELA, Danilo Vieira. **A nova lei geral para as agências reguladoras no Brasil – Lei n.º 13.848/2019**. Revista do Direito Público, Londrina, v. 15, n.2, p.91-115, ago. 2020.



Este trabalho possui uma Licença *Creative Commons - Atribuição 4.0 Internacional*.

Como citar este artigo (ABNT)

GEHRKE, Thiago. A Lei n. 13.848/19 como “Aproximação” à Democracia Direta? Histórico, Mecanismos e Evidências Empíricas. *Revista Semestral de Direito Econômico*, Porto Alegre, v. 02, n. 02, e2205, jul./dez. 2022. <https://doi.org/10.51696/resede.e2205>

Recebimento: 16/04/2024

Avaliação preliminar: 20/04/2024

Aprovação: 07/07/2024

Retorno de correções: 17/09/2024



**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO ECONÔMICO**

OS IMPACTOS DOS CRIMES TRIBUTÁRIOS NO BRASIL (2010-2020)

THE IMPACTS OF TAX CRIMES IN BRAZIL (2010-2020)

Alexandre Favaro Lucchesi  

Doutor em Ciências Econômicas na Unicamp com a defesa da tese Integração financeira e a regulação bancária na zona do euro no período 1999-2016, Economista e Professor MEP-I nas Faculdades Metropolitanas Unidas em São Paulo (SP).

E-mail: alexandre.lucchesi@fmu.br

Elisa Barreto da Rocha

Bacharela em Ciências Econômicas, assistente administrativa.

E-mail: elisabarreto04@gmail.com

Resumo: O principal objetivo deste artigo é realizar uma abordagem sobre os crimes tributários e relacioná-los aos motivos pelos quais as pessoas são induzidas a cometer esses delitos. Situações em que se aproveitam da fragilidade do próximo, para que assim possam conquistar seus interesses de forma ilegal. Dentro deste artigo serão incluídos alguns pontos relevantes como: o aumento dos crimes em momentos de crises econômicas, as possíveis variações negativas sob a desigualdade social no Brasil que podem ser causadas pelos crimes tributários e algumas sugestões metodológicas a fim de evitá-los. Também serão mencionadas as punições para cada crime. Referente à metodologia, utilizaremos dois tipos de pesquisa, descritiva e explicativa, com a observação quantitativa, pois será tratado sobre a realidade. Há, por natureza, um modelo de pesquisa exploratório no qual serão levantados os dados referentes ao aumento dos crimes, em quais tipos de ocasiões são identificados e o comportamento dos indivíduos. Para fundamentar a pesquisa, dois pensadores econômicos serão utilizados, sendo a primeira visão do filósofo Adam Smith sobre a Teoria dos Sentimentos Morais, e a segunda do economista Thomas Piketty referente ao capitalismo do século XXI. Ambas as abordagens buscam explicar o comportamento individualista das pessoas perante o capital e como suas atitudes podem variar para alcançar suas metas. Como conclusão, buscou-se demonstrar a relação comportamental dos indivíduos perante determinada situação de fragilidade da sociedade e alguns acabam por se aproveitar disso, deixando de lado o bem-estar coletivo e priorizando o próprio.

Palavras-chave: Crimes Tributários; egoísmo; desequilíbrio socioeconômico; crises econômicas.

Abstract: The main objective of this article is to approach tax crimes and relate them to the reasons why people are induced to commit these crimes. Situations in which they take advantage of the fragility of others, so that they can achieve their interests illegally. This article will include some relevant points such as: the increase in crimes in times of economic crises, the possible negative variations in social inequality in Brazil that can be caused by tax crimes and some methodological suggestions in order to avoid them. The punishments for each crime will also be mentioned. Regarding the methodology, we will use two types of research, descriptive and explanatory, with quantitative observation, as it will be about reality. There is,

by nature, an exploratory research model in which data will be collected regarding the increase in crimes, in which types of occasions are identified and the behavior of individuals. To support the research, two economic thinkers will be used, the first being the philosopher Adam Smith's vision on the Theory of Moral Sentiments, and the second being the economist Thomas Piketty's vision regarding 21st century capitalism. Both approaches seek to explain people's individualistic behavior towards capital and how their attitudes can vary to achieve their goals. As a conclusion, we sought to demonstrate the behavioral relationship of individuals in a given situation of fragility in society and some end up taking advantage of this, leaving aside collective well-being and prioritizing their own.

Keywords: Tax Crimes; selfishness; socioeconomic imbalance; economic crises.

Sumário: Introdução. 1 Teorias econômicas. 1.1 Teoria dos sentimentos morais. 1.2 O capital no século XXI. 1.3 Correlação entre a moral e o capital. 2 Exploração do cenário econômico. 2.1 Análise do índice de desigualdade social. 2.2 Incidência criminológica tributária demográfica do Brasil. 2.3 Impacto dos crimes tributários no crescimento do Brasil. 2.4 Análise da recessão. 2.5 Considerações sobre os resultados. Considerações finais. Referências.

Introdução

O objetivo principal deste artigo¹ é demonstrar a relação causal entre os crimes tributários no Brasil e algumas variáveis sociais, econômicas e comportamentais. Evidenciando algumas variáveis que podem ultrapassar os limites éticos, morais e legais para que os indivíduos possam alcançar seus objetivos. Perante a essas atitudes, será demonstrado como muitas pessoas se aproveitam de momentos frágeis na sociedade, como situações de crises econômicas, isso pode acarretar um aumento no índice de desigualdade social, o que acaba gerando um ambiente mais propício para crimes tributários.

Haverá uma correlação entre duas teorias econômicas, uma delas será a Teoria dos sentimentos morais (1999) do filósofo e economista Adam Smith, além do conceito sobre o Capital no Século XXI (2013) escrito pelo também economista Thomas Piketty. O intuito é demonstrar a conexão social e econômica dessas teorias com o conceito de crimes tributários

A teoria *smithiana* será explorada para conceituar os sentimentos morais e demonstrar as divergências e convergências entre o conceito liberal clássico, e os contemporâneos da economia. A teoria e visão do economista

¹ O presente artigo tem como base os elementos utilizados Rocha, Miranda e Izidoro (2020), intitulado como “Os impactos dos crimes tributários no Brasil”.

Thomas Piketty, conceitua que ao passar dos anos houve um aumento de desigualdade social, pois cada vez mais as riquezas estão concentradas em uma pequena parcela da população. Isso demonstra como as pessoas priorizam seus interesses de forma individualistas e, além disso, o economista realiza uma sugestão em sua teoria, na qual, o sistema de recolhimento e distribuição da carga tributária deveria ser revista, com o intuito de reformular e otimizar como um recurso de controle, a fim de reduzir essa desigualdade social.

O Brasil é o país que mais possui impostos dentro da América Latina. Com esta alta carga tributária interna, os números de novos crimes tributários vêm aumentando cada vez mais. Se houvesse a simplificação tributária, que é a criação de um imposto único, auxiliaria na redução destes crimes. Funcionária da seguinte forma: a cobrança de um imposto único sobre produtos e serviços baseados no que foi agregado em um determinado serviço, que é a diferença sobre o custo e o lucro que eles têm.

O crime tributário também está ligado com a corrupção no país, no qual alguns indivíduos acabam prezando apenas seu bem-estar, sem considerar as consequências geradas. Para isso a fiscalização do país deve ser realizada de forma mais rígida e efetiva, impedindo até que indivíduos com esse perfil não possam tomar posse de cargos legislativos, pois devido a essas ações a economia sofre um forte declínio.

Ao longo dos anos, a problemática de crimes tributários tem-se tornado cada vez mais presente no Brasil. Sejam eles de pequenas ou grandes proporções, abrangendo desde um indivíduo sonegando impostos até um contrabando de grandes cargas. Sendo que ambos os crimes possuem o mesmo intuito de acúmulo de capital de forma ilícita. Com isso, será analisada a teoria de Adam Smith para demonstrar como as pessoas colocam seus interesses individuais acima do coletivo e acabam por cometer atos criminosos, a fim de captar cada vez mais riquezas, sem considerar que os atos realizados poderiam ferir as condutas de ética e moral, causando grandes transtornos sociais.

Dessa forma, a empatia e visão coletiva da sociedade são essenciais para garantir o bem-estar geral. A fim de evitar que algumas pessoas se aproveitem de momentos de fragilidade para cometer crimes fiscais, deixando seus instintos individualistas um pouco de lado, para que todos possam usufruir de forma igualitária, do crescimento e desenvolvimento do país.

Além disso serão observados e analisados alguns dados que colaborem com a interpretação das variações causadas principalmente no Índice de Gini em função dos crimes tributários no Brasil.

1 Teorias econômicas

O objetivo do tributo é arrecadar recursos financeiros para o Estado a fim financiar serviços públicos para toda a população em forma de benefícios e investimentos. Na linha de raciocínio do doutor em direito tributário Hugo de Brito Machado (2004) é visto que no mundo moderno o tributo é utilizado com o intuito de interferir na economia privada, estimulando atividades e setores econômicos ou regiões, fazendo com que seja desestimulado o consumo de certos bens e produzindo os efeitos mais diversos.

Os tributos são cobranças obrigatórias, sendo eliminada a opção de “não efetuar tal pagamento”, devem ser realizados os pagamentos apenas através de dinheiro, excluindo a hipótese de saldar através de bens materiais. Além disso, os tributos podem ser diretos, quando os contribuintes pagam a contribuição, por exemplo, imposto de renda, ou de forma indireta, quando incidem sobre o preço final de mercadorias e serviços. Desta forma é definido que no Brasil a única forma de pagar seus tributos é através da moeda, sendo descartada qualquer forma de tributo em natureza, ou seja, o contribuinte não pode quitar seu tributo por ato de realizar serviços públicos.

Mediante a complexidade da carga tributária no Brasil, foram elaboradas medidas a fim de otimizar e minimizar os impactos na renda da população. Perante o fisco existem os seguintes conceitos para a tributação brasileira, a elisão, evasão e elusão.

Em todas as sociedades existem punições, pois tem um gerenciamento de castigos. Dependendo da cultura que a sociedade adota, os costumes, tradições, rituais, levam todos ao mesmo ideal, que é punir o infrator². De acordo com o que vivemos é possível afirmar que ordens maiores, nas quais, são atribuídos o poder, são capazes de punir aqueles que agem contra à

² Com base na crítica do jurista Luigi Ferrajoli, em *Crisis del sistema político y jurisdicción: la naturaleza de la crisis italiana y el rol de la magistratura*. In: *Pena y Estado*, Buenos Aires, 1995, ele questionava sobre “por que pune?” e “por que se pode punir?”

sociedade, prejudicando os demais. Outra resposta coerente para essas perguntas é comprovada por meio da História, da Antropologia e da Sociologia.

Através da modernidade, é explicado a construção social do poder do Estado através da legitimação e monopolização do uso da força física comparado a outros poderes (WEBER,1976) o que lhe permitiria utilizar tal poder para executar a política penal que está ligado ao monopólio de ditar a lei e a tributação. Ainda no pensamento do economista Max Weber, é dito que uma associação de domínio que consegue se institucionalizar porque monopoliza o uso da força física, aparecendo como resultado de um processo de pacificação, contribui para a passagem de uma sociedade guerreira para uma sociedade de “soberania”.

O Estado moderno é considerado tal qual uma associação que no interior de um território teve sucesso em monopolizar a coação física. Conseguindo, então, tornar legítima como um instrumento de dominação e concentrá-la nas mãos de dirigentes através dos materiais de exploração fazendo com que fosse dado o lugar no topo supremo, e sendo assim, é um resultado histórico. Neste Estado, as forças sociais que questionam a legitimidade para ditar as leis em benefício comum, quer seja, o que é certo e o que é errado, o que é justo e o que é injusto, buscam leis com o caráter mais ético possível. O principal problema encontrado diz respeito aos desejos e interesses dos indivíduos. É um problema de interpretação que até os dias de hoje continua sendo discutido.

De acordo com a teoria política de Thomas Hobbes³, pode-se punir caso tenha poder para isso. O que implica, também, o poder de não punir. Este privilégio é construído de forma institucional e deve ser aceito pelos cidadãos. O Estado poderia considerar que a punição é um resultado e não uma causa, uma vez que gerava problema quando o soberano afirmava encarnar em suas decisões a vontade de Deus.

1.1 Teoria dos sentimentos morais

³ Autor inglês do livro *Leviatã*. Suas teorias políticas, bem como o questionamento das regras sociais aos seus monarcas, lhe renderam diversos inimigos e até seguidores (inclusive nos dias de hoje). A obra foi publicada em 1651.

Os crimes tributários no Brasil possuem algumas relações de causalidades que englobam características comportamentais e morais, um sistema tributário de alta complexidade, além de uma distribuição de renda desequilibrada que pode gerar um agravamento no desenvolvimento social. Será possível fundamentar uma das relações causais dos crimes tributários com as questões morais dos seres humanos, sendo assim é plausível utilizar uma teoria do filósofo e economista clássico Adam Smith. Em meados de 1759 o economista publicou a *“Teoria dos sentimentos morais”*. Smith procura analisar de forma crítica a natureza humana e a moral, com a intenção de entender a motivação pela qual as pessoas atuam na sociedade. O objetivo do economista era aplicar a metodologia Newtoniana, pelo fato do astrônomo utilizar em equilíbrio a filosofia natural e a filosofia moral.

(...) que podemos chamar de método newtoniano, é sem dúvida o mais filosófico e em cada ciência, quer se trate da moral ou da filosofia natural etc., é imensamente mais engenhoso e, por esse motivo, mais atraente que o outro. Dá-nos satisfação ver os fenômenos que considerávamos os mais inexplicáveis, deduzidos todos de algum princípio (normalmente um princípio bem conhecido) e unidos todos em uma cadeia; uma satisfação muito superior à que sentimos em relação ao método desconexo, onde tudo é explicado por si só sem qualquer referência aos demais. (CERQUEIRA, 2006, *apud* LRBL ii.133-134).

Os pensamentos de Smith foram fortemente influenciados pelo filósofo David Hume. Para Hume havia uma ligação entre moral e natureza, que se basearia na teoria em que os princípios do raciocínio humano, tem origem e características da natureza do próprio ser humano (CONTE, 2006). Dessa forma o filósofo aprofundou seus estudos para demonstrar como o juízo moral sobre a própria conduta do indivíduo é influenciada, através do seu julgamento realizado da conduta alheia. Desta maneira alguns indivíduos acabam tomando por coerente para sua vida as atitudes observadas, podendo ser positivas ou negativas. Smith demonstrou como o amor próprio em diversos casos se aproxima do egoísmo. Os conceitos *smithianos* são levantados a fim de demonstrar as concepções morais e sentimentais, que podem levar um indivíduo a cometer atos ilegais, como exemplo os crimes tributários.

Smith era defensor de um movimento intelectual de sua época, o iluminismo, que teve seu maior ápice no século XVIII. Teve início na Europa e por meio de publicações contrabandeadas chegou ao Brasil.

Esse movimento já demonstrava características individualistas por considerar o homem como um ser independente da sociedade e do Estado. Com o passar dos anos a preocupação principal seria a legitimação do poder político do homem sobre o próprio homem, no qual as pessoas elevaram suas vontades e desejos acima de tudo para alcançar seus objetivos. As pessoas aos poucos perdem o senso moral, onde se vê necessário analisar todas as possibilidades para que uma ação seja tomada sem afetar terceiros de forma negativa.

Além desses dois grupos opostos de paixões, as sociáveis e as insociáveis, existe um outro que ocupa uma espécie de posição intermediária entre eles; nunca é tão gracioso quanto às vezes é o primeiro grupo, nem tão odioso quanto às vezes é o segundo. Dor e alegria, quando concebidas de acordo com a nossa boa ou má fortuna particular, constituem esse terceiro grupo de paixões. Mesmo quando excessivas, nunca são tão desagradáveis quanto o excessivo ressentimento (...) (SMITH, 1999, p. 46).

1.2 O capital no século XXI

O sistema tributário brasileiro se supera cada vez mais com relação a sua complexidade. Consequentemente os crimes tributários tomam maiores proporções com o passar dos anos, pois o impacto da tributação incide com maior relevância na parcela da população que possui baixa renda. Para fundamentar este argumento será analisada a visão ideológica do economista francês Thomas Piketty.

O estudioso possui algumas influências filosóficas clássicas como a do também economista e filósofo Adam Smith. O economista lançou em 2013 na França⁴, uma obra com enfoque na má distribuição de riquezas e desigualdade socioeconômica intitulada de *O Capital no século XXI*, a obra chegou no Brasil em meados de 2014. Essa composição será explorada com

⁴ Informações disponibilizadas pelo Portal FAMOUS ECONOMISTS. Disponível em: <https://www.famouseconomists.net/thomas-piketty>.

o intuito de demonstrar como uma das possíveis relações causais para os crimes tributários no Brasil, pode estar vinculada com a irregular distribuição de renda e como isso pode ser um agravante para a desigualdade social nacional.

A desigualdade social é um problema mundial, alguns países possuem uma incidência menor, já outros, como é o caso do Brasil, possuem um alto índice de desequilíbrio socioeconômico. O índice que permite avaliar o grau de desigualdade social nos países seria o Índice de GINI.

Segundo a editora e a jornalista do IPEA Andrea Wolffenbuttel (2004. Ano 1. Edição 4), “O Índice de Gini, criado pelo matemático italiano Conrado Gini, é um instrumento para medir o grau de concentração de renda em determinado grupo. Ele aponta a diferença entre os rendimentos dos mais pobres e dos mais ricos. Numericamente, varia de zero a um (alguns apresentam de zero a cem). O valor zero representa a situação de igualdade, ou seja, todos têm a mesma renda. O valor um (ou cem) está no extremo oposto, isto é, uma só pessoa detém toda a riqueza. Na prática, o Índice de Gini costuma comparar os 20% mais pobres com os 20% mais ricos.

Esse conjunto de problemas levantados podem gerar um atraso no crescimento e desenvolvimento social do Brasil, na obra do economista Thomas Piketty, essas questões são ressaltadas com ênfase.

Com um crescimento fraco, seria também bastante plausível que as taxas de retorno do capital ultrapassassem a taxa de crescimento, condição que, como discutimos na Introdução, é a principal força que impulsiona uma intensa desigualdade na distribuição da riqueza no longo prazo. (PIKETTY, 2014, p. 106).

Segundo o Relatório de Desenvolvimento Humano divulgado pela ONU, no ano de 2019 o Brasil foi considerado o segundo país com maior concentração de renda ao redor do mundo. Além disso, é possível analisar que 1% da população brasileira correspondem aos mais ricos, que concentram 28,3% da renda total do país. O relatório publicado pela ONU também demonstrou o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), onde o

Brasil ficou na 79ª posição com IDH de 0,761, considerando que o índice varia de 0 a 1, onde 1 é o país mais desenvolvido¹³.

Quando os empresários, administradores recolhem as chamadas contribuições sociais dos salários e não realizam o repasse as entidades competentes, provocam ao longo prazo um grande problema social, pois esta arrecadação seria para subsidiar a seguridade social nacional, como pensões, aposentadoria, seguros desemprego, etc. (PIKETTY, 2014, p. 613).

1.3 Correlação entre a moral e o capital

Diante da problemática enfrentada no Brasil com relação aos crimes tributários, foi possível utilizar a visão de dois economistas com alguns conceitos diferentes. Um economista liberal clássico e já outro autor mais contemporâneo, com ideias contrárias ao liberalismo. Ambos, de forma indireta possuem pontos em comum que podem demonstrar algumas relações causais entre os crimes tributários e a desigualdade social, são eles Adam Smith e Thomas Piketty. As teorias dos economistas permitem estabelecer causas morais e sentimentais, pela concentração de renda e desigualdade social como alguns agentes causadores dos crimes tributários.

O individualismo é algo que cresce cada vez mais no Brasil. Nos últimos anos, com os avanços tecnológicos em constante evolução, os indivíduos são induzidos a gastar mais tempo em atividades solitárias como computadores, celulares, dentre outros. Por mais que a reputação da população brasileira seja outra, as pessoas estão dispostas a fazer qualquer coisa em busca de seus objetivos. Sem considerar as consequências que essas ações podem causar. Adam Smith é conhecido na história como o “pai” do liberalismo, pelo fato de defender fielmente essa ideologia e pela elaboração de teorias reconhecidas mundialmente. Essa filosofia política e moral possui influências do iluminismo. Um dos principais fundamentos deste conceito seria o indivíduo ter autonomia para tomar decisões econômicas evitando ao máximo a intervenção estatal, garantindo que as pessoas não sofram com o autoritarismo. Ainda assim, o Estado tem o direito de interferir nessas relações quando as pessoas atentam contra a ordem vigente. Dessa forma, mesmo sendo liberal, o economista realiza críticas sociais. Por mais que Smith entendesse que o egoísmo era interessante para

a sociedade, até um certo ponto, as pessoas com o passar dos anos, deixaram esses conceitos individualistas sobressaírem a todo e qualquer sentimento de moralidade. As sensações de poder e liberdade começaram a extrapolar os limites e causam grandes adversidades sociais.

Um dos conceitos centrais, levantados por Smith em sua obra, seria o egoísmo. As pessoas movidas por interesses pessoais, de certa forma, auxiliam a sociedade indiretamente. Por exemplo, uma pessoa não sai para trabalhar motivada cem por cento por amor ao que faz, mas também pela necessidade de remuneração para sobrevivência e bem-estar. Contudo, quando as pessoas extrapolem os limites e comecem a praticar atos ilícitos que prejudicam terceiros a situação muda. O que era algo controlável que ainda conseguia movimentar a economia, passa a englobar atividades incontroláveis com consequências negativas para toda população e país.

As pessoas de baixa renda são as maiores afetadas no Brasil pela má distribuição dos tributos. O índice de tributos indiretos acaba comprometendo quase metade do salário dos brasileiros, porém essas contribuições recolhidas não são repassadas fielmente para melhoria dos serviços públicos. Segundo Piketty isso traz uma regressividade forte para a situação socioeconômica do país. A concentração de riquezas no topo da pirâmide social no Brasil é alta e isso traz um ressentimento na população de baixa e média rentabilidade. Alguns sentem insubordinação em razão das “regalias” que alguns possuem e outros não. Também é gerado um sentimento de inveja, onde algumas pessoas gostariam de obter um estilo de vida tão agradável quanto a parcela dos mais ricos.

O relativo consenso em torno do Estado fiscal e social, já frágil pelo baixo crescimento, encontra-se enfraquecido, sobretudo nas classes médias, que naturalmente têm dificuldade em aceitar pagar mais do que as classes mais elevadas. Essa evolução favorece o aumento do individualismo e do egoísmo: uma vez que o sistema em seu conjunto é injusto, por que continuar a pagar pelos outros? Por isso é vital para o Estado social moderno que o sistema fiscal que o mantém conserve um mínimo de progressividade ou, pelo menos, não se torne nitidamente regressivo no topo. (PIKETTY, 2014, p. 615/616).

Quando os indivíduos se deparam com um sistema tributário heterogêneo como o brasileiro, que acaba favorecendo a parcela dos mais

ricos, os demais acabam criando um sentimento de indignação. Começam a desacreditar nas ações tomadas pelos governantes. Desta forma as pessoas começam a tomar algumas atitudes em referência a essas desigualdades geradas, cada um movido por um sentimento em particular. Alguns acabam cometendo crimes tributários com sentimento de incapacidade, por não obter recursos o suficiente para arcar com suas obrigações. Outros agem em forma de indignação, por achar um absurdo a falta de meritocracia no país, ao cobrir uma parcela da população e descobrir a outra parte que possui extremas necessidades. Já outros indivíduos agem de má fé, com sentimentos gananciosos e egoístas, onde buscam cada vez mais o acúmulo de capital, sem ao menos considerar as consequências que podem ser causadas a sociedade.

As teorias de Smith e Piketty unidas abrangem assuntos profundos para reflexão social, nos casos onde as pessoas ignoram a moralidade e começam absorver apenas sentimentos negativos, sem ao menos levar em conta as complicações que podem ser geradas a sociedade em geral. Haverá, por exemplo, cada vez menos infraestrutura na saúde pública, menos hospitais, menos investimentos em tratamentos que resultam em um aumento significativo de óbitos; além da falta de investimento na área da educação, que é um dos pilares principais de uma sociedade bem desenvolvida. Uma boa educação consegue minimizar cada vez mais as discrepâncias sociais, pois o conhecimento é uma das maiores riquezas que um indivíduo pode ter, segundo Piketty (2014) “as economias mais pobres diminuem o atraso em relação às mais ricas na medida em que conseguem alcançar o mesmo nível de conhecimento tecnológico, de qualificação da mão de obra, de educação, e não ao se tornarem propriedade dos mais ricos.”

Outra problemática a ser considerada seria a falta de organização por parte dos governantes. No caso do Brasil são pessoas escolhidas pela população de forma democrática para reassentarem e ordenarem as riquezas nacionais, tomar atitudes que visam o bem estar de todos os brasileiros, sem distinções, buscando o equilíbrio entre as necessidades individuais e o que seria necessário para o equilíbrio coletivo, planejando sempre de forma ética e moral.

A última problemática a ser abordada pelos economistas, que engloba e possui causalidade com as outras, seria a má fé. Ela traz ao indivíduo um sentimento egoísta, ganancioso, faz o ser humano se tornar corruptível, passando por cima de toda a moral e bom costume. Isso faz com que as

peessoas tomem atitudes que podem trazer malefícios a terceiros de forma consciente, não se abalam em perceber que outras pessoas estão sofrendo de certa forma com a suas ações, não se importam em retirar o bem-estar do próximo, nem levam em conta que suas próprias ações, a longo prazo, podem trazer consequências a si mesmo.

Toda essa ideologia socioeconômica é defendida por Smith e Piketty de formas distintas, porém com a mesma essência. Smith demonstra como as pessoas precisam se livrar dos sentimentos maléficicos. Devem parar de agir de forma racionalmente e exageradamente egoísta. As pessoas precisam desenvolver o espírito empático, analisando todas as atitudes e ações que serão tomadas, considerando que não trará consequências negativas a ninguém. O filósofo é a favor do capitalismo *laissez-faire*⁵, alegando que as pessoas precisam seguir seus objetivos. Defende o conceito da “mão invisível” onde o mercado se auto regularia com a necessidade de oferta e demanda, porém com limites, em casos onde as pessoas ultrapassam os limites morais e ferem a sociedade, os governantes executariam boas políticas econômicas visando o benefício social.

Já Piketty é um economista a favor de um maior intervencionismo estatal. Em um trecho de seu livro, ele menciona a importância de tratar os eventos sociais e as pessoas de forma mais cautelosa. Observar, absorver as necessidades e entender melhor os impactos que uma ação pode gerar. Em específico, o francês sugere que os governantes olhem com mais atenção para sua nação. Eles são figuras respeitadas e têm o dever de organizar junto aos cidadãos um país mais harmônico, equilibrado, onde haja o mínimo de impactos negativos possíveis e as desigualdades sejam quase nulas.

Para regular o capitalismo patrimonial globalizado do século XXI, não basta repensar o modelo fiscal e social do século XX e adaptá-lo ao mundo de hoje. Uma reatualização adequada do programa social-democrata e fiscal-liberal do século passado é indispensável (...). (PIKETTY, 2014, p. 637).

⁵ A expressão *laissez-faire* significa “deixar fazer”, e representa uma das principais ideias da economia liberal. O modelo econômico defende que o Estado deve garantir apenas as condições adequadas, como o direito à propriedade. O restante deve se desenvolver de forma natural. Explicação realizada por Tiago Reis em 29 de julho de 2019, no Portal Suno.

Outro exemplo a ser destacado seria a densa camada de funcionários públicos que o país possui. O egoísmo movimenta os interesses no Brasil e dessa forma o país não se desenvolve. De acordo com Adam Smith "A riqueza de uma nação se mede pela riqueza do povo e não pela riqueza dos príncipes."

A população brasileira ainda sofre muito com a assimetria de informações, em todos os setores do país, seja econômico, social ou político. A transparência nas informações, projetos, planejamentos, todas as medidas públicas, devem ser expostas de forma clara e concisa, para que toda a população tenha acesso e possa compreender e opinar quando achar-se necessário.

Após toda análise sobre os crimes tributários, fica claro que o sistema tributário é complexo e consequentemente falho, assim como o egoísmo que também toma conta dos indivíduos cada vez mais. Para melhorias no país são necessárias primeiramente, a evolução dos indivíduos, compreendendo a forma íntegra de "ser humano". Segundo Adam Smith "Nenhuma nação pode florescer e ser feliz enquanto grande parte de seus membros for formada de pobres e miseráveis".

2 Exploração do cenário econômico

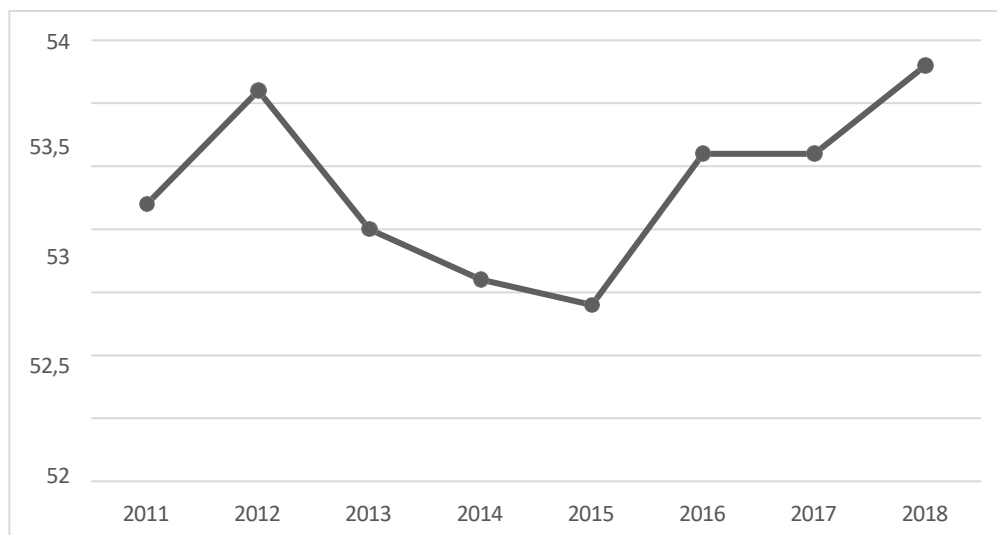
2.1 Análise do índice de desigualdade social

A análise dos dados foi realizada durante o período de 2011 a 2018, pois seria um período no qual o índice de desigualdade social sofreu uma piora junto ao IPC, daí seria possível relacionar esses índices com a possível variação causal dos crimes tributários.

Segundo os dados publicados pelas pesquisas realizadas pelo Banco Mundial (The World Bank) sobre o índice GINI (quanto mais próximo de 100 pontos, maior o índice de desigualdade social do país), o Brasil entre o período de 2016 e 2018 apresenta um crescimento significativo na pontuação sobre o desequilíbrio social, pela significância do instrumento, este crescimento do Brasil no índice não apresenta algo positivo, pelo

contrário, isso demonstra como o equilíbrio socioeconômico está cada vez discrepante.

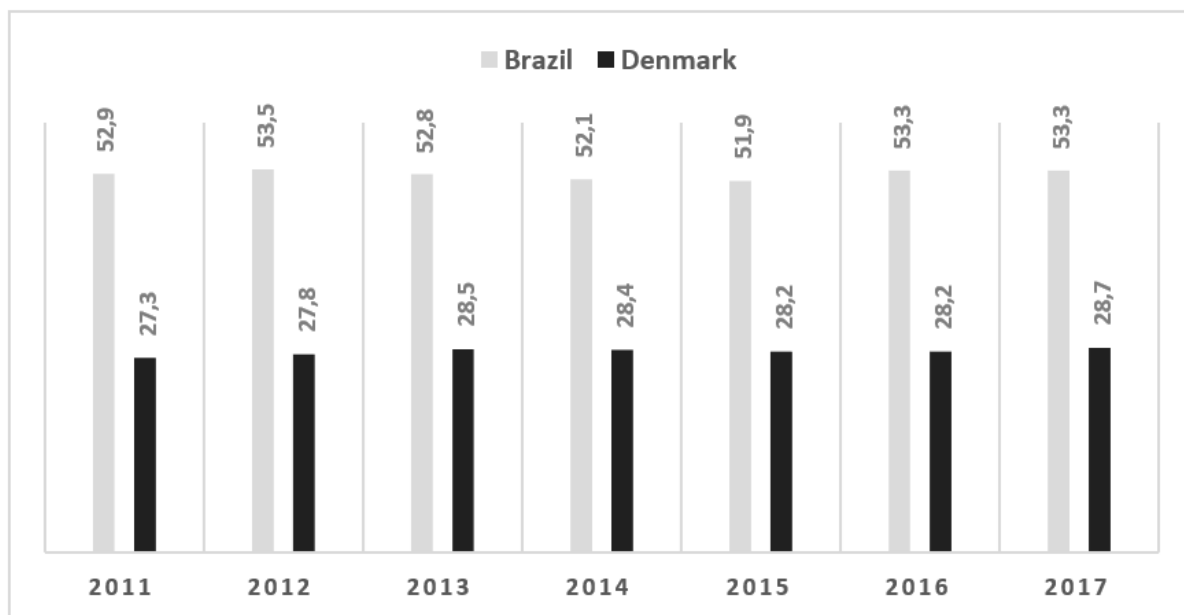
Gráfico 2.1: Evolução do índice de GINI no Brasil (2011-2018)



Fonte: Elaboração própria, a partir dos dados disponibilizados no site do The World Bank

A tributação no Brasil não seria um grande problema se fosse bem planejada, bem distribuída e bem realocada no país. Em comparação exemplar é possível citar a Dinamarca, um país que é conhecido por ter salários elevados e sua sublimidade em serviços públicos, na segurança, saúde e educação, todos são financiados pelos tributos. A Dinamarca não possui um índice tributável baixo, porém é bem distribuído, o seu índice de GINI é um dos menores ao redor do mundo ainda mais quando é comparado com o Brasil.

Gráfico 2.2: Correlação entre o índice de GINI do Brasil com o da Dinamarca (2011-2017).



Fonte: Elaboração própria, a partir dos dados disponibilizados no site do The World Bank

No Brasil, em grande maioria, a tributação é realizada de forma indireta (Impostos sobre produtos e serviços). Já na Dinamarca, os impostos, na maioria são pagos de forma direta. Esse planejamento dinamarquês demonstra como a tributação elevada, acompanhada de uma organização igualitária a renda dos habitantes é equilibrada e justificável, segundo Laila Hansen (2019) “Na Dinamarca, uma pessoa pode chegar a pagar 55,9% do salário em imposto de renda. No Brasil esse valor é de no máximo 27,5%. (...), enquanto 35% dos impostos vem dos produtos”. Por mais que, mais da metade dos salários dos dinamarqueses são recolhidas pelo governo em forma de tributos, essa renda é realocada para o bem-estar de toda a população, deixando os serviços públicos com uma qualidade cada vez mais elevada.

A Dinamarca possui apenas um imposto indireto. O MOMS – *merværdiafgift* – ou Imposto de Valor Agregado. Já no Brasil há mais de 4 tipos de impostos indiretos como o PIS, COFINS, ISS, ICMS, entre outros. Essa correlação entre os dois países deixa claro que é possível haver uma carga tributária mais elevada. Quando bem planejada pode trazer o país para um patamar alteroso, de um país emergente para um país desenvolvido. A incidência de impostos indiretos, sendo maiores que os diretos, afetam muito mais a população carente do país, como é o caso do Brasil. Isso causa um

efeito regressivo na economia nacional, pois incidem em alguns produtos e serviços essenciais para a sua sobrevivência, ao contrário dos diretos, que incidem sobre fontes de renda lucro, salários, dentre outros.

Tabela 2.1: Correlação entre a tributação e o valor médio dos produtos essenciais brasileiros em 2018

Produto	Valor médio	MÉDIO VALOR TRIBUTADO EM %
Carne	R\$ 18,33	8,11%
Leite	R\$ 2,86	20,11%
Feijão	R\$ 3,19	11,47%
Arroz	R\$ 2,42	11,47%
Farinha	R\$ 3,32	31,45%
Batata	R\$ 1,59	31,45%
Tomate	R\$ 2,99	20,11%
Pão	R\$ 8,40	22,81%
Café	R\$ 7,10	20,11%
Banana	R\$ 3,53	20,11%
Açúcar	R\$ 1,81	34,12%
Óleo	R\$ 2,93	31,45%
Manteiga	R\$ 5,57	31,45%

Fonte: Elaboração própria, a partir dos dados obtidos no IBPT (Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário, 2018).

Os produtos listados na tabela 2.1 representam algumas mercadorias consideradas de extrema necessidade para o consumo dos brasileiros, principalmente nesses itens mencionados o ideal seria uma isenção tributária, para manter os preços acessíveis, possibilitando que as pessoas de diferentes classes sociais possam ter acesso ao menos a uma alimentação básica.

Há também uma insatisfação sobre a classe média no Brasil, pois consideram uma disparidade na alíquota de IRPF que seria 27,5% para rendas acima de R\$4.664,68, isso demonstra que algumas pessoas que possuem uma rentabilidade de cinco salários mínimos, recebe a mesma incidência de IRPF que uma pessoa com a rentabilidade de cinquenta salários mínimos.

Eles indicam, na realidade, que a utilização de taxas confiscatórias no topo da hierarquia das rendas é não somente possível, mas ainda a única maneira de conter os grandes aumentos de salários observados no topo das grandes empresas. Segundo nossas estimativas, o nível ótimo da taxa superior nos países desenvolvidos seria superior a 80%. (PIKETTY, 2014, p. 634).

Essa atribuição de imposto de renda pode ser proporcional, porém não é equilibrada em um contexto geral, já que uma boa parte das pessoas que pertencem a parcela mais rica do Brasil, possuem heranças, em diversos tipos, desde móveis ou imóveis, bens tangíveis e não tangíveis. Há uma incidência tributária sobre heranças, porém menor que a tributação incidente sobre o imposto de renda. (PIKETTY, 2014, p. 616). Segundo uma publicação realizada pelo portal do Terraço Econômico (2019), “no Brasil, o ITCMD (Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação) tem alíquota média de 3,86% e máxima de 8%. O imposto sobre heranças é diferente em cada Unidade Federal. O estado da Bahia apresenta maior alíquota média (6%) e o Rio Grande do Norte menor (1,5%).”⁶

Quando taxamos uma fatia de rendas ou heranças a um valor da ordem de 70-80%, fica bem evidente que o objetivo principal não é elevar as receitas fiscais (e, na realidade, essas fatias nunca geram muita coisa). No fim das contas, trata-se de acabar com esse tipo de renda ou de patrimônio, julgados pelo legislador como socialmente excessivos e estéreis para a economia, ou no mínimo de tornar muito custoso mantê-lo em tal nível a fim de desencorajar fortemente sua perpetuação. (PIKETTY, 2014, p. 627).

Na tabela 2.2 é possível analisar de forma mais clara a desproporcionalidade na taxação sobre as heranças, realizando uma comparação entre o Brasil e outras potências mundiais:

⁶ Informações fornecidas pela equipe do portal digital do Terraço Capital. Imposto sobre herança e desigualdade. Disponível em: <https://terracoeconomico.com.br/imposto-sobre-heranca-e-desigualdade/>. Publicado em 22 de novembro de 2019.

Tabela 2.2: Comparativo entre a alíquota máxima de impostos sobre heranças e renda dos mais ricos em países no ano de 2017

País	Alíquota Máxima do Imposto Sobre Heranças	Renda dos 1% mais ricos/PIB
Rússia	0	20,03%
China	0	15,10%
Índia	0	21,22%
Indonésia	0	-
Brasil	8%	28,19%
Inglaterra	40%	12,55%
EUA	40%	19,85%
Alemanha	50%	13,13%
Japão	55%	10,44%
França	45%	10,84%

Fonte: Elaboração própria, a partir dos dados obtidos no portal G1, com base no FMI e no World Inequality Database.

A carga tributária brasileira afeta muito as operações financeiras das empresas, pois as alíquotas de impostos diretos comprometem o lucro da empresa, além da taxaço sobre os produtos confeccionados. Como seria o caso do IPI (Imposto sobre Produtos Industrializados). Esse tipo de taxaço traz um valor final maior do que o desejado e esperado, isso se torna um grande empecilho para os empresários, quando se coloca em uma comparaço a produtos estrangeiros, com tributaço mais baixa, acaba dificultando a competitividade com relaço aos valores. O empreendedorismo nacional deveria ser mais do que nunca incentivado, pois possibilitaria um crescimento e consequentemente um desenvolvimento econômico cada vez maior. Fomentando o comércio e a indústria, o país ficaria cada vez menos dependente de recursos externos, porém, o cenário é totalmente ao contrário. O empreendedor enfrenta diversas barreiras tributárias para desenvolver seu negócio, desde altos valores na taxaço, a grande diversidade de impostos, a burocracia e a complexidade de todo processo, pois em cada estado é deliberado uma legislaço com diferenciaçoões.

Segundo Emanuel Lima e Amaury Rezende (2019), “O Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário (IBPT) fez um estudo sobre o nosso sistema tributário e concluiu que, para o contribuinte compreender razoavelmente a realidade tributária brasileira, seria

necessário analisar três mil normas fiscais, estudar os 61 tributos cobrados no Brasil. E, ainda, verificar 93 obrigações acessórias que pressionam todas as empresas brasileiras, bem como os profissionais atuantes na área tributária.”

Em detrimento dessas complexidades do sistema tributário, o índice de evasão fiscal é um problema que se arrasta ao passar dos anos. Essa evasão é causada pela sonegação fiscal, até mesmo o empresário com a melhor das intenções está sujeito a cometer este crime fiscal. Conforme o levantamento realizado pelo IBPT no ano de 2019, “o faturamento não declarado é de R\$ 2,17 trilhões por ano e os tributos sonegados pelas empresas somam R\$ 390 bilhões por ano.”

Com essas problemáticas de um sistema tributário complexo e um alto índice de desigualdade social no Brasil, acaba gerando um ambiente propício a crimes tributários, alguns que podem ser destacados são sonegação, fraude, contrabando, apropriação indébita, entre outros. Segundo uma publicação realizada por Queila Ariadne (2018), houve o registro de uma frase dita por Rosangela Santos, uma auxiliar de escritório que demonstra como é difícil a tributação no Brasil, “Os impostos no Brasil são muito altos e o preço fica caro demais. Então, costumo comprar produtos piratas, pois, se não fosse assim, não teria condições de comprar”.

No cenário socioeconômico brasileiro foi possível notar que desde 2014 houve diversas mudanças consideráveis, tendo como exemplo a grande recessão, onde foi possível demonstrar como a nação estava estagnada e começava a caminhar para quedas econômicas significativas. Uma problemática engloba e interfere na outra, por exemplo, o índice de percepção de corrupção no Brasil vem sofrendo uma piora desde 2014. Isso demonstra e explica de uma forma clara o motivo do índice de GINI e a quantidade de crimes tributários irem aumentando cada vez mais. Infelizmente o país possui uma cultura corruptível e individualista, os cálculos mais uma vez reforçam esta teoria. A partir do momento em que o individualismo e o egoísmo prevalecem, podem motivar o indivíduo a cometer um crime como o tributário. Isso gera ou pode ser fruto de atividades corruptas, sendo assim, irá gerar consequências sociais e a partir disso uma desigualdade social cada vez maior.

2.2 Incidência criminológica tributária demográfica do Brasil

Mediante aos dados disponibilizados pelo STF, sobre os crimes tributários foi possível realizar uma análise minuciosa de cada processo, sendo possível analisar a incidência de crimes tributários por estado durante o período de 2010 até o período do segundo trimestre de 2020.

Como é possível analisar na figura 2.3, o estado de São Paulo permanece em destaque em boa parte dos períodos verificados, pois esta unidade federativa possui a capital que é considerada a cidade mais influente da América Latina, segundo o estudo que foi elaborado pela *Civil Service College de Cingapura* e a *Chapman University*⁷ Eles criaram um ranking no qual foram avaliadas 50 metrópoles globais. São Paulo ficou na 23ª posição, sendo a cidade mais bem posicionada da América Latina. Foram avaliados diversos critérios, desde investimentos estrangeiros direto, sedes de empresas, serviços financeiros, dominação industrial, tecnologia e mídia, conectividade aérea, diversidade e produção de serviços. Segundo a Agência Paulista de Promoção de investimentos e competitividade⁸, o estado consegue atrair investimentos em cerca de 20 países pelo mundo. Dentre as 645 cidades paulistas, há cerca de 48% das empresas com capital de origem estrangeira. A representação financeira das empresas multinacionais em São Paulo representam R\$ 28 bilhões de investimentos.

Alguns dos principais países investidores são os EUA, que realizam investimentos no setor alimentício, de maquinário, pesquisa e desenvolvimento, dentre outros. Outro país seria a China, que realiza seu investimento principalmente no setor automotivo.

São Paulo é considerada a “porta de entrada” ao Brasil para os demais países, por concentrar a maior quantidade de mão de obra qualificada, logísticas, concentração de grandes indústrias e comércios. Uma boa parte

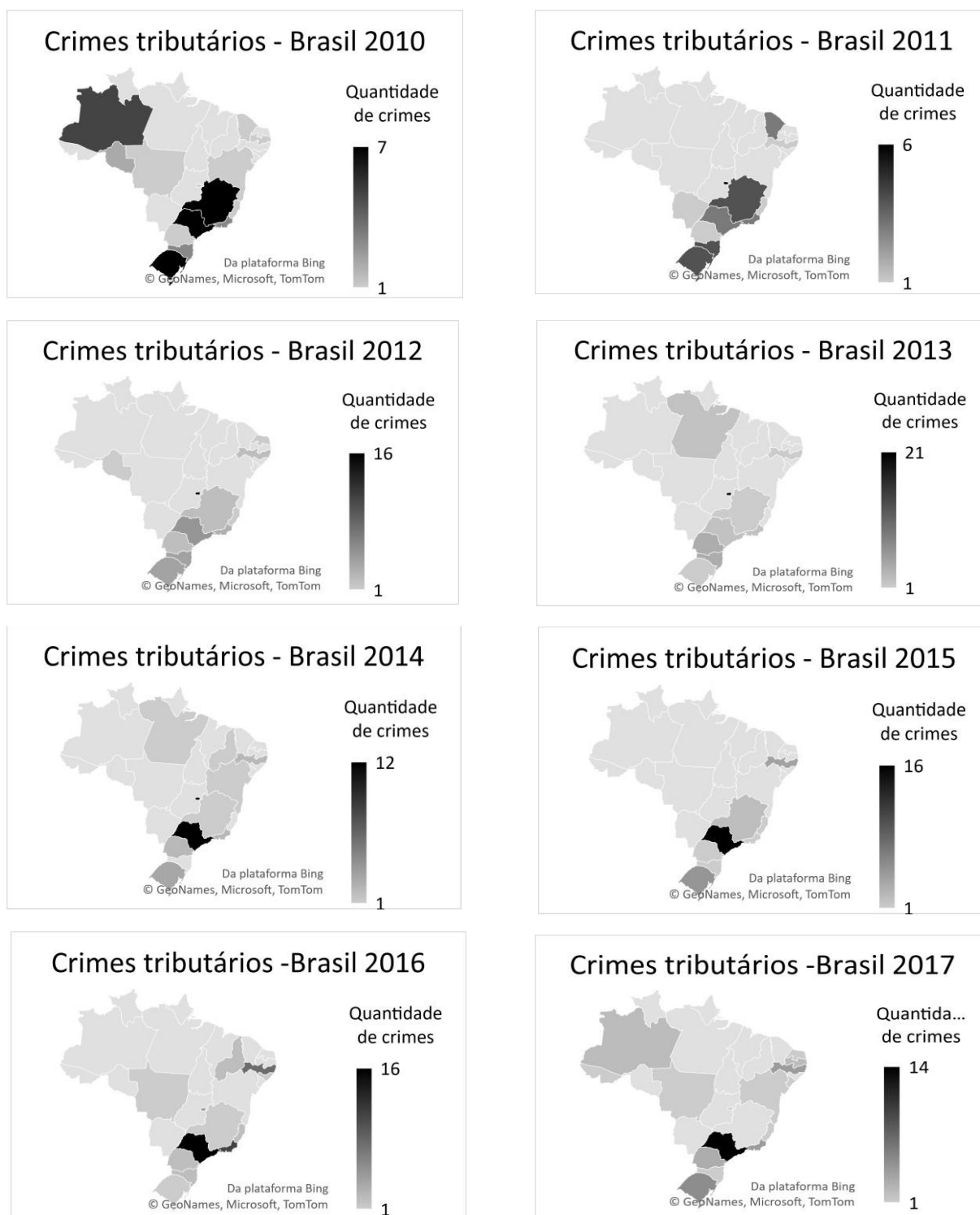
⁷ Informações fornecidas pelo Portal da BBC News Brasil. São Paulo é cidade mais influente da América Latina em ranking global. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/08/140819_cidade_influente_saopaulo_hb. Publicado em 19 de agosto de 2014.

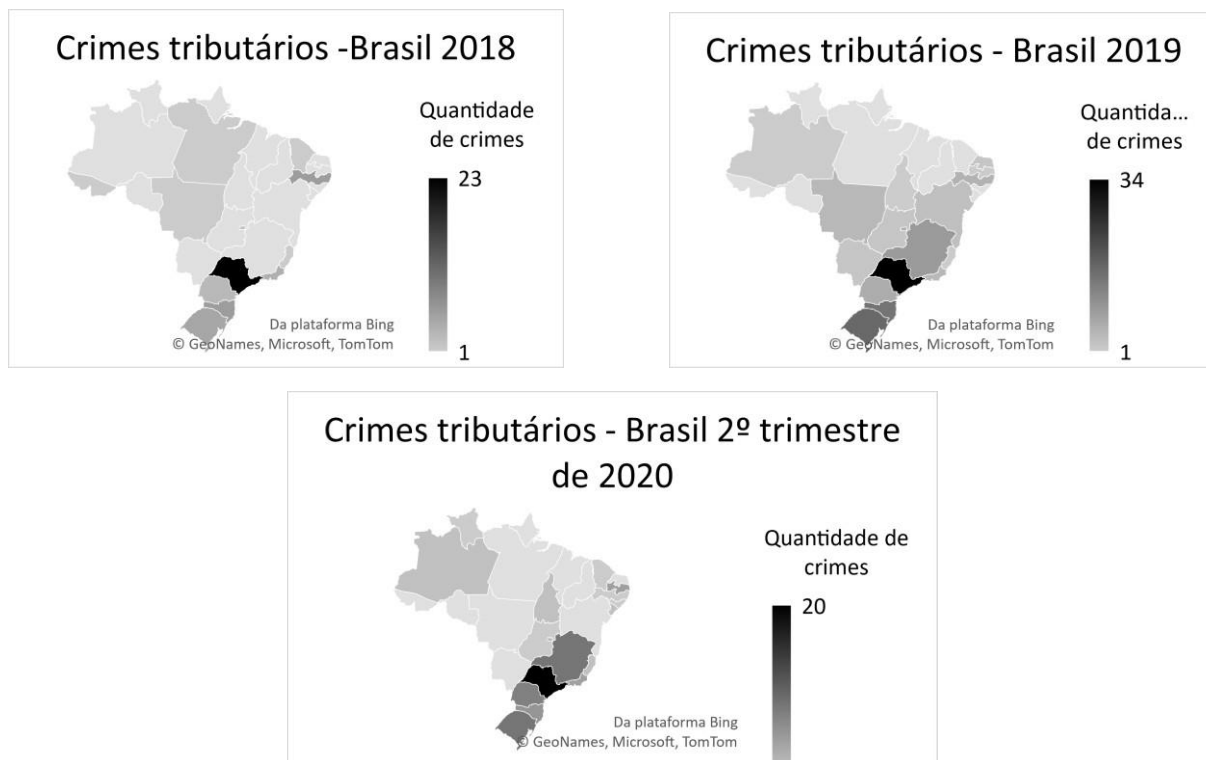
⁸ Informações fornecidas pelo portal governamental Agência Paulista de Promoção de Investimentos e competitividade (INVESTSP). Estado de São Paulo atrai investimentos de empresas de mais de 20 países. Disponível em: <https://www.investe.sp.gov.br/noticia/estado-de-sao-paulo-atrai-investimentos-de-empresas-de-mais-de-20-paises/>. São Paulo, em 17 de dezembro de 2018.

dos brasileiros resolvem se mudar para São Paulo, justamente para ter acesso a novas oportunidades promissoras. No Censo de 2010 (IBGE) foi evidenciado que cerca de 35,4% da população não residia nos municípios de origem, concentrando a maior parcela em São Paulo, na época em questão seriam 8 milhões de pessoas. Isso demonstra como o estado também possui maior propensão a crimes tributários, pelas transações comerciais e economia. Uma das maiores fontes de renda Federal seria o ICMS. A alíquota diversifica de acordo com o estado, com o intuito de equilibrar a economia do país, incentivando a economia local. Em contra partida, quem fica em metrópoles influentes, como é o caso de São Paulo, se depara com tributações elevadas. O ICMS por exemplo seria de 18%, daí junto a outras taxações alguns empresários, de forma direta e indireta acabam cometendo o crime de sonegação fiscal.

Outro aspecto a ser destacado pelas demonstrações dos gráficos, seriam as incidências dos crimes tributários na região Sul do país. Uma das justificativas seria a relação contrabandista entre o Brasil e o Paraguai. Há uma cidade chamada Guairá que fica a 215 quilômetros de Foz do Iguaçu, onde fica a fronteira com o Paraguai. O rio Paraná facilita a travessia dos produtos contrabandeados. Segundo a Polícia Federal e a Receita em período de pandemia que assola o Brasil e o Mundo, houve um aumento de 232% dos crimes de contrabando. Em março deste ano foram apreendidos mais de U\$ 11 milhões (cerca de 65 milhões de reais) em mercadorias. Em março de 2019 foram apreendidos U\$ 3,5 milhões (cerca de 19,8 milhões de reais). A maior parte dessas apreensões são em cigarros, veículos, armamentos, munições, agrotóxicos, entorpecentes, eletrônicos, entre outros. Com relação aos cigarros foram apreendidos U\$ 7.022.739,51 (aproximadamente R\$ 40 milhões), em relação aos veículos foram apreendidos U\$ 1.707.911,98 (cerca de 9,5 milhões de reais). No mês de abril, foram confiscadas 12,1 toneladas de maconha na fronteira do Paraguai e a cidade de Guairá no Paraná.

Figura 2.3: Demonstrações demográficas de crimes tributários no Brasil.





Fonte: Elaboração própria, a partir dos dados do Supremo Tribunal Federal (STF) em 2020.

2.3 Impacto dos crimes tributários no crescimento do Brasil

O crescimento econômico do país pode demonstrar diversas características e medidas socioeconômicas brasileiras. Um dos principais meios possíveis para se medir o crescimento econômico de um país seria através do Produto Interno Bruto (PIB). Segundo uma publicação do IBGE (2020) nos últimos quatro trimestres acumulados houve um aumento no crescimento econômico brasileiro em cerca de 0,9%. Isso significaria que o país está crescendo e conseqüentemente se desenvolvendo. Porém, esse processo é irregular já que cada região possui sua peculiaridade e dinamismo. Algumas regiões possuem maiores capacidades para produção, educação, desenvolvimento tecnológico, dentre outros. O crescimento econômico do país não demonstra, literalmente, que as condições de vida da população estão sendo suficientes e estão levando o país a um verdadeiro desenvolvimento.

Na realidade, pode estar havendo uma expansão pelo acúmulo de riquezas e concentração de renda nas regiões mais desenvolvidas e capacitadas. Isso pode demonstrar como a desigualdade social está cada vez mais latente no país, embora alguns indicadores podem apresentar o contrário. De acordo com Gerbelli (2019) “Os números do IBGE mostram que o rendimento médio do grupo de 1% mais ricos do país cresceu 8,4% em 2018, enquanto o dos 5% mais pobres caiu 3,2%”. Dessa forma é possível analisar como a desigualdade pode aumentar e consequentemente os crimes tributários também. Em alguns casos os crimes aumentam em regiões bem desenvolvidas, como seria o caso do estado de São Paulo. Pelo fato da alta concentração produtiva e comercial, os tributos possuem altas alíquotas. Isso acaba prejudicando as pessoas de baixa renda com impostos indiretos, além de empresários, em maior desfalque os de pequeno porte, pois comprometem uma boa parte de seus lucros para arcar com suas obrigações. Com a falta de equilíbrio na cobrança de tributos, essa situação agrava cada vez mais a situação de desigualdade social no país. Os crimes tributários causam grandes impactos no crescimento econômico também pelo fato da proporção do PIB. Nos últimos anos, segundo o IBGE (2020), as proporções dos tributos sobre o PIB variam entre 32% e aproximadamente 36%, mais que um quinto do valor total do PIB. Isso demonstra como é significativo, porém os valores arrecadados pelos tributos deveriam alavancar o país cada vez mais, levando a estrutura econômica, política e social do Brasil a novos patamares, entretanto a história no Brasil é um pouco diferente.

Segundo um levantamento realizado pelo Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação (IBPT, 2017) o Brasil por mais que possua uma das maiores cargas tributárias do mundo, demonstra que o retorno recebido pelos brasileiros é muito inferior ao arrecadado. O presidente do IBPT, João Eloi Olenike realizou uma crítica ao discurso adotado pelo Palácio do Planalto “O governo deveria se preocupar com o corte de alguns gastos que continuam excessivos no Brasil. Não é mais possível aumentar impostos para financiar más administrações do dinheiro público” (*apud* FONSECA, 2017), mediante a estes fatos é nítido que os maiores problemas que impedem os repasses dos valores tributados, são a má gestão e a corrupção.

É possível analisar e correlacionar dois indicadores para demonstrar como a alta carga tributária unida, a uma má distribuição de renda, pode agravar a desigualdade social no Brasil. Através de uma comparação entre a

carga tributária/PIB de alguns países e o IDH (Índice de Desenvolvimento Humano). O Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário (IBPT) realizou um cálculo para expressar melhor essa desigualdade entre carga tributária e o IDH do Brasil em relação a outros países, chamasse Índice de Retorno de Bem-Estar a Sociedade (Irbes).

Tabela 2.4: Demonstração do índice Irbes brasileiros em comparação aos outros países em 2017.

País	Ranking IRBES	Carga tributária/PIB	Índice de desenvolvimento humano (IDH)
Irlanda	1º	23%	0,923
Estados Unidos	2º	26%	0,920
Canadá	6º	31,7%	0,920
Uruguai	10º	24,2%	0,795
Alemanha	16º	37,6%	0,926
Argentina	18º	32,1%	0,827
Grécia	21º	38,6%	0,866
Dinamarca	23º	43,9%	0,925
Itália	27º	42,3%	0,895
Brasil	30º	34,1%	0,754

Fonte: Elaboração própria, a partir dos dados obtidos na Image Crédits Jus Brasil. 2017 / IBPT.

Como é possível analisar na tabela acima, os países com cargas tributárias mais elevadas que o Brasil (30º posição), estão em colocações mais vantajosas no Índice de 2017. Como é o caso da Alemanha na 16º posição com uma carga de 37,6% e um IDH de 0,926 e a Itália que está na 27º posição com uma carga de 42,3% em relação ao total do PIB e um IDH de 0,895⁹. Esses dados só reafirmam como a tributação no Brasil é complexa e mal distribuída. Isso torna o ambiente nacional cada vez mais propício a execução de crimes tributários. Segundo o IBPT em 2018, o Brasil deixou de arrecadar 385 bilhões de reais por sonegação de impostos. Outra pesquisa também realizada pelo IBPT, demonstra que 27% das grandes empresas não estão em dia com suas tributações, 49% das médias e 65% das pequenas também. Muitos empresários acabam desistindo de dar continuidade aos

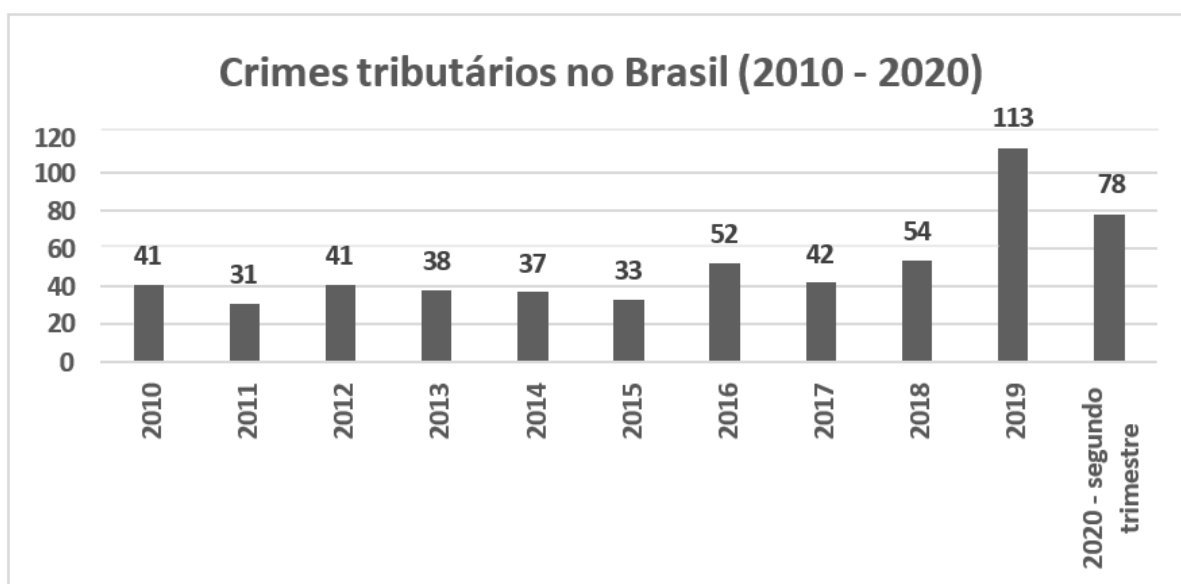
⁹ Informações realizadas pelo Grupo Bettencourt, no portal do JusBrasil. Sistema Tributário. Disponível em: <https://bettencourt.jusbrasil.com.br/noticias/699652576/sistema-tributario>.

seus sonhos empreendedores, quando se deparam com a alta complexidade do sistema tributários brasileiro. É necessário dedicar muito tempo analisando todas as contas da empresa para garantir que não haja erros, porém alguns empresários não aguentam essa pressão fiscal e acabam optando por um dos dois caminhos: um seria a desistência e encerramento das atividades da empresa. Outro, seria começar a omitir algumas informações, deixando de fornecer notas fiscais para seus produtos e serviços, fraudando informações de documentos fiscais, entre outras infrações, assim se inicia um círculo ilegal vicioso deve se cercar de outros especialistas.

2.4 Análise da recessão

Durante o período analisado no presente artigo dentre a última década, foram constatados os seguintes dados anuais para os crimes tributários registrados no Brasil, os dados foram disponibilizados pelo Supremo Tribunal Federal (STF, 2020):

Gráfico 2.5: Crimes tributários no Brasil dentre o período de 2010 a 2020



Fonte: Elaboração própria, dados disponibilizados via manifestação pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2020.

A partir da análise dos dados é possível destacar dois períodos onde houve aumentos significativos dos crimes tributários no Brasil. O primeiro período analisado seria durante o ano de 2015 e 2016, onde houve um aumento de 33 para 52 crimes registrados pelo país. Durante esta época teve um grande destaque pela forte crise que o país já vinha enfrentando com as sequelas deixadas pela crise de 2008. Durante este período houve um agravamento da crise pelas divergências decisórias durante o governo (segundo mandato) da ex-presidente Dilma Rousseff. Havia diversas visões e opiniões de personalidades fortes e de interesses radicalmente distintos de Dilma. Isso causou diversas decisões equivocadas que marcaram este período e um dos motivos que causou o *impeachment* da então, presidente Dilma, foi a implementação da operação Lava Jato¹⁰, essa ação também desencadeou um forte agravante na crise pelos desdobramentos das investigações (AMORIM, 2016).

De acordo com a segunda posição, o auge dos equívocos teria acontecido em 2014, quando a então presidente comprometeu seriamente as contas públicas para lograr a reeleição, além de não ter reconhecido, durante o pleito, os enormes problemas que já grassavam na economia. Logo após o sucesso nas urnas, Dilma nomeou Joaquim Levy, um economista ortodoxo, para chefiar o Ministério das Finanças, numa radical reversão programática. Joaquim Levy foi encarregado de implementar um ajuste fiscal, ou seja, a proposta que fora advogada pelo principal candidato da oposição, o senador Aécio Neves, do PSDB. De maneira complementar, a polarização ideológica seria consequência direta da reversão programática, da recessão econômica e das revelações da Lava Jato. (AMORIM, 2016).

Dessa forma era possível notar como o governo estava cada vez mais dividido e com a oposição empenhada em contrariar a ex-presidente. Os setores públicos ficaram mais desprotegidos e desorganizados, assim o cenário se torna propício a instabilidade política e a crimes como sonegação fiscal. Segundo a Redação da Rede Brasil Atual¹¹, “o país havia deixado de

¹⁰ A operação Lava jato, é uma das maiores inciativas de combate a corrupção na história do Brasil, são realizadas investigações a fim de descobrir grandes esquemas ilegais entre entidades privadas e públicas. Informações disponibilizadas no portal do Ministério Público Federal.

¹¹ Informações disponibilizadas pela redação da Rede Brasil Atual (RBA). Brasil vai deixar de arrecadar R\$ 500 bi em 2016 devido à sonegação de impostos.

recolher mais de R\$ 286 bilhões, segundo o sonogômetro, instrumento criado pelo Sinprofaz. Como comparação, este valor é 40 vezes maior que o orçamento do programa Minha Casa, Minha Vida, e nove vezes maior que os recursos destinados ao Bolsa Família.”, neste período cerca de 40% do déficit englobava dívidas de empresas com o Fisco. Isso pode acontecer pela defasagem na fiscalização dos órgãos competentes, além da má fé de muitos empresários que são detentores de uma grande concentração de renda no país.

O segundo período a ser analisado, de acordo com os dados demonstrados no gráfico 3.15, seria entre os anos de 2018 e 2019, onde houve um aumento expressivo de 54 para 113 crimes tributários registrados no Brasil. Durante essa época ainda havia sequelas das crises de 2008 e 2014. Segundo um levantamento realizado por Marília Loschi (IBGE, 2020) “Apesar da queda no desemprego, em 2019, a taxa de informalidade – soma dos trabalhadores sem carteira, trabalhadores domésticos sem carteira, empregador sem CNPJ, conta própria sem CNPJ e trabalhador familiar auxiliar – atingiu seu maior nível desde 2016 no Brasil (41,1%) e também em 20 estados.”

No momento em que os trabalhadores não exercem suas atividades com carteira registrada, não é possível realizar o recolhimento de impostos, sendo assim é possível demonstrar a influência dessa variável sobre o aumento dos crimes tributários. Da mesma forma, os empregadores que exercem atividades sem a abertura de um CNPJ, também não realizam a contribuição tributária necessária, isso traz malefícios a toda nação, pelo fato de a arrecadação ser repassada para melhorias públicas, “Contribuintes para previdência são 62,9% da população ocupada” (Loschi, 2020). Uma parcela dos contribuintes acaba arcando com a contribuição dos outros indivíduos que escolhem não realizar. Porém, isso é a demonstração que as políticas sociais estão cada vez mais defasadas, deixando evidente que o sistema tributário é desequilibrado. Acaba sobrecarregando a parcela mais pobre da população, que se sente mais vulnerável e acaba optando, em alguns casos, pela evasão consciente.

2.5 Considerações sobre os resultados

Disponível em: <https://www.redebrasilatual.com.br/economia/2016/07/brasil-vai-deixar-da-arrecadar-r-500-bi-em-impostos-por-sonegacao-6775/>. Publicado em 14 de julho de 2016.

A teoria de Piketty é baseada no impacto da tributação sobre a desigualdade. A partir dos resultados do exercício, foi possível analisar como os seus conceitos podem ser aplicados ao Brasil. Um país com as qualidades certas para se tornar promissor e desenvolvido, mas a desorganização e ganância acabam falando mais alto. Contrariando alguns conceitos de Smith que defende a quase nula intervenção estatal, o economista francês levanta os preceitos de que um bom plano de governo, deveria ser implantado a fim de minimizar os impactos negativos de um regime capitalista como seria o caso da desigualdade social. Para isto ser possível, seria necessário simplificar a burocracia das taxações, dessa forma as informações ficariam claras, fazendo com que empresários e trabalhadores economizassem tempo e capital, assim a economia do país seria fomentada a cada dia mais.

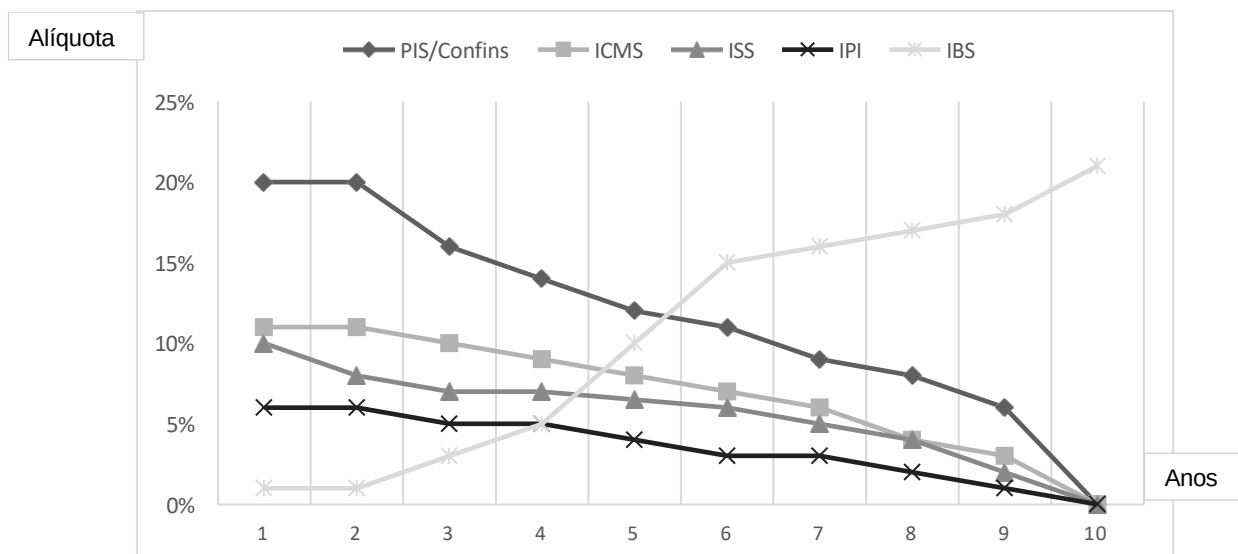
É possível notar que a incidência criminal tributária sofre aumentos durante alguns períodos em que há uma variante histórico temporal, por exemplo: crises econômicas, momento que as pessoas ficam em uma situação de vulnerabilidade maior do que o habitual, alguns sentem-se frágeis economicamente e emocionalmente. Já outras pessoas acabam notando essa situação e se aproveitam da fragilidade alheia, tentando obter benefícios próprios. Smith fez essa abordagem em sua obra, e é possível interpretar como a falta de moralidade e empatia podem afetar a sociedade como um todo, pois diversos indivíduos acabam cometendo certas ações, mesmo possuindo total noção de que isso passa por cima da moral e da ética para com os demais cidadãos. Não há considerações sobre as consequências que podem ser geradas a partir dos crimes contra a ordem tributária. Smith alegava que o egoísmo de cada um seria bom para a situação de desenvolvimento do país, pois cada um fazendo sua parte, ao mesmo tempo agem, em conjunto e fomentam o crescimento da nação, mas quando as pessoas se deixam corromper pela ganância, isso não acontece como deveria.

Estudo publicado na Proceedings of the National Academy of Sciences concluiu que pessoas mais afluentes são mais propensas a trapacear. Numa observação no mundo real, motoristas de carros mais baratos violaram 8% de uma determinada norma de tráfego, enquanto os de carros mais luxuosos, 30%. Já em laboratório, após uma rodada de jogo de dados (na qual os mais ricos também trapacearam mais), foram

casualmente oferecidas aos participantes balas que seriam destinadas a crianças em um experimento ao lado. Sim, você adivinhou corretamente: pessoas de maior status socioeconômico tiraram mais doces da boca das crianças. Nada de novo sob o sol: se a ganância corrompe, a decência nos compele a não destravar a fechadura do vizinho. Mas não seria possível vivermos em um mundo sem travas? (STORINO, pag. 22, 2012).

Através do questionamento levantado por Fábio Storino é possível compreender que há uma provocação. O intuito é evidenciar como algumas pessoas estão se deixando levar pela ganância, pelo poder, sentem-se superiores aos outros, acreditam que podem fazer o que bem entendem e nada poderá os deter, pois são influentes e poderosos. O que, na verdade, só gera cada vez mais desigualdade. Algumas pessoas vivem em condições abundantes, já outras vivem em situação de miséria. Infelizmente a grande maioria das pessoas mais poderosas não ligam para essas diferenças, pelo contrário, quanto mais discrepante, maior a sensação de poder sobre as outras pessoas. Se ao invés de acumularem cada vez mais riquezas para benefício próprio, ajudassem outras pessoas a conquistarem suas oportunidades pela grande influência de ricos empresários, políticos, o cenário brasileiro poderia mudar, como até mesmo em outros países. A reeducação das pessoas é algo a se planejar para resultados a longo prazo. A corrupção está interligada com o Brasil desde a época de colonização dos portugueses, então uma reforma tributária poderia trazer resultados benéficos como uma das ações de melhoria para a nação. Retirar a carga maior de impostos indiretos que alivia o bolso do trabalhador brasileiro e realizar fiscalizações mais severas com relação a grandes fortunas e heranças. Dessa forma, junto a outros projetos, para que o país melhore aos poucos, a tendência será o equilíbrio econômico social.

Gráfico 2.6: Previsão evolutiva do projeto de Reforma tributária no Brasil (2019)



Fonte: Elaboração própria, a partir dos dados obtidos no Portal da Câmara dos Deputados (2019).

O governo brasileiro está planejando uma reforma tributária, sendo um dos objetivos unificar os impostos indiretos sobre produtos e serviços em apenas um, o IBS (Imposto sobre Bens e Serviços), porém ainda não há previsão para o início deste projeto. No portal da Câmara dos Deputados (2019), estipula-se que todo o processo de implementação da reforma leve pelo menos 10 anos para se concretizar, como é demonstrado no gráfico a seguir:

Sendo assim, o estudo das variáveis socioeconômicas possibilitaram uma análise mais profunda da relação dentre ambas as teorias econômicas aprestadas, além de demonstrar que mesmo possuindo pontos de vista diferentes, indiretamente as teorias se interligam, pois as questões morais acabam justificando algumas variações nos atos criminosos, consequentemente levam a um aumento na desigualdade social.

Considerações finais

Através de todas as bibliografias estudadas para realizar o desenvolvimento do presente artigo, pelo o qual o principal objetivo seria

demonstrar como o Brasil ainda possui diversos empecilhos que não permitem que se torne um país desenvolvido. Ao exemplo de seu vizinho de continente, os EUA. O Brasil ainda possui um dos mais complexos sistemas tributários do mundo, as altas alíquotas recolhidas pelo governo não é a verdadeira problemática, como foi possível demonstrar através da comparação com a Dinamarca que também possui altas taxações, porém a diferenciação entre os países seria a organização econômica, política e social da nação em geral.

Ocorreu um levantamento das características de cada crime tributário, em quais ocasiões ocorreram e as penalidades para cada delito cometido, ressaltando também os conceitos sobre elisão, elusão e evasão fiscal.

Houve uma correlação entre duas ideologias econômicas em diferentes períodos, a fim de embasar a tese central, demonstrando que os crimes tributários podem ser categorizados como causa e consequências de ações mal estruturadas no Brasil. Através da visão do economista clássico Adam Smith, foi possível interpretar suas ideias expressadas em uma de suas criações renomadas, a obra Teoria dos sentimentos morais.

Através desta produção foi possível notar os resquícios do liberalismo defendido por Smith até os tempos atuais. O autor defendia o individualismo e a mínima intervenção do Estado na economia, porém há uma problemática que até mesmo o “pai” do liberalismo mencionava. A partir do momento em que as pessoas deixam seus interesses sobressaírem ao bem-estar coletivo de forma exageradamente egoísta, gerando um grande desequilíbrio socioeconômico, o Estado deve intervir para que possa devolver uma harmonia para a sociedade. Ao aplicar esta teoria ao Brasil é notável perceber que o país infelizmente se encontra nas piores posições em alguns índices socioeconômicos, como o IPC e falta de empatia. Estes índices, exemplificados, estão indiretamente interligados, pois a partir do momento em que uma sociedade é pouco empática, uma parcela dela adere a corrupção. Ambos os índices demonstram como uma boa parte da população brasileira age com egoísmo. Smith já havia mencionado em sua obra que o egoísmo e o individualismo, de certa forma, são benéficos para sociedade, pelo fato de cada pessoa se empenhar para alcançar seus objetivos e de forma indireta, isso auxilia a economia como um todo. Nesta visão, pode ser considerado como um trabalho em equipe, em que cada pessoa realiza sua parte. Estas ações coletivas são de extrema importância, porém com o abuso dessas atitudes, o egoísmo e ganância prevalecem, isso pode ser um fato

gerador para os crimes tributários. Os crimes são caracterizados por pessoas que podem agir de má fé, que fazem apropriação de recursos que não os pertencem. Situações na qual indivíduos, de forma consciente, não realizam o cumprimento de seus deveres fiscais, isso pode impactar de forma direta e indireta no crescimento e desenvolvimento da nação. Uma vez que os recursos públicos não possuem os investimentos que realmente necessitariam, além de sobrecarregar os contribuintes de fato. Em ambas as condições o intuito principal é o mesmo, o acúmulo de riquezas, o sentimento de poder e luxo tomam conta de algumas pessoas. Elas desejam ter uma condição de vida confortável, dessa forma gostam de se vangloriar para que possam despertar a inveja daqueles que os rodeiam.

Já na visão do economista contemporâneo Thomas Piketty, em sua obra intitulada de *O Capital do século XXI*, o autor embasa e explora a problemática da complexidade e o desequilíbrio do sistema tributário. Versa também em como isso pode acarretar consequências negativas para a sociedade, tal qual a questão da desigualdade social. Em contrapartida a ideia de Smith, Piketty defende a intervenção estatal, pois acredita que desta forma o país terá um controle otimizado de todos os setores, permitindo que haja equilíbrio socioeconômico. O economista defende que haja uma reforma tributária efetiva para equalizar o recolhimento de impostos, pois foi comprovado no desenvolvimento do presente trabalho que a maior incidência tributária é recolhida da parcela da população de baixa renda através de impostos indiretos, dessa forma comprometendo mais de 50% de suas rendas. Em compensação, a parcela rica da sociedade, possui uma tributação mais leve. Uma boa parte da riqueza dessas pessoas advém de heranças. No Brasil não há uma alta incidência tributária sobre este tipo de patrimônio. Estes fatos agravam cada vez mais a desigualdade social, pois não há equilíbrio sobre a imposição de impostos diretos e indiretos, por mais que a parcela mais pobre do Brasil não possua tanta aplicação de impostos diretos, os impostos indiretos incidem sobre bens e serviços básicos, envolvendo itens necessários para a sobrevivência. Desde alimentos a produtos de higiene e saúde. Essa questão pode demonstrar como os crimes tributários, nestes casos, seriam uma consequência. Afinal, os privilégios são destinados aos mais ricos. Algumas pessoas se sentem ludibriadas e acabam se revoltando contra o sistema tributário. Alguns indivíduos optam por não realizar as contribuições fiscais em formato de protesto. Essa ação não seria a mais indicada, pois só piora o cenário socioeconômico do país. Em outros casos o Brasil ainda possui uma alta taxa de desemprego, porém nos últimos

anos a taxa de ocupação cresceu. Isso decorre do fato das pessoas estarem buscando oportunidades de ganhos de renda, ainda que seja de maneira informal. Significa dizer que as pessoas estão trabalhando sem carteira assinada e alguns comerciantes sem a abertura de um CNPJ. Isso é uma demonstração de que as tributações e burocracias estão cada vez maiores, então os indivíduos optam por não contribuir, para não ter de comprometer sua renda, para conseguirem arcar em contrapartida com os impostos indiretos. Infelizmente essas ações não são as mais apropriadas, porém é uma válvula de escape de sobrevivência para as pessoas mais humildes no Brasil.

As visões de ambos os economistas embasam de forma coesa o objetivo principal do presente trabalho. De forma indireta possuem suas semelhanças. Os dois autores conseguem demonstrar que o egoísmo e ganância pode gerar um instinto corruptível, que traz a sociedade consequências negativas que podem demonstrar as duas facetas dos crimes tributários.

Uma das relações causais que foi atribuída seria a má fé de algumas pessoas, que cometem os atos ilícitos de forma consciente e proposital, sem ao menos considerar as consequências. Já outras pessoas, fazem como um ato que pode ser considerado de sobrevivência, a fim de poupar uma parte da renda que seria convertida em pagamento de tributos e que não seria repassado de forma íntegra para melhorias públicas. Porém, outra atribuição realizada, e que acomete de forma direta ou indiretamente os outros pontos analisados, seria a má gestão pública. O sistema tributário complexo acaba privilegiando a parcela de pessoas mais ricas do país e consequentemente sobrecarregando a parcela mais pobre, com a alta incidência de impostos indiretos, alta na inflação e que acaba levando ao trabalho informal. O governo pode realizar a divulgação que o país está crescendo, pois o PIB cresceu com o passar dos últimos anos, porém esse crescimento pode não ser saudável para todo país. Pode estar na realidade, registrando como algumas pessoas estão acumulando riquezas cada vez mais, mantendo em segundo plano a desigualdade social em ascensão. Não foi possível realizar uma análise mais detalhada da quantidade de crimes tributários, durante o período proposto a partir dos dados disponibilizados pelo STF como era esperado, pois a maioria dos processos corriam em segredo de justiça, sendo assim as informações são mínimas para análise.

O principal objetivo que foi encontrado como uma possível realização da reforma tributária seria a eliminação do esquema burocrático que é visto nos dias atuais, pois com uma redução e simplificação dos tributos, causaria estímulos para os empresários e trabalhadores, gerando crescimento econômico, aumento da taxa de empregabilidade, consequentemente uma redução dos crimes contra a ordem tributária e outros fatores benéficos para com o país.

Contudo, a análise sobre os crimes tributários é profunda no Brasil, podendo estabelecer reações de causa e efeito, onde o individualismo e egoísmo acabam sobressaindo acima do bem estar social, a fim de obter benefícios próprios. Causando grandes perdas para a população e até mesmo para o próprio indivíduo de forma indireta. É sugerido que os governantes intervenham de forma mais igualitária e coerente, buscando sanar todas as necessidades da sociedade, sem sobrecarregar nenhuma classe social. Evitando que a desigualdade possa evoluir, que a proposta de reforma tributária possa ser concretizada, que traga consequências benéficas para toda a população e que proporcione o desenvolvimento do país.

Referências

AMORIM N., Octavio. **A crise política brasileira de 2015-2016 Diagnóstico, sequelas e profilaxia.** Relações Internacionais no. 52 Lisboa dez. 2016. Disponível: http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?pid=S1645-91992016000400004&script=sci_arttext&tlng=en. Acesso em 08 de setembro de 2020.

AGÊNCIA PAULISTA DE PROMOÇÃO DE INVESTIMENTOS E COMPETITIVIDADE (INVESTSP). **Estado de São Paulo atrai investimentos de empresas de mais de 20 países.** Publicado em 17 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://www.investe.sp.gov.br/noticia/estado-de-sao-paulo-atrai-investimentos-de-empresas-de-mais-de-20-paises/>. Acesso em 20 de agosto de 2020.

AGÊNCIA IBGE NOTÍCIAS, ESTATÍSTICAS SOCIAIS. **Síntese de Indicadores Sociais: indicadores apontam aumento da pobreza entre**

2016 e 2017, publicado em 05 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/23298-sintese-de-indicadores-sociais-indicadores-apontam-aumento-da-pobreza-entre-2016-e-2017>. Acesso em 01 de junho de 2020.

ARIADNE, Queila. **Desigualdade tributária afeta renda do brasileiro mais pobre**. Portal O Tempo, publicado em 02 de janeiro de 2018. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/economia/desigualdade-tributaria-afeta-renda-do-brasileiro-mais-pobre-1.1558452>. Acesso em 27 de maio de 2020.

ASSIS, Renato Aguiar. **Crimes contra a Ordem Tributária. Salvador: Instituto dos Auditores Fiscais do Estado da Bahia-IAF**, publicado em 01 de agosto de 2013. Disponível em <http://www.iaf.org.br/crimes-contra-a-ordem-tributaria/>. Acesso em 09 de maio de 2020.

BACHUR, João P. **Individualismo, liberalismo e filosofia da história**. Revista Lua Nova n.66 São Paulo 2006. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452006000100008&lng=pt&tlng=pt. Acesso em 18 de maio de 2020.

BALSAN, Francys. **Princípio Da Anterioridade Do Exercício Financeiro Seguinte E Nonagesimal**, São Paulo, publicação sem especificação, apenas consta que a publicação foi realizada a 4 anos atrás (2020 Ano Atual). Disponível Em: <https://fbalsan.jusbrasil.com.br/artigos/319612981/resumo-principio-da-anterioridade-do-exercicio-financeiro-seguinte-e-nonagesimal>. Acesso Em 10 De Junho De 2020.

BEZERRA, Juliana. **Biografia de Adam Smith**, Portal Toda Matéria, revisado em 23 de maio de 2019. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/adam-smith/>. Acesso em 23 de maio de 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Crimes contra a ordem tributária**. SÃO PAULO: Saraiva 2013. 1. Contravenções fiscais – Brasil 2. Direito penal – Brasil 3. Direito tributário – Brasil. Monteiro, Luciana de Oliveira. II. Título. CDU-343.359.2(81).

BRUTTI, Roger. **Crimes contra a ordem tributária**. Âmbito Jurídico, 2006. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/crimes-contra-a-ordem-tributaria/>>. Acesso em: 26 de abril de 2020.

BUONICORE, Bruno Tadeu. **Delitos tributários e criminologia: um estudo da extinção punitiva pelo pagamento da dívida fiscal**. Porto alegre, lex magister. Não contém data de publicação. Disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina_25612824_delitos_tributarios_e_criminologia_um_estudo_da_extincao_punitiva_pelo_pagamento_da_divida_fiscal.aspx. Acesso em 19 de maio de 2020.

CAMPOS, Francisco. PEREIRA, Ricardo. **Corrupção e ineficiência no Brasil: Uma análise de equilíbrio geral**. SCIELO, Estud. Econ. vol.46 no.2 São Paulo Apr./June 2016. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-41612016000200373&script=sci_arttext&tlng=pt#B73. Acesso em 04 de junho de 2020.

CANAL CIÊNCIAS CRIMINAIS. **Entenda a diferença entre corrupção passiva e corrupção ativa**, publicação sem especificação apenas consta a publicação a 2 anos atrás (2020 ano atual). Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/623806939/entenda-a-diferenca-entre-corrupcao-passiva-e-corrupcao-ativa>. Acesso em 12 de maio de 2020.

CANAL CIÊNCIAS CRIMINAIS. **Sonegação fiscal e lavagem de dinheiro**, publicação sem especificação apenas consta a publicação a 5 anos atrás (2020 ano atual). Disponível em <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/noticias/206615245/sonegacao-fiscal-e-lavagem-de-dinheiro>. Acesso em 10 de maio de 2020.

CARDOSO, Bruno. **Saiba o que é tributo e quais são suas espécies**. Jusbrasil, publicação sem especificação apenas consta a publicação a 3 anos atrás (2020 ano atual). Disponível em: <https://brunonc.jusbrasil.com.br/artigos/498793929/saiba-o-que-e-tributo-e-quais-sao-suas-especies>. Acesso em 10 de junho de 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Reforma tributária**. Publicado em 2019. Disponível em <https://www.camara.leg.br/internet/agencia/infograficos-html5/ReformaTributaria/index.html>. Acesso em 08 de junho de 2020.

CERQUEIRA, Hugo. **A mão invisível de Júpiter e o método newtoniano de Smith**. SCIELO, Estud. Econ. vol.36 no.4 São Paulo Oct./Dec. 2006.

Disponível em:

https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-41612006000400001. Acesso em 09 de junho de 2020.

CERQUEIRA, Hugo E.A.G. **Sentimentos morais, de Adam Smith**.

Revista do Instituto Humanistas Unisinos, edição 219, publicado em 14 de maio de 2007. Disponível em:

<http://www.ihuonline.unisinos.br/artigo/934-ciclo-de-estudos-4>. Acesso em 21 de maio de 2020.

FENACON, SISTEMA SESCAP/SESCON. **Entenda o que é crime tributário e saiba como evitá-lo**. Disponível em:

<<http://fenacon.org.br/noticias/entenda-o-que-e-crime-tributario-e-saiba-como-evita-lo-3170/?utm=>>. Acesso em: 25 de abril de 2020.

FENACON. JORNAL CONTÁBIL. **Entenda O Que É Crime Tributário E Saiba Como Evitá-Lo**. Publicado em 06 de abril de 2018, Brasília/DF. Disponível em: <Http://Fenacon.Org.Br/Noticias/Entenda-O-Que-E-Crime-Tributario-E-Saiba-Como-Evita-Lo-3170/?Utm>. Acesso em 11 de junho de 2020.

FOLHAPRESS. **No mundo, Brasil só perde para Rússia em sonegação fiscal, diz estudo**. Valor GLOBO, publicado em 09 de novembro de 2013, São Paulo. Disponível em:

<https://valor.globo.com/brasil/noticia/2013/11/09/no-mundo-brasil-so-perde-para-russia-em-sonegacao-fiscal-diz-estudo.ghhtml>. Acesso em 30 de maio de 2020.

FONSECA, Marcelo. **Imposto no Brasil é alto, mas o retorno em serviços é baixo**. Jornal Estado de Minas – Economia, publicado em 03 de abril de 2017. Disponível em:

https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2017/04/03/internas_economia,859247/imposto-no-brasil-e-alto-mas-o-retorno-em-servicos-e-baixo.shtml. Acesso em 01 de setembro de 2020.

GERBELLI, Luiz G. **Concentração de renda volta a crescer no Brasil em 2018, diz IBGE**. Portal G1, publicado em 16 de outubro de 2019.

Disponível em:

<https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/10/16/concentracao-de-renda->

volta-a-crescer-no- brasil-em-2018-diz-ibge.ghtml. Acesso em 22 de setembro de 2020.

GUEDES, Aline. **Sistema tributário leva a país desigual, avaliam senadores**. Portal do Senado Federal, 16 de abril de 2019, edição 672. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/sistema-tributario-leva-a- pais-desigual-dizem-senadores>. Acesso em 10 de maio de 2020.

HANSEN, Laila. **Sistema de impostos na Dinamarca**. Brasileiras pelo mundo, publicado em 23 de setembro de 2019. Disponível em: <https://www.brasileiraspelomundo.com/sistema-de-impostos-na-dinamarca-1003125006>. Acesso em 26 de maio de 2020.

HEALTHICO. **Os Tipos De Fraudes Na Saúde**. Publicado Em 18 De Janeiro De 2018. Disponível Em: <http://healthco.com.br/2019/01/18/os-tipos-de-fraudes-na-saude/>. Acesso em 12 de maio de 2020.

IBIAPINA, Bruna. **Depositário infiel: prisão civil**. Jus.com.br. Publicado em janeiro de 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/35244/depositario-infiel-prisao-civil>. Acesso em 18 de maio de 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE PLANEJAMENTO E TRIBUTÁRIO. **Brasil deixou de arrecadar R\$ 345 bi por sonegação de impostos**, Paraná, 25 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://ibpt.com.br/noticia/2734/Brasil-deixou-de-arrecadar-R-345-bi-por-sonegacao-de- impostos>. Acesso em 02 de maio de 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE PLANEJAMENTO E TRIBUTAÇÃO (IBPT). **Sonegação fiscal das empresas**. Publicado em 2019 (sem especificação de data). Disponível em: <https://ibpt.com.br/noticia/2747/SONEGACAO-FISCAL-DAS-EMPRESAS>. Acesso em 03 de junho de 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Migração e deslocamento no Brasil**. Publicado em 2020. Disponível em: <https://cnae.ibge.gov.br/en/component/content/article/95-7a12/7a12-vamos-conhecer-o- brasil/nosso-povo/1471-migracao-e-deslocamento.html>. Acesso em 19 de agosto de 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE PLANEJAMENTO E TRIBUTAÇÃO (IBPT). **Por onde chega e para onde vai o contrabando no Brasil.**

Publicado 10 de maio de 2019, Paraná. Disponível em:

<https://ibpt.com.br/noticia/2777/Por-onde-chega-e-para-onde-vai-o-contrabando-no-Brasil>. Acesso em 13 de maio de 2020.

JORNAL CONTÁBIL REDE. **ICMS 2020: Tudo o que você precisa saber.** Publicado em 08 de maio de 2020. Disponível em:

<https://www.jornalcontabil.com.br/icms-2020-tudo-o-que-voce-precisa-saber/>. Acesso em 20 de agosto de 2020.

JR. ALMEIDA ADVOGADOS. **Stf: proibida prisão de “depositário infiel”.** São Paulo, jornal tributário do direito. Não contém data de publicação. Disponível em:

<http://www.jralmeidaadvogados.com.br/noticia.asp?id=33>. Acesso em 18 de maio de 2020.

LIMA, Bianca. **As injustiças tributárias do Brasil em 5 gráficos.**

Estadão – Portal do Estado de São Paulo, publicado em 24 de julho de 2017. Disponível em:

<https://economia.estadao.com.br/blogs/nos-eixos/as-injusticas-tributarias-do-brasil-em-5-graficos/>. Acesso em 15 de maio de 2020.

LIMA, Emanuel. REZENDE, Amaury. **Um estudo sobre a evolução da carga tributária no Brasil: uma análise a partir da Curva de Laffer.**

SCIELO, Interações (Campo Grande) vol.20 no.1 Campo Grande

Jan./Mar. 2019 Epub Apr 08, 2019. Disponível

em:https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1518-70122019000100239. Acesso em 03 de junho de 2020.

LOSCHI, Marília. **Desemprego cai 16 estados em 2019, mas 20 têm informalidade recorde.** Agência IBGE notícias, estatísticas sociais,

publicado em 14 de fevereiro de 2020. Disponível em:

<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/26913-desemprego-cai-em-16-estados-em-2019-mas-20-tem-informalidade-recorde>. Acesso em 09 de setembro de 2020.

LUNELLI, Reinaldo Luiz. **Crimes Contra a Ordem Tributária.** Portal Tributário. Disponível

em:<<http://www.portaltributario.com.br/artigos/crimes-contr-a-ordem-tributaria.htm>>. Acesso em: 25 de abril de 2020.

MOTTA, Daniel. **Contrabando na fronteira com o Paraguai cresce 232%, dizem Receita e PF**. CNN Brasil, São Paulo, publicado em 05 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/2020/05/05/contrabando-na-fronteira-com-o-paraguai-cresce-232-dizem-receita-e-pf>. Acesso em 18 de agosto de 2020.

MAIS RETORNO. **Evasão Fiscal**, São Paulo. Disponível em: <https://maisretorno.com/blog/termos/e/evasao-fiscal>. Acesso em 11 de maio de 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. **Caso lava jato**, BRASÍLIA/DF. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em 10 de maio de 2020.

NERY, Carmen. **Desemprego cai para 11,9% na média de 2019; informalidade é a maior em 4 anos**. Agência IBGE notícias, editora Estatísticas Sociais, publicado em 31 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/26741-desemprego-cai-para-11-9-na-media-de-2019-informalidade-e-a-maior-em-4-anos>. Acesso em 17 de maio de 2020.

NUBANK. **O que é tributo? É a mesma coisa que imposto e taxa?** Publicado em 09 de outubro de 2019, São Paulo. Disponível em: <https://blog.nubank.com.br/o-que-e-tributo/>. Acesso em 11 de junho de 2020.

O PARANÁ, JORNAL DE FATO. **Pirataria: Brasil perde R\$ 193 bi para o mercado ilegal**. Publicação sem especificação apenas consta a publicação a 1 ano atrás (2020 ano atual). Disponível em: <https://oparana.com.br/noticia/pirataria-brasil-perde-r-193-bi-para-o-mercado-ilegal/>. Acesso em 15 de maio de 2020.

PACHECO, Alexandre. **O que, de fato, há de errado com os tributos no Brasil?** Portal InfoMoney, publicado em 09 de agosto de 2019. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/colunistas/jogo-das-regras/o-que-de-fato-ha-de-errado-com-os-tributos-no-brasil/>. Acesso em 16 de maio de 2020.

PAGANINI, Leonardo. **Há aspectos positivos na reforma fiscal e na reforma tributária?** Arquivêi/Blog, publicado em 26 de outubro de 2019.

Disponível em: <https://arquivei.com.br/blog/aspectosreforma-fiscal-e-tributaria-tf/>. Acesso em 15 de setembro de 2020.

PATRIOTA, Caio. **Conceito de tributo, publicado em fevereiro de 2017**. Jus.com.br. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/56138/conceito-de-tributo>. Acesso em 13 de maio de 2020.

PATRIOTA, Caio César. **Diferenças entre a simulação absoluta e simulação Relativa**. Jus.com.Br, Minas Gerais. Publicado em setembro de 2015. Disponível Em <https://jus.com.br/artigos/42647/diferencas-entre-simulacao-absoluta-e-simulacao-relativa>. Acesso em 12 de maio de 2020.

PRESIDENCIA DA REPÚBLICA. **Artigo 334 do Decreto Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940**. Portal Jusbrasil, revogação realizada em 26 de junho de 2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10597241/artigo-334-do-decreto-lei-n-2848-de-07-de-dezembro-de-1940>. Acesso em 23 de outubro de 2020.

PEREIRA, Sérgio Henrique. **Crise Econômica e crimes contra a ordem tributária: Estado Social comprometido**. JUS.com.br, publicado em 2016. Disponível em : <https://jus.com.br/artigos/45735/crise-economica-e-crimes-contra-a-ordem-tributaria-estado-social-comprometido>. Acesso em 28 de abril de 2020.

PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Edição digital 2014. Editora Intrínseca LTDA, Rio de Janeiro 2014.

ROCHA, E. B.; OLIVEIRA, H. G.; IZIDORO, K. M. **Os impactos dos crimes tributários no Brasil (2010-2020)**. Trabalho de conclusão de curso (Bacharel em Ciências Econômicas) – Escola de negócios, Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Orientador: Alexandre Favaro Lucchesi. 2020

REDAÇÃO GRUPO STUDIO. **Carga tributária por estado: quais regiões do Brasil pagam mais imposto?** Grupo Studio, publicado em 01 de outubro de 2019. Disponível em: <https://blog.grupostudio.com.br/studio-fiscal/carga-tributaria-por-estado-quais-regioes-do-brasil-pagam-mais-imposto/>. Acesso em 19 de outubro de 2020.

RODRIGUES, Fernando. **Fundador da Ricardo eletro é solto depois de passar 1 dia preso**. Poder 360, Minas Gerais, publicado em 09 de julho de

2020. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/justica/fundador-da-ricardo-eletro-e-solto-depois-de-passar-1-dia-preso/>. Acesso em 25 de agosto de 2020

RODRIGUEZ, Diogo. **O que é reforma tributária. Super interessante, publicado em 04 de julho de 2018.** Disponível em: <https://super.abril.com.br/mundo-estranho/o-que-e-reforma-tributaria/>. Acesso em 15 de setembro de 2020.

RUSSI, Anna. **Brasil é o país que mais exige tempo para o pagamento de impostos. Correio Braziliense – Economia**, publicado em 24 de outubro de 2019. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2019/10/24/internas_economia,800509/brasil-e-o-pais-que-mais-exige-tempo-para-o-pagamento-de-impostos.shtml. Acesso em 15 de maio de 2020.

RYPL, Victoria. **Os impactos da carga tributária na economia brasileira.** Esturilio Advogados, publicação não especificada. Disponível em: <http://esturilio.adv.br/os-impactos-da-carga-tributaria-na-economia-brasileira>. Acesso em 01 de setembro de 2020.

SALVADOR, Rafael. **Saiba As Consequências Criminais Da Venda De Produtos Sem A Emissão Ou Com Meia Nota Fiscal.** Migalhas, São Paulo, publicado em 13 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://Www.Migalhas.Com.Br/Depeso/292699/Saiba-As-Consequencias-Criminais-Da-Venda-De-Produtos-Sem-A-Emissao-Ou-Com-Meia-Nota-Fiscal>. Acesso em 11 de junho de 2020.

SEN, Amartya. **Comportamento econômico e sentimentos morais.** Lua Nova No. 25 São Paulo Apr. 1992. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451992000100005&lng=pt&tlng=pt. Acesso em 28 de abril de 2020.

SANTOS, Luciano. **A influência da carga tributária na vida dos brasileiros. Jus.com.br, elaborado e publicado em julho de 2018.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/67606/a-influencia-da-carga-tributaria-na-vida-dos-brasileiros>. Acesso em 03 de junho de 2020.

SINDICATO NACIONAL DOS PROCURADORES DA FAZENDA NACIONAL – SINPROFAZ. **Sonegação no Brasil – Uma estimativa do desvio da arrecadação do exercício de 2018**, publicado em julho de 2019, Brasília. Disponível em:

<http://www.quantocustaobrasil.com.br/artigos/sonegacao-no-brasil-uma-estimativa-do-desvio-da-arrecadacao-do-exercicio-de-2018>. Acesso em 10 de maio de 2020.

SMITH, Adam. **Teoria dos sentimentos morais**. São Paulo, Ed. Martins Fontes 1999.

SPERB, Paula. **Operação detecta sonegação de r\$ 700 mi e r\$ 5 bi enviados ao exterior**. GZH Economia, Rio Grande do Sul, publicado em 17 de junho de 2020. Disponível em:

<https://gauchazh.clicrbs.com.br/economia/noticia/2020/06/operacao-detecta-sonegacao-de-r-700-mi-e-r-5-bi-enviados-ao-exterior-ckbjk1if9005201jfe91h5h1m.html>. Acesso em 30 de agosto de 2020.

STORINO, Fabio F. **Pequenos delitos**. Centro de Estudos em Sustentabilidade da EAESP, 2012. Disponível em: [http://search.ebscohost.com/login.aspx?](http://search.ebscohost.com/login.aspx) Acesso em 29 de setembro de 2020.

SUDRÉ, Lu. **Entenda por que os pobres pagam mais impostos no Brasil**. Brasil de fato, São Paulo, publicado em 28 de janeiro de 2019. Disponível em:

<https://www.brasildefato.com.br/2019/01/28/entenda-porque-os-pobres-pagam-mais-impostos-no-brasil>. Acesso em 02 de junho de 2020.

TASINAFFO, Fernanda. **O crime de contrabando e o seu espaço no meio virtual com o comércio de medicamentos**. Canal ciências criminais. Publicado em 01 de maio de 2018. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/contrabando-meio-virtual/>. Acesso em 14 de maio de 2020.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL – BRASIL. **Índice de percepção de corrupção 2019**. Publicado em 2019 (sem especificação de data). Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/ipc/>. Acesso em 06 de junho de 2020.

THE WORLD BANK. **Index (World Bank Estimate) – DATA GINI**, última atualização do índice em 2018. Disponível em: <https://data.worldbank.org/indicator/SI.POV.GINI>. Acesso em 26 de maio de 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. **Apropriação Indébita.** Publicado a 5 anos atrás. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/apropriacao-indebita>. Acesso em 07 de junho de 2020.

VVF CONSULTORES. **Tributos diretos e indiretos: você sabe qual é a diferença?** Publicado em 21 de maio de 2017. Disponível em: <https://vvfconsultores.com.br/blog/tributos-diretos-e-indiretos-qual-a-diferenca/>. Acesso em 17 de maio de 2020.

VIESSERI, Bruna. **Polícia civil apreende cerca de 450 mil maços de cigarros ilegais em depósito de cachoeirinha.** GZH Economia, publicado em 05 de maio de 2020. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2020/05/policia-civil-apreende-cerca-de-450-mil-macos-de-cigarros-ilegais-em-deposito-de-cachoeirinha-ck9ug8r5700n2015naoyrdbcv.html>. Acesso em 04 de setembro de 2020.

WOLFFENBÜTTEL, Andréa. **O que é? – Índice de GINI.** Ipea – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. 2004. Ano 1. Edição 4 - 1/11/2004. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&id=2048:catid=28. Acesso em 26 de maio de 2020.



Este trabalho possui uma Licença *Creative Commons - Atribuição 4.0 Internacional*.

Agradecimentos

Alexandre Favaro Lucchesi:

Colabora com esta iniciativa cumprimentando Elisa e seus colegas Henrique Gomes Oliveira e Kleber Miranda Izidoro.

Elisa Barreto da Rocha:

Dedico esse artigo a meus pais, que sempre me incentivaram e me ofereceram suporte, além de agradecer professor Alexandre Lucchesi pela confiança, orientação, incentivo e todo o seu tempo aplicado em nosso artigo.

Como citar este artigo (ABNT)

LUCCHESI, Alexandre Favaro; ROCHA, Elisa Barreto da. Os Impactos dos Crimes Tributários no Brasil (2010-2020). *Revista Semestral de Direito Econômico*, Porto Alegre, v. 02, n. 02, e2202, jul./dez. 2022. <https://doi.org/10.51696/resede.e2202>

Recebimento: 16/02/2021

Avaliação preliminar: 16/02/2021

Aprovação: 11/12/2023



**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO ECONÔMICO**

CONCURSO DE REMÉDIOS NA HIPÓTESE DE VIOLAÇÃO DA CLÁUSULA DE DECLARAÇÕES E GARANTIAS EM CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA

Multiplicity of Legal Remedies in Case of Violation of The Representations and Warranties Clause Agreed upon in Share or Quota Purchase Agreements

Lucas Vilela dos Reis da Costa Mendes  

FCI Arb, LL.M. Queen Mary, University of London (merits), diretor do Curso Prático de Arbitragem, sócio de Laudelino Advogados.
E-mail: lucas@laudelino.com.br

Joana Egito  

ACI Arb, Advogada.
E-mail: joanaegito@gmail.com

Resumo: Esse artigo se propõe a discutir os diferentes remédios que o nosso ordenamento jurídico oferece em caso de violação da cláusula de declarações e garantias (“R&Ws”) convencionadas em contratos de compra e venda de participação societária. Isto é, o regime jurídico aplicável ao seu descumprimento, o que abrange não apenas as consequências pactuadas pelas partes, mas também as implicações da utilização dos institutos jurídicos que conformam o regime legal do comprador, notadamente, responsabilidade contratual, erro, dolo, vícios redibitórios e evicção. O objetivo é debater a frequente situação de concurso de tutelas à qual o comprador é exposto ao pleitear o inadimplemento de R&Ws do vendedor, hipótese que expõe aquele a considerável complexidade jurídica, justificando um estudo comparativo entre os remédios disponíveis, seus critérios, efeitos e efetiva utilidade.

Palavras-chave: Contratos; M&A; Declarações e garantias; Concurso de tutelas.

Abstract: This article aims to discuss the different remedies that our legal system offers in case of violation of the representations and warranties clause (“R&Ws”) agreed upon in share or quota purchase agreements. That is, the legal regime applicable to its non-compliance, which covers not only the consequences agreed by the parties, but also the implications of using the legal institutes that make up the legal regime of the buyer in Mergers & Acquisitions contracts, notably, contractual liability, error, willful misconduct, redhibitory defects and eviction. The objective is to discuss the frequent situation of multiplicity of legal remedies that the buyer is exposed to when claiming its rights under R&Ws provided by the seller, which exposes the former to considerable legal complexity, justifying a comparative study between the remedies available, its criteria, effects and utility.

Keywords: Contracts; M&A; Representations and Warranties; Legal remedies.

Sumário: Introdução. 1. A cláusula de declarações e garantias. 1.1 Funções. 1.2 Natureza jurídica. 1.3 A relação com as “obrigações de garantia”. 2 A violação da cláusula de declarações e garantias. 2.1 A indenização por perdas e danos como um supra-remédio. 2.2 A restrição ao uso da resolução do contrato (e a importância da *sole remedy*). 2.3 Remédios aplicáveis à violação das “legal warranties”. 2.3.1 Evicção. 2.3.2 Vícios redibitórios. 2.4 Remédios aplicáveis à violação das “business warranties”. 2.4.1 Responsabilidade civil contratual e as ideias de interesse positivo e negativo. 2.4.2 Erro. 2.4.3 Dolo. 2.4.3.1 Dolo principal. 2.4.3.2 Dolo accidental. Considerações finais.

Introdução

A cláusula de declarações e garantias, uma tradução livre e potencialmente imprecisa de “representations and warranties”, inserta nos contratos de compra e venda de participação societária (Share Purchase Agreements, “SPA”) assumiu tamanha relevância na prática empresarial¹ que, não raro, é apontada como um dos aspectos mais importantes das operações de fusões e aquisições, podendo inclusive constituir o cerne das negociações, sobretudo em aquisições de controle.²⁻³

Nada obstante a sua ampla utilização em contratos de Mergers & Acquisitions (“M&A”) e de ser costumeiramente identificada como a sua espinha dorsal – além de constituir o principal objeto de disputas pós

¹ André de Godoy Fernandes, confirmando a relevância da cláusula de declarações e garantias, se reporta a elas como o coração dos acordos de compra e venda. (FERNANDES, André de Godoy. *Mergers and Acquisitions in North America, Latin America, Asia and the Pacific – Selected Issues and Jurisdictions*. V. B. Kluwer Law, 2001, p. 108, apud MARTINS-COSTA, Fernanda M. Ensaio sobre o descumprimento de cláusulas de declarações e garantias em alienações de participações societárias com fechamento diferido. In: Aline de Miranda Valverde Terra; Gisela Sampaio da Cruz Guedes (Coords.) *Inexecução das obrigações*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2020, v. I, p. 743, nota de rodapé 7).

² NEGREIROS, Teresa. Dos vícios redibitórios e da sua articulação com as cláusulas de declarações & garantias em contratos de compra e venda de empresas. In: BENETTI, Giovana; RODRIGUES, André Corrêa; FERNANDES, Márcia Santana; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro; PARGENDLER, Mariana; VARELA, Laura Beck (Orgs.) *Direito, cultura, método: Leituras da obra de Judith Martins-Costa*. Rio de Janeiro: GZ, 2019, p. 813, apud MARTINS-COSTA, Fernanda M., op. cit., pp. 742-743.

³ Ressaltando a relevância do tema proposto, Mariana Pargendler e Carlos Portugal Gouvêa destacam que as cláusulas de declarações e garantias, ainda que, até hoje ignoradas por boa parte da doutrina brasileira, estão, com grande frequência, entre as mais negociadas em contratos de compra e venda de participações societárias e entre as mais discutidas em disputas subsequentes. (PARGENDLER, Mariana; GOUVÊA, Carlos Portugal. *As diferenças entre declarações e garantias e os efeitos do conhecimento do adquirente*. São Paulo: FGV Direito, 2000. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=3668391>. Acesso em 22.11.2024).

fechamento –, a doutrina pátria apenas recentemente passou a se debruçar mais detidamente sobre a sua função, natureza jurídica e as dificuldades oriundas da importação de um instituto tão tipicamente anglo-estadunidense ao nosso sistema jurídico.⁴

O presente trabalho tem como foco identificar as *consequências jurídicas da violação das declarações e garantias prestadas pelo vendedor*, bem como os *remédios* conferidos ao comprador, em geral, por meio da cláusula de indenização, a que se somam aqueles que compõem o regime legal da tutela do comprador-credor disciplinada no Código Civil.⁵⁻⁶

A proposta deste trabalho, em outras palavras, é a apresentação de um *mapa* dos principais remédios jurídicos aplicáveis ao descumprimento das cláusulas de declarações e garantias, comparando os elementos basilares de cada um. Tal finalidade se justifica: a experiência em disputas desta natureza mostra que o operador do direito se defronta com a possibilidade de utilização de diferentes tutelas⁷ para o que muitas vezes parece ser a mesma situação. Quando uma mesma violação parece autorizar, por exemplo, uma tutela indenizatória e uma tutela redibitória; qual delas escolher? Tal questionamento, na prática, se materializa em uma abordagem superficial,

⁴ Na prática jurídica brasileira é recorrente a transposição de cláusulas padronizadas ou modelos contratuais originários da Common Law, revelando uma influência americana no direito local profundamente entranhada na prática jurídica dos escritórios de advocacia. A recepção de soluções de ordenamentos jurídicos distintos, no entanto, comumente acontece sem comparação prévia ou através de comparações excessivamente superficiais, impactando em maior ou menor medida na conformação das soluções estrangeiras ao ordenamento jurídico local. A esse respeito, Judith Martins-Costa salienta o fenômeno da importação acrítica de soluções estrangeiras. (MARTINS-COSTA, Judith. *Autoridade e Utilidade da Doutrina: a construção dos modelos doutrinários*. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *Modelos de Direito Privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 22).

⁵ Aprofundando-se no estudo da cláusula de declarações e garantias, confira-se: MEDEIROS, Mariana Mendes. *Cláusulas de declarações e garantias: nos contratos internacionais de aquisição de empresas ou ativos*. 2006. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006; e GREZZANA, Giacomo. *A Cláusula de Declarações e Garantias em Alienação de Participação Societária*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

⁶ No direito brasileiro, nos contratos de compra e venda, o comprador é protegido pelos institutos dos vícios redibitórios, da evicção, do erro, do dolo e da responsabilidade por falha ao dever de informar. Sendo certo que nada obsta que as declarações e garantias sejam aplicadas em conjunto com os referidos institutos jurídicos que conformam o regime legal da defesa do comprador. (MARTINS-COSTA, Fernanda M. *Op. cit.*, p. 742, nota de rodapé 6). Nesse mesmo sentido, vide MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *As Cláusulas De Representação e Garantia e a Aplicação Do Princípio Da Boa-Fé Objetiva Nos Contratos Paritários*. *Pública Direito*, 2015. Disponível em: www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9544120004d9a4b1. Acesso em 22.11.2024.

⁷ Utilizaremos as expressões “remédios” e “tutelas” como sinônimos neste estudo.

quando não equivocada, de cada um dos remédios disponíveis, inviabilizando, muitas vezes, a pretensão como um todo.

Ver-se-á que entre um remédio e outro existe considerável variação nos elementos jurídicos necessários à sua caracterização, algo que, na prática contenciosa, pode ser de grande valia por conta da situação específica dos fatos e da redação contratual. Fato é que, por exemplo, a tutela indenizatória pressupõe a tríade culpa-nexo-dano, ao passo que os vícios redibitórios dependem da demonstração do “vício oculto” que tornem a coisa “*imprópria ao uso a que é destinada*” ou “*lhe diminua o valor*”, elementos em muito diferentes que, além de tratamento dogmático deveras estranho, especialmente no contexto das operações de M&A, demandam elementos de prova sensivelmente diferentes.

A esta gama de tutelas que compõem o regime legal e contratual da defesa do comprador chamamos de *concurso de tutelas*⁸ que, conforme a situação fática, poderão ou não ser utilizados simultaneamente e para maior ou menor vantagem do adquirente que deles se socorre. Ver-se-á que, a despeito da sobreposição de diferentes institutos aplicáveis à mesma violação, poucas vezes se está perante uma hipótese em que, efetivamente, um remédio se aplique em desfavor de outro.⁹

Neste contexto e diante da aparente confusão entre os efeitos da violação de uma declaração e garantia - que, a princípio, ensejaria o direito à indenização (ou a deflagração da consequência avençada especificamente para a sua desconformidade) -, e os efeitos de outros remédios que

⁸ Expressão utilizada pelo Prof. Francisco Marino ao se debruçar sobre o tema em questão em aula ministrada em 15.02.2022, no curso de Direito Civil Aplicado: Disputas de M&A intitulada “Pós-fechamento e Quebra de Declarações e Garantias” oferecida pelo Curso Prático de Arbitragem, e que serviu de fonte de inspiração para o presente artigo. Disponível em <https://www.youtube.com/live/DxWdn8RUvI?feature=share>.

⁹ Um importante exemplo que será tratado abaixo é o da relação entre o vício redibitório e a tutela indenizatória por responsabilidade contratual. Imagine-se a hipótese de compra de uma sociedade cujo único ativo é um imóvel e, depois da transferência das cotas, descobriu-se que a casa ali construída possui sérios problemas de alicerces que a inutilizam, violando a literalidade de declaração e garantia afirmando o oposto. Seria possível o comprador buscar tanto uma tutela indenizatória (pleiteando perdas e danos consistentes nos custos relativos à construção de uma nova casa), quanto uma tutela redibitória, “reclamando o abatimento do preço” (consistente no preço que seria pago se soubesse a existência do vício oculto)? A despeito de a situação indicar aparente hipótese de concurso de tutelas, concluiremos que o vício redibitório não se aplica a este caso - pois, como se verá, tem o seu escopo de aplicação limitado às declarações e garantias qualificadas como “legal warranties”. Tantas outras situações em que o concurso de tutelas não passa de aparência serão tratadas neste trabalho.

conformam o regime legal da defesa do comprador, é que se faz atual e relevante o presente estudo.

1 A cláusula de declarações e garantias

A cláusula de declarações e garantias pode ser descrita como uma técnica contratual por meio da qual as partes fazem afirmações positivas ou negativas sobre diversos aspectos do bem objeto do negócio, e cuja exatidão é garantida pela parte que as presta.¹⁰⁻¹¹

Enquanto as declarações e garantias prestadas pelos vendedores costumam relacionar-se à própria qualidade da empresa-alvo,¹²⁻¹³ as

¹⁰ MENDES-MEDEIROS, Mariana. Op. cit., p. 178, apud GREZZANA, Giacomo. Op. cit., p. 19.

¹¹ Vale lembrar que o foco deste estudo são as declarações e garantias prestadas pelo vendedor e, com mais ênfase, as consequências de sua violação (“breach”). Isto porque é o comprador que está exposto a todo o tipo de risco decorrente da aquisição da empresa-target, em especial quando se está em jogo a compra e venda da participação societária de controle. Por outro viés, não há de se olvidar da assimetria informacional (corolário lógico do fato de que é o vendedor que detém mais informações sobre a sociedade a ser adquirida). Logo, não é de se estranhar que sejam as eventuais desconformidades verificadas no pós *closing*, pelo comprador, das declarações e garantias prestadas pelo vendedor, um dos objetos mais frequentes de disputa em operações de M&A. Nesse sentido, vide: MARTINS-COSTA, Fernanda M. Op. cit., p. 742.

¹² A propósito, vide WALD, Arnoldo. Dolo accidental do vendedor e violação das garantias prestadas. Revista dos Tribunais, 2014, n. 949. Acesso pelo RTOonline.

¹³ Giacomo Grezzana pontua que, em alienações de participação societária, as declarações e garantias costumam abranger um amplo espectro de áreas da sociedade-alvo para as quais o adquirente busca proteção. Na sequência o autor elenca os conteúdos abarcados pelas principais declarações e garantias, quais sejam: (i) existência e regular constituição da sociedade e suas subsidiárias, (ii) titularidade plena das ações ou quotas da sociedade-alvo (iii) inexistência de restrições ao direito de voto, dividendos e demais direitos da relação societária, (iv) inexistência de efeitos adversos e não violação de contratos ou leis pela transferência da participação, (v) exatidão das demonstrações financeiras da sociedade e contabilização de acordo com princípios geralmente aceitos, (vi) cumprimento de normas tributárias e previdenciárias pela sociedade-alvo, (vii) cumprimento de normas trabalhistas, (viii) cumprimento de normas ambientais e detenção de todas as licenças ambientais necessárias ao funcionamento da sociedade, bem como o correto cumprimento de suas condicionantes, (ix) cumprimento dos contratos da sociedade com clientes, fornecedores e prestadores de serviço, (x) titularidade de todos os ativos de propriedade intelectual necessários ao desempenho das atividades sociais ou detenção de licenças sobre os mesmos, (xi) situação da sociedade com relação a litígios em curso, (xii) detenção de autorizações regulatórias e governamentais para exercer as atividades da sociedade-alvo, (xiii) contratação de apólices de seguro suficientes para conduzir os negócios sociais e quitação em dia dos respectivos prêmios, (xiv) propriedade sobre bens móveis e

prestadas pelos compradores normalmente dizem respeito à capacidade financeira para honrar as obrigações assumidas no contrato e à viabilidade jurídica deste.¹⁴

Cumpre lembrar que a cláusula de declarações e garantias é um modelo negocial oriundo da *common law* concebido justamente para afastar a regra geral vigente naquele sistema jurídico: lá, inexistia um dever legal do vendedor de informar o comprador sobre “todos os fatos, situações e eventuais defeitos do bem” objeto da operação.¹⁵ É, portanto, neste contexto, a que se somam o princípio *caveat emptor*¹⁶ e a *parol evidence rule*¹⁷, que as *representations and warranties* passaram a ser inseridas nos contratos.

Nesse passo, a razão de ser da cláusula na *common law* é retirar a responsabilidade das partes em um contrato de alienação de participação societária do tratamento ordinário da regulação jurídica, de forma a manter o alienante responsável por determinadas vicissitudes da sociedade-alvo

imóveis da sociedade e, cada vez mais, tem-se incluído também declarações sobre (xv) observância da legislação anticorrupção. (GREZZANA, Giacomo. Op. cit., p. 63.)

¹⁴ Nesse contexto, não é incomum que o comprador, quando pessoa jurídica, declare que sua constituição é regular e que conduz regularmente suas atividades; que o contrato é válido, vinculante, e que não viola obrigações legais ou contratuais; que a celebração e o cumprimento do contrato não resultam descumprimento ou violação dos documentos societários do comprador; dentre outros aspectos. (BOTREL, Sérgio. Fusões & aquisições. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pp 311-312).

¹⁵ Relativamente à diferença no tratamento das informações pré-contratuais entre os direitos do sistema romano-germânico e os de *common law*, o Prof. Arnoldo Wald esclarece que, neste último, vigora o princípio *caveat emptor* (conquanto mitigado na Inglaterra e apenas parcialmente adotado nos EUA). Contrariamente, a tradição do direito francês, que influenciou o brasileiro, foi, desde Pothier, no sentido de, progressivamente, admitir a obrigação do vendedor de informar o comprador do modo mais amplo possível, fazendo o *full disclosure* de todos os fatos, situações e eventuais defeitos do bem vendido ou da documentação a ele relativa. (WALD, Arnoldo. Op. cit.)

¹⁶ Há de se ressaltar que, a despeito de o princípio *caveat emptor* estar sendo sistematicamente mitigado no sistema jurídico da *common law*, ainda recai sobre o adquirente o ônus de tomar todas as medidas preventivas necessárias para proteger seus interesses, sob pena de, não o fazendo, arcar com um negócio desvantajoso. (GREZZANA, Giacomo. Op. cit., p. 27.)

¹⁷ Segundo a qual o documento contratual deve ter primazia sobre outros materiais interpretativos. Tratando do assunto, Grezzana destaca que a *parol evidence rule* vem sendo substituída pelas *entire agreement clauses*, em que as próprias partes limitam o acervo interpretativo ao documento escrito do contrato. (GREZZANA, Giacomo. Op. cit., p. 29.)

mesmo após a sua saída, total ou parcial, do quadro societário, como bem salienta Giacomo Grezzana com esteio na lição de Rubén Kraiem.¹⁸⁻¹⁹

Segundo Catarina Monteiro Pires, as declarações e garantias conferem ao comprador direitos adicionais em relação ao catálogo legal, e correspondem “à promessa de que um estado de coisas existe”. Tal “estado de coisas” é identificado por meio das próprias declarações e garantias, “através da fixação de características ou qualidades de certo bem, ou conjunto de bens, de certo negócio ou de certa situação jurídica”.²⁰

Daí extrair-se que, a depender da interpretação da avença no caso concreto, as declarações e garantias prestadas pelo vendedor são verdadeiras obrigações contratuais cuja violação gera o inadimplemento e a consequente responsabilidade do vendedor.²¹ Ver-se-á, no entanto, que as declarações e garantias são mais do que isso. O estudo atento de suas características, finalidades e efeitos mostra um quadro complexo, em que tais cláusulas precisam ser subdivididas em grupos menores para o tratamento jurídico adequado.

1.1 Funções

No sistema jurídico brasileiro, as principais *funções* da cláusula são (i) mitigar a assimetria informacional entre vendedor e comprador e (ii) permitir a aplicação de um regime autônomo de alocação de riscos entre os contratantes. Vale ressaltar que tais funções podem estar ou não realçadas a

¹⁸ KRAIEM, Rubén. Leaving money on the table: contract practice in a low-trust environment. *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 42, 2004, p. 726, apud GREZZANA, Giacomo. Op. cit., p. 20.

¹⁹ Em sentido análogo, Deborah Pereira Pinto dos Santos e Marília Lopes: “(A)s cláusulas de declarações e garantias assumem papel relevante na gestão positiva dos riscos contratuais. Isso porque elas representam a alteração da disciplina legal – na qual vigora a regra da não responsabilização do vendedor (como visto, caveat emptor na common law) – por meio da autonomia negocial.” (SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos; LOPES, Marília. Notas sobre a responsabilidade contratual do alienante pela violação das cláusulas de declarações e garantias nos contratos de alienação de participação societária representativa de controle. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, v. 24, p. 241-260, abr./jun. 2020).

²⁰ PIRES, Catarina Monteiro. Aquisição de empresas e de participações acionistas: problemas e litígios. Coimbra: Almedina, 2019, p. 63.

²¹ WALD, Arnoldo. Op. cit.

depender do caso concreto, não sendo possível sua análise em abstrato, i.e, descolada da apreciação do programa contratual como um todo.²²

Confirmando a sua finalidade informativa, Judith Martins-Costa aduz que a “principal função dessas cláusulas (de declarações e garantias) é a de permitir a progressiva redução da assimetria de informações durante a fase de formação do negócio”.²³

O Prof. Arnoldo Wald, por sua vez, identifica na cláusula de declarações e garantias as funções *informativa* (em relação às características do negócio alienado), *protetora* (em relação às informações ali descritas e quanto a eventuais contingências já existentes, mas descobertas apenas após o fechamento) e *responsabilizadora* (delineando o escopo da responsabilidade das partes uma em relação à outra – sobretudo do vendedor em relação ao comprador).²⁴

²² Confirmando a sua finalidade informativa, Judith Martins-Costa aduz que a “principal função dessas cláusulas (de declarações e garantias) é a de permitir a progressiva redução da assimetria de informações durante a fase de formação do negócio, esclarecendo o provável comprador sobre a vida da empresa e assegurando-lhe que as informações prestadas são probas. Quando apostas nos sucessivos instrumentos que vão gradativamente sendo formalizados, as declarações e garantias constituem mecanismo que permite a revelação das informações relevantes ao *business* negociado e a assunção de responsabilidades, em sentido amplo sobre o declarado e garantido. Por isso, a primeira e mais genérica função das declarações e garantias é a de suprir lacunas do conhecimento do comprador a respeito do negócio que está a realizar”. (MARTINS-COSTA, Judith. Contrato de compra e venda de ações. Declarações e garantias. Responsabilidade por fato de terceiro. Inadimplemento, pretensão, exigibilidade, obrigação. Práticas do setor e usos do tráfego jurídico. Parecer. In: CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de; AZEVEDO, Luis André; HENRIQUES, Marcus de Freitas (coord.). Direito societário, mercado de capitais, arbitragem e outros temas: homenagem a Nelson Eizirik. São Paulo: Quartier Latin, 2020. v. 3, p. 67-90. p. 75).

²³ A autora complementa afirmando que a cláusula esclarece “o provável comprador sobre a vida da empresa e assegurando-lhe que as informações prestadas são probas. Quando apostas nos sucessivos instrumentos que vão gradativamente sendo formalizados, as declarações e garantias constituem mecanismo que permite a revelação das informações relevantes ao *business* negociado e a assunção de responsabilidades, em sentido amplo sobre o declarado e garantido. Por isso, a primeira e mais genérica função das declarações e garantias é a de suprir lacunas do conhecimento do comprador a respeito do negócio que está a realizar”. (MARTINS-COSTA, Judith. Contrato de compra e venda de ações. Declarações e garantias. Responsabilidade por fato de terceiro. Inadimplemento, pretensão, exigibilidade, obrigação. Práticas do setor e usos do tráfego jurídico. Parecer. In: CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de; AZEVEDO, Luis André; HENRIQUES, Marcus de Freitas (coord.). Direito societário, mercado de capitais, arbitragem e outros temas: homenagem a Nelson Eizirik. São Paulo: Quartier Latin, 2020. v. 3, p. 67-90. p. 75).

²⁴ WALD, Arnaldo. Op. cit., p. 97.

Reconhecendo o seu caráter multifuncional, Mariana Mendes-Medeiros, em pioneiro trabalho acadêmico específico sobre as R&Ws na doutrina brasileira, entende que a cláusula pode exercer três funções: (i) informativa (ao fornecer informação ao outro contratante); (ii) probatória (ao fornecer documentos ao outro contratante); e (iii) protetora (ao proteger o comprador em relação às declarações feitas e às eventuais contingências que vierem a surgir).²⁵

Já Giacomo Grezzana vislumbra quatro funções distintas que a cláusula pode desempenhar. Em seu laborioso exame, o autor mantém as duas primeiras funções da classificação feita por Mariana Mendes-Medeiros (i.e, *informativa* e *probatória*), porém desdobra a *função protetora* em outras duas funções: a *função assecuratória* e a *função conformativa*.

Ao desempenhar a *função assecuratória*, explica o autor, a cláusula visa a eliminar os riscos relacionados à eventual desconformidade das declarações e garantias com a realidade. Nesta função, o declarante assume verdadeira obrigação de garantir o declarado contra os riscos de materialização de determinado evento adverso ao outro contratante. Por outro lado, ao exercer a *função conformativa*, a cláusula visa a conformar a obrigação do declarante especificando as qualidades do objeto da alienação. Por consequência, as qualidades prometidas na cláusula deixam de ser uma obrigação distinta daquela de dar a participação societária, amalgamando-se a ela - característica fundamental ao seu tratamento jurídico, como se verá abaixo.²⁶

No direito estrangeiro, é amplamente difundida a distinção quanto ao conteúdo das declarações e garantias entre *legal warranties* e *business warranties*. *Legal warranties* são as declarações e garantias que recaem sobre as próprias ações ou quotas; e *business warranties*, as que versam sobre o patrimônio e a atividade da sociedade alvo. Esta, como se verá na sequência, será uma diferenciação crítica para fins de identificação dos remédios aplicáveis à violação das declarações e garantias, especialmente para fins da evicção e dos vícios redibitórios.

Nessa esteira, a doutrina que encampa esta diferenciação entende que *business warranties* têm natureza jurídica de obrigação de garantia, ao passo que as *legal warranties* seriam, em essência, uma repetição do regime dos

²⁵ MEDEIROS, Mariana Mendes. Op. cit., apud MARTINS-COSTA, Fernanda M. Op. cit., pp. 747-748.

²⁶ GREZZANA, Giacomo. Op. cit., p. 69 et seq.

vícios redibitórios e de direito (evicção), atraindo o tratamento jurídico que é peculiar a estes institutos.²⁷

Seja qual for o critério de classificação adotado, fato é que a doutrina reconhece o caráter multifuncional da cláusula e a sua conotação de reforço jurídico na medida em que serve de instrumento para alocar os riscos relacionados às participações societárias objeto do contrato,²⁸ bem como à situação jurídica e patrimonial da sociedade-alvo.²⁹ Verdade seja dita, as cláusulas de declarações e garantias não são apenas um parágrafo em que o vendedor assume obrigações amplas e indiscriminadas. Ao contrário, trata-se de uma cláusula com grande número de subitens, cada um dando tratamento a determinada hipótese, muitas vezes atrelando diferentes efeitos, cada qual, frequentemente, objeto de exceções indicadas nos anexos do contrato. Daí, por conta da multiplicidade de hipóteses e de tratamentos, o regime aplicável às declarações e garantias acabar apontando em diferentes direções.

Por outro lado, a transposição automática deste instituto típico da *common law* aos contratos no Brasil impõe uma análise cuidadosa de como tal modelo estrangeiro adapta-se aos nossos institutos jurídicos, bem como os limites de sua aplicação e, sobretudo, os efeitos de seu descumprimento.³⁰

1.2 Natureza jurídica

Do ponto de vista do momento temporal a que cada uma se refere, de fato, há uma diferença ontológica entre “representations” e “warranties”, como bem observa Giacomo Grezzana. Segundo o autor, as *representations* referem-se a fatos passados ou presentes, ao passo que as *warranties*, a fatos futuros. Nesse sentido, as *representations* seriam declarações de que determinados fatos existem no presente ou existiram no passado, ao passo que as *warranties* seriam promessas contratuais para o futuro de que tais declarações sobre determinados fatos são verdadeiras.³¹

²⁷ GREZZANA, Giacomo. Op. cit., p. 90; 214-215.

²⁸ Notadamente como instrumento de garantia e tutela complementar do adquirente.

²⁹ MARTINS-COSTA, Fernanda M. Op. cit., pp. 742-743.

³⁰ A este respeito, vide GREZZANA, Giacomo. Op. cit., p. 21 e ss.

³¹ GREZZANA, Giacomo. Op. cit., p. 52-53.

Contudo, o próprio autor adverte sobre a irrelevância prática de tal distinção, uma vez que as partes costumam dar a ambas o mesmo tratamento jurídico consolidando-as no binômio *representations and warranties*, tão comum nos contratos de alienação de participação societária, não se justificando a separação.³²

Ainda com a ressalva de que exista, em tese, um critério distintivo abstrato, é preferível admitir o que a prática jurídica já consagrou: os dois termos (“declarações” e “garantias”) são equiparados e correspondem a um só conceito, unitariamente considerado no seu significado de instrumento de garantia e tutela complementar do comprador.

Superado o tema da distinção conceitual que, como visto, não tem efeito na prática, tarefa muito mais espinhosa é a identificação da natureza jurídica das declarações e garantias, questão subjacente à correta determinação das consequências jurídicas de sua violação.

Ao dissecar a relação entre a cláusula de declarações e garantias e dolo por defeito informativo, Giovana Benetti³³ faz questão de destacar o quão árduo é o tema da natureza jurídica dessas cláusulas, não sendo assente na doutrina se trata-se de meras declarações, verdadeiras obrigações de garantia, obrigações de resultado ou de uma prestação como outra qualquer, ensejando inadimplemento contratual.³⁴

Com acerto, Giacomo Grezzana defende que a natureza jurídica da cláusula de declarações e garantias varia conforme a função concretamente exercida por ela. Logo, é a *função* especificamente desempenhada que vai determinar a sua natureza jurídica e esta, por sua vez, apontará a submissão da cláusula a um regime jurídico ou outro.³⁵ A análise, portanto, é *casuística*, a depender da redação colocada em debate e dos efeitos extraídos do regulamento contratual.

Resumidamente, em sua opinião, a cláusula de declarações e garantias assumirá a seguinte natureza jurídica em razão da função desempenhada: (i) na função assecuratória, a cláusula assume a natureza jurídica de obrigação de garantia; e (ii) na função conformativa, a natureza de obrigação de dar. Em ambas as hipóteses, a cláusula tem a natureza de negócio jurídico, atraindo o regime do inadimplemento contratual. Já nas funções informativa

³² GREZZANA, Giacomo. Op. cit., p. 53.

³³ BENETTI, Giovana. Op. cit., p. 139.

³⁴ GREZZANA, Giacomo. Op. cit., p. 172.

³⁵ GREZZANA, Giacomo. Op. cit., p. 172.

e probatória, as declarações e garantias assumem a natureza jurídica de simples informação pré-negocial, atraindo os regimes do erro e do dolo.³⁶

A identificação das diferentes categorias jurídicas nas quais as declarações e garantias podem se enquadrar será etapa fundamental à abordagem do presente trabalho. Voltaremos a este tema em breve. Vale agora o aprofundamento das assim chamadas obrigações de garantia, essenciais à compreensão do tratamento das cláusulas objeto deste estudo.

1.3 A relação com as “obrigações de garantia”

As obrigações podem ser classificadas em categorias segundo diferentes critérios, conforme o enfoque e a metodologia empregada.³⁷ Quanto à *finalidade* a que se destinam, as obrigações são classificadas em *de meio*, *de resultado* e *de garantia*.³⁸

³⁶ Grezzana ressalta que, dentro das funções informativa e probatória, as cláusulas podem assumir a natureza de simples informação pré-negocial, caso em que se submetem ao regime da responsabilidade pré-contratual e atraem os regimes dos vícios de vontade por erro e dolo. Isto porque, nesta função, as declarações e garantias são como meros enunciados de fato que, com apoio na doutrina de Pontes de Miranda, são verdadeiros ou falsos, mas não são, propriamente, manifestações de vontade. (GREZZANA, Giacomo. Op. cit., p. 173; 76-79, e nota de rodapé 225).

³⁷ Com efeito, Carlos Roberto Gonçalves, aduz que, desde o Direito Romano, as obrigações são distinguidas, basicamente, quanto ao *objeto*, em obrigações de dar, fazer e não fazer. Quanto a seus *elementos*, dividem-se as obrigações em *simples* e *compostas* ou *complexas*. As obrigações compostas com multiplicidade de objetos, por sua vez, podem ser *cumulativas*, também chamadas de *conjuntivas*, e *alternativas*, também denominadas *disjuntivas*. As obrigações compostas com multiplicidade de sujeitos podem ser *divisíveis*, *indivisíveis* e *solidárias*. E as obrigações podem ser classificadas, ainda, quanto à *exigibilidade*, em civis e naturais; quanto ao fim, em *de meio*, *de resultado* e *de garantia*; quanto ao *momento de seu cumprimento*, em de execução instantânea, diferida e periódica ou de trato sucessivo; quanto aos *elementos acidentais*, em puras, condicionais, a termo e com encargo ou modais; quanto à *liquidez do objeto*, em líquidas e ilíquidas; *reciprocamente consideradas*, em principais e acessórias. (GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 2: Teoria geral das obrigações. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 59-62.) (grifos nossos)

³⁸ Tem-se admitido a obrigação de garantia como um *tertium genus* ao lado das obrigações de meio e de resultado, sobretudo a partir do estudo do Prof. Fábio Konder Comparato, publicado em 1967, intitulado, justamente, “Obrigações de meios, de resultado e de garantia”. (COMPARATO, Fábio Konder. Obrigações de meios, de resultado e de garantia. In Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial, vol. 4, p. 63-78. Acesso pelo RTOOnline).

Segundo o Prof. Fábio Konder Comparato, enquanto na obrigação de *meio* o conteúdo da obrigação é a atividade diligente do devedor em vista do resultado almejado, na obrigação de *resultado*, o conteúdo da obrigação é o próprio atingimento de um resultado determinado. Por sua vez, a obrigação de *garantia* se esgota na “eliminação de um risco que pesa sobre o credor”. Logo, o simples fato de assumir a garantia contra o risco já perfaz a obrigação do garante. Exemplos clássicos deste tipo de obrigação são aquelas assumidas pelo segurador em relação ao segurado e do fiador em relação ao devedor.³⁹

Na lição de Emilio Betti, a obrigação de *garantia* se esgota na garantia de ocorrência de um fato objetivo, pura e simplesmente,⁴⁰ valendo destacar que o garante responde independentemente de culpa e mesmo nos casos fortuitos ou eventos de força maior, uma vez que o conteúdo da obrigação é a eliminação de um risco, que pode, inclusive, ser um acontecimento não casual, alheio à sua vontade e controle.⁴¹ Nessa esteira, Giacomo Grezzana pontua que, a depender da função desempenhada, a cláusula de declarações e garantias pode, sim, ser qualificada como obrigação de garantia no direito brasileiro.⁴²

2 A violação da cláusula de declarações e garantias

Pois bem, demonstrada a relevância das cláusulas de declarações e garantias, seguimos para o tratamento jurídico aplicável à sua violação.⁴³

³⁹ COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., p. 63-78.

⁴⁰ BETTI, Emilio. Teoria generale delle obbligazioni. Vol. II. Milão: Giuffrè, 1953, p. 83-83, apud GREZZANA, Giacomo. Op. cit., p. 176, nota de rodapé 618.

⁴¹ Nesse sentido, vide: GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit., p. 210-211.

⁴² O autor justifica tal posicionamento na medida em que todos os elementos essenciais da obrigação de garantia (quais sejam, garantia, interesse e risco) podem estar presentes no acordo das partes. A garantia em si é a colocação do alienante garantidor na posição de responder pela ocorrência do fato objetivo que é a desconformidade das declarações e garantias com a realidade. O interesse garantido do adquirente é a veracidade das declarações e garantias. O risco é a possibilidade incerta de aquilo que consta das declarações e garantias revelar-se falso após a celebração do negócio. (GREZZANA, Giacomo. Op. cit., pp. 188-189).

⁴³ Utilizamos a expressão “violação” de maneira proposital, pois pretendemos alcançar não apenas o conceito de “inadimplemento” - relacionado ao descumprimento de obrigações -, mas também outros efeitos, notadamente os regimes do erro e do dolo, e dos vícios redibitórios e da evicção.

É intuitivo que, caso verificada alguma falsidade, incorreção ou incompletude relativamente às declarações e garantias prestadas no contrato, logo se pleiteie a indenização prevista na cláusula àquela atrelada. Porém, nada obsta que, em determinadas situações, a parte, paralelamente, pleiteie a aplicação de outros remédios.

Fernanda Mynarski Martins-Costa ressalta que, em nosso sistema, nos contratos de compra e venda, o comprador é protegido pelos institutos dos vícios redibitórios (art. 441, CC), da evicção (art. 447, CC), do erro (arts. 138 e 139, I, CC), do dolo (arts. 145 e 146, CC), e da responsabilidade por falha ao dever de informar (art. 422, CC).⁴⁴⁻⁴⁵

O que determinará a conveniência ou não da estratégia de utilização do concurso de remédios - e a quais deles a parte irá recorrer em sua defesa em caso de *breach* das declarações e garantias - é a análise do caso concreto. A título de ilustração, o comprador pode valer-se do instituto do dolo accidental a fim de invalidar eventuais cláusulas de declarações e garantias que acarretem uma *exclusão de responsabilidade* (que afaste os lucros cessantes, por exemplo) e/ou de *limitação de responsabilidade* (que limite o valor da indenização a um montante que a parte julgue insuficiente para cobrir seu prejuízo) e buscar, ainda, tutela indenizatória decorrente da responsabilidade civil contratual propriamente dita.

Outra boa utilização do concurso de remédios é quando há dificuldade de ordem prática de se demonstrar o prejuízo da quebra das R&Ws. É possível, por exemplo, que o comprador consiga demonstrar que eventual falsidade, incorreção ou incompletude relativamente às declarações e garantias prestadas no contrato diminui o valor da empresa adquirida e, por

⁴⁴ Ademais, em seu entendimento, “na ausência da convenção da cláusula de declarações e garantias, o comprador não estará desprotegido, sempre podendo valer-se dos referidos institutos jurídicos que conformam o regime legal da defesa do comprador. Além disso, nada obsta que as declarações e garantias sejam aplicadas em conjunto com o mencionado regime” (MARTINS-COSTA, Fernanda M. Op. cit., p. 742, nota de rodapé 6).

⁴⁵ Tendo em vista que o presente artigo cuida da hipótese de violação da cláusula de declarações e garantias, cumpre esclarecer, desde já, que esta não atua criando uma hipótese de responsabilidade civil por falha ao dever de informar. Isto porque, de uma cláusula contratual não pode nascer responsabilidade pré-contratual, como, acertadamente, observa Giacomo Grezzana. Segundo o autor, as declarações e garantias podem tão somente funcionar como veículo e meio de prova da informação falsa repassada na fase de tratativas contratuais, caso o adquirente entenda por bem arguir falha do dever de informar na fase das tratativas, hipótese em que haveria a concorrência entre os regimes de responsabilidade por inadimplemento (por desconformidade das declarações e garantias) e de responsabilidade pré-contratual (pelo não fornecimento de uma informação). (GREZZANA, Giacomo. Op. cit., p. 307-308).

esta razão, pretenda um “abatimento de preço”, o que seria possível por meio do instituto dos vícios redibitórios - mas não por meio de uma tutela indenizatória, focada na perda patrimonial do comprador, e que não necessariamente se correlaciona com uma redução do preço. Ou que o comprador demonstre que, se soubesse desta inadequação às declarações e garantias prestadas, teria pagado menos pela *target*, o que abriria brecha para um outro pleito embasado no instituto do dolo accidental. Essas circunstâncias, dentre outras, é que justificam a invocação de outros remédios jurídicos que não aquele – ou apenas aquele – previsto no contrato.

Pois bem. Utilizaremos, a partir daqui, dois grupos de categorias empregadas por Giacomo Grezzana, os quais, em conjunto, configuram-se úteis à identificação dos remédios aplicáveis à violação das R&W's. A primeira distinção é aquela entre *legal warranties* e *business warranties* tratada acima. A segunda é a identificação da natureza jurídica das declarações e garantias conforme a sua finalidade: quando possuir função assecuratória, terá natureza de *obrigação de garantia*; quando conformativa, *obrigação de dar*; e quando informativa e protetiva, atrairá o regime do *erro* e do *dolo*.

2.1 A indenização por perdas e danos como um supra-remédio

Considerando que o adimplemento é o fim, que atrai e polariza a obrigação,⁴⁶ o inadimplemento, ao revés, é uma situação indesejada e, justamente por isso, patológica. Diante dela, o ordenamento jurídico brasileiro confere ao lesado pelo inadimplemento de determinada obrigação alguns remédios, i.e, soluções ministradas *a posteriori*, cuja função é sanar o inadimplemento ou reparar seus efeitos.⁴⁷

Tradicionalmente, admite-se a existência de quatro remédios aplicáveis ao inadimplemento contratual,⁴⁸ a saber: (i) cumprimento

⁴⁶ COUTO E SILVA, Clóvis do. A obrigação como processo. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 17.

⁴⁷ STEINER, Roberta C. Descumprimento contratual: remédios à disposição do credor lesado. In: Aline de Miranda Valverde Terra; Gisela Sampaio da Cruz Guedes. (Org.). Inexecução das obrigações. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2020, v. II, p. 298.

⁴⁸ Nada impede, no entanto, que as partes, ainda que com limites, pactuem o afastamento ou a limitação de aplicação de determinados remédios. (STEINER, Roberta C. Op. cit., p. 299, nota de rodapé 6).

específico; (ii) cumprimento pelo equivalente pecuniário; (iii) resolução do contrato; e (iv) perdas e danos.⁴⁹⁻⁵⁰⁻⁵¹ Os remédios principais - cumprimento específico, cumprimento pelo equivalente e a resolução - são mutuamente excludentes -, já as perdas e danos (supra-remédio) podem ser exigidas conjugadamente a qualquer um dos remédios principais. Quer isso dizer que, na hipótese de inadimplemento culposo, o lesado sempre terá direito à tutela indenizatória, mesmo que em concorrência com outras, como o cumprimento específico e a resolução contratual.

Ver-se-á, abaixo, que outros remédios, como a evicção, os vícios redibitórios e a anulabilidade por vício de vontade, não excluem a possibilidade de o lesado pleitear perdas e danos, o mesmo ocorrendo na responsabilidade civil por falha no dever de informar - esta fundamentalmente pautada na tutela indenizatória. Daí, mais uma razão para a identificação do remédio indenizatório como um supra-remédio, aplicável às principais tutelas oriundas da violação de declarações e garantias.

2.2 A restrição ao uso da resolução do contrato (e a importância da *sole remedy*)

A possibilidade de resolução do contrato decorre de um inadimplemento qualificado. Eis o racional contido no parágrafo único do

⁴⁹ Neste mesmo sentido, Judith Martins-Costa preceitua: “A não realização do dever contratualmente ajustado – seja de meios, resultado ou garantia – configura, se imputável ao devedor, resultando na insatisfação dos interesses do credor, *vero* e *proprio*, inadimplemento contratual. O incumprimento da obrigação por eles gerada é sancionado ou por via da execução específica, ou da mora, ou das perdas e danos com caráter substitutivo à prestação incumprida, ou da resolução, acrescida de perdas e danos.” (MARTINS-COSTA, Judith A obrigação de diligência: sua configuração na obrigação de prestar melhores esforços e efeitos do seu inadimplemento. *Católica Law Review*. Vol. IV, n. 2, mai-2020. Disponível em <https://doi.org/10.34632/catolicalawreview.2020.9321>. Acesso em, 22.11.2014)

⁵⁰ Sobre o tema, vide: STEINER, Renata C. Op. cit., p. 307-312; Zanetti, Cristiano de Souza. A perda do interesse do credor. In: Giovana Benetti et al. (Org.), *Direito, cultura e método: leituras da obra de Judith Martins-Costa*. 1ª ed., Rio de Janeiro, LMJ Mundo Jurídico, 2019, pp. 765-787.

⁵¹ Ainda que alguns autores admitam cabível, além da hipótese de resolução, as de cumprimento específico e de cumprimento pelo equivalente, em se tratando de desconformidade das declarações e garantias prestadas pelo vendedor em contratos de M&A, entendemos que tais tutelas, em geral, não se aplicam, sobretudo se a cláusula em questão tiver natureza de obrigação de garantia no caso concreto. Em sentido contrário ao nosso: SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos; LOPES, Marília. Op. cit., p. 241-260.

art. 395 do Código Civil: “se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos.” A partir desta premissa, o operador do direito poderia concluir que, se a violação a determinada declaração e garantia configurar perda do interesse útil do credor, o remédio rescisório sempre estará à mão do comprador de participações societárias.

A situação, no entanto, é peculiar no tipo de negócio objeto deste estudo. Em operações envolvendo a alienação de participação societária, apenas em casos extremos e com gravíssimos prejuízos ao interesse do comprador, é aceitável - ou mesmo possível - o remédio resolutório.⁵² Explica-se: teoricamente, o descumprimento da obrigação veiculada nas declarações e garantias pode, sim, ser sancionado com a resolução contratual (no caso de a prestação contratual perder a utilidade para o credor). Contudo, como bem pontua Giacomo Grezzana, o *standard* da perda de utilidade é “altíssimo” em operações de M&A, eis que se trata de situação que demanda segurança jurídica e lida com a real *impossibilidade* de restituir as partes ao *status quo ante*.⁵³

Relativamente à perda da utilidade da prestação para o credor, em se tratando de contrato de compra e venda de participação societária, referido autor preceitua que se deve analisar a importância de todas as violações às declarações e garantias em conjunto e não isoladamente. Isto porque, dificilmente, uma violação isolada será tão grave a ponto de minar a utilidade da prestação para o credor. Contudo, computadas em seu conjunto, todas as eventuais violações podem justificar a resolução.⁵⁴

Em suma, o autor propõe que a verificação da inutilidade da prestação - decorrente da falsidade das declarações e garantias - seja consequência, necessária e objetiva, do próprio negócio entabulado entre as partes, de modo a evitar surpreender o alienante. E mais: sem nunca perder de vista que, pela natureza do negócio jurídico, o patamar necessário para se considerar inútil a prestação deve ser altíssimo - afinal de contas, o negócio do M&A é a compra de um feixe complexo de ativos e obrigações que constituem a empresa -, devendo-se admitir o remédio resolutório apenas

⁵² Nesse sentido, confira-se TINA, Andrea. Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie. Milão: Giuffrè, 2007, p. 483, apud GREZZANA, Giacomo. Op. cit., p. 203, nota de rodapé 705.

⁵³ GREZZANA, Giacomo. Op. cit., p. 203; 236.

⁵⁴ GREZZANA, Giacomo. Op. cit., p. 236.

quando o seu interesse for severamente prejudicado pela falsidade das declarações e garantias.⁵⁵

Com mais ênfase, Catarina Monteiro Pires adverte, apropriadamente, que raros serão os casos em que o comprador pretenderá pedir a resolução do contrato de compra e venda de participação societária depois do fechamento da operação com fundamento em incumprimento das declarações e garantias. Isto porque, na generalidade dos casos, esta reação simplesmente não é exequível, nem equilibrada;⁵⁶ afinal de contas, setores da empresa *target* foram incorporados aos setores de outras empresas do grupo comprador, operações de cisão e incorporação foram efetivadas, pessoas foram demitidas, políticas foram alteradas, e assim por diante.

Não à toa, frequentemente, as partes convencionam que os únicos remédios cabíveis por violação das declarações e garantias são aqueles previstos no contrato, com exclusão de quaisquer outros. Daí a relevância da cláusula *sole remedy*. Na contratação mercantil, é frequente o uso de cláusulas que têm por objetivo tornar o regime jurídico do contrato autossuficiente e garantir uma maior segurança na aplicação do direito.⁵⁷⁻⁵⁸

⁵⁵ GREZZANA, Giacomo. Op. cit., p. 237.

⁵⁶ PIRES, Catarina Monteiro. Op. cit., p. 17.

⁵⁷ PIRES, Catarina Monteiro. Cláusulas de acordo integral e cláusulas de solução única ou de “remédio” único. In MONTEIRO. António Pinto et al. Encontros de Direito Civil II: A tutela dos credores. Lisboa: Universidade Católica, 2020, p. 70.

⁵⁸ A propósito, em tese paradigmática, Vitor Butruce, ao compreender a ruptura contratual como um processo planejado que torna os investimentos em custos de transação mais eficientes, destaca a ideia ali subjacente, qual seja, “a percepção de que os instrumentos contratuais são moldados pelos seus redatores de modo funcional, para suprir necessidades das partes e pautar estratégias para cenários de eventuais disputas futuras”.

Nesse exercício de antever as feições de uma disputa futura, devem os agentes investir em custos de transação de modo a que o resultado da soma entre os custos de negociação e os custos esperados para implementar o contrato e executá-lo no cenário litigioso (o *enforcement*) seja inferior ao benefício obtido com os incentivos assegurados, a ponto de reforçar a segurança jurídica e promover a eficiência da operação.

Em sua opinião, a qual nos filiamos, o intuito é evitar a judicialização valendo-se da técnica de *design contratual*, notadamente do planejamento do processo de ruptura das contratações empresariais, como forma de solucionar os conflitos da melhor maneira possível, descoberta e desenhada pelos grupos sociais em que se inserem. Nesse sentido, o autor assevera que “tratando-se de partes sofisticadas (como é o caso em operações de M&A), a teoria do *design contratual* pressupõe que o julgador respeite as escolhas dos agentes econômicos e exerça seu mister no espaço de discricionariedade que lhe tiver sido conferido pelo instrumento contratual – pois a perspectiva de intervenção do julgador prejudica a aptidão das partes de escolherem os meios contratuais mais adequados para atingir seus objetivos. (...) Do contrário, não faz sentido investir em cláusulas detalhadas ou estratégias para acionamento de remédios contratuais se, uma vez judicializada uma controvérsia, os mecanismos pertinentes podem ser reinterpretados,

Precisamente nesse contexto, se insere a *sole remedy* como expressão do exercício da autonomia privada das partes e da liberdade contratual, em contenção do regime legal de tutela do credor.

Com esteio na lição de Catarina Monteiro Pires, as cláusulas de “remédio único” visam demarcar os meios de reação das partes a uma perturbação contratual. Tal demarcação pode ser feita positiva ou negativamente. Positivamente, quando indica qual o meio de reação associado às perturbações da prestação, sendo, neste caso, frequente a previsão de uma tutela indenizatória, havendo danos, com ou sem cláusula penal. Negativamente, através da exclusão de meios de reação previstos no Código Civil, sendo frequentes a exclusão da anulação do negócio, da execução específica e da resolução do contrato.⁵⁹

O que se extrai, portanto, é que o remédio rescisório é deveras agressivo para ser de fato útil após o *fechamento* da operação. A situação é tão flagrante que a praxis consolidou o uso da *sole remedy*, justamente, para evitar tal efeito. Daí que, a despeito da possibilidade conceitual da resolução do contrato por perda do interesse útil, na realidade, trata-se de hipótese mais teórica do que prática: um remédio que mata o paciente para curar a doença.

Ver-se-á abaixo que a mesma situação ocorre com remédios que levam ao desfazimento do negócio após o *closing*, como nas hipóteses de erro substancial e dolo principal; tutelas que, muito embora conceitualmente cabíveis, acabam, na prática, cedendo espaço para (i) a tutela geral decorrente da responsabilidade civil contratual e (ii) o dolo accidental e, em situações ainda mais restritas, (iii) a evicção e (iv) os vícios redibitórios.

2.3 Remédios aplicáveis à violação das “legal warranties”

Dois dos remédios possivelmente aplicáveis à violação das declarações e garantias são a evicção e os vícios redibitórios. É inconteste

modificados, limitados ou afastados num exercício de discricionariedade do julgador.” (BUTRUCÉ, Vitor Augusto José. O design da ruptura dos contratos empresariais de prazo determinado. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 29; 52; 96).

⁵⁹ PIRES, Catarina Monteiro. Cláusulas de acordo integral e cláusulas de solução única ou de “remédio” único. In MONTEIRO. António Pinto et al. Encontros de Direito Civil II: A tutela dos credores. Lisboa: Universidade Católica, 2020, p. 74.

que o primeiro - a despeito de relevante - se aplica apenas às *legal warranties*, i.e, à situação jurídica das participações societárias em si. O limite de aplicação dos vícios redibitórios à violação das declarações e garantias, por outro lado, é um dos temas de maior divergência doutrinária objeto do presente estudo: a doutrina se divide entre (i) aqueles que entendem que o instituto se aplica tanto às *legal* quanto às *business warranties*, (ii) aqueles que entendem se aplicar apenas às *legal warranties* e (iii) aqueles que entendem inaplicável à compra e venda de participação societária.

2.3.1 Evicção

Evicção é a perda da coisa por força de sentença judicial, atribuindo a propriedade a outrem, por direito anterior ao contrato aquisitivo. É um defeito de direito que atinge a coisa recebida.⁶⁰ Segundo o regime da evicção, o alienante é responsável pela perda da coisa, sendo obrigado a resguardar o adquirente contra as pretensões de terceiros como corolário do princípio de garantia (o mesmo assentado no regime dos vícios redibitórios e que opera *ex lege* e não *ex contractu*).⁶¹⁻⁶²

Os efeitos da evicção, qualificada como um vício de direito,⁶³ são amplos, autorizando o evicto: (i) à restituição integral do preço; (ii) à

⁶⁰ Tem como requisitos: (i) a perda da coisa, total ou parcial, privando o adquirente de seu domínio, posse ou uso; (ii) que a perda se opere em virtude de sentença judicial; e (iii) a anterioridade do direito do terceiro, que deve ser preexistente ao contrato pelo qual se operou a aquisição do evicto. A respeito, vide: PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Vol. III/ Atual. Caitlin Mulholland. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 207 e ss.; GOMES, Orlando. Contratos. Atualizadores Edvaldo Brito (coord.) e Reginalda Paranhos de Brito. 28ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense: 2022, p. 215.

⁶¹ Na lição de Caio Mário, “o alienante deve ao alienatário garantia e defesa contra qualquer terceiro que, fundado em vício do direito daquele, prive ou pretenda privar o adquirente, total ou parcialmente, do uso pacífico da coisa”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Vol. III/ Atual. Caitlin Mulholland. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 211).

⁶² Não é somente na transmissão de direitos reais que ocorre a responsabilidade por evicção, senão também na de créditos. Conforme leciona Caio Mário, neste último caso, o cedente responde tão somente pela existência do direito transferido e não pela solvência do devedor. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Vol. III/ Atual. Caitlin Mulholland. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 211).

⁶³ O conceito pontiano de vício de direito é que “(h)á vício de jurídico quando, por defeito na titularidade do devedor que prestou, o credor recebe o direito diminuído em comparação com o que foi prometido, ou com o que, em virtude de lei, tinha de adimplir.” (PONTES DE

indenização dos frutos que tiver sido obrigado a restituir e das despesas do contrato; (iii) ao ressarcimento dos prejuízos que diretamente resultarem da evicção; e (iv) ao reembolso das custas judiciais, compreendidos os honorários de advogados.⁶⁴

As disposições legais atinentes ao instituto não são imperativas, podendo a responsabilidade por evicção ser excluída, reforçada ou diminuída pela vontade das partes (art. 448, CC), resguardado o direito do evicto à restituição integral do preço que pagou pela coisa evicta, se não sabia, não foi informado ou não assumiu o risco da evicção (art. 449, CC).⁶⁵ Quer dizer que a sistemática da evicção autoriza a interferência no regime pela vontade das partes, característica que não passou despercebida pela doutrina especializada.

Grezzana, por exemplo, com esteio na distinção doutrinária entre *legal* e *business warranties*, pondera que aquelas (mormente as declarações e garantias que digam respeito ao percentual de participação no capital social, inexistência de ônus ou gravames, existência de direito de voto e dividendos, etc.) repetem, em grande medida, a disciplina da evicção. Assim, tendo em vista que as *legal warranties* visam a criar um regime próprio de responsabilidade, enquadrado como uma obrigação de garantia, o autor entende que as partes podem utilizar as declarações e garantias tão-somente para modificar ou reforçar a tutela legal contra o vício de direito. E, em sendo esta a vontade das partes, o autor conclui pela subsunção das *legal warranties* à disciplina jurídica da evicção sobre a participação societária.⁶⁶

Buschinelli, tratando da aplicação da evicção no contexto de alienação de participação societária, destaca como especialmente relevantes os direitos de preferência e as restrições à circulação de quotas ou ações previstas em instrumento societário. O autor concorda que, neste contexto, caso o comprador vier a perder o direito de titularidade sobre as participações

MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Parte especial. Tomo XXXVIII. Atualizado por Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: RT, 2012, p. 261, apud GREZZANA, Giacomo. Op. cit., p. 373).

⁶⁴ GOMES, Orlando. Contratos. Atualizadores Edvaldo Brito (coord.) e Reginalda Paranhos de Brito. 28ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense: 2022, p. 215-216.

⁶⁵ GOMES, Orlando. Contratos. Op. cit., p. 216.

⁶⁶ GREZZANA, Giacomo. Op. cit., p. 390.

societárias, haverá a responsabilidade do alienante por vício de direito (art. 447, CC).⁶⁷

Outra característica relevante da evicção é que a sua caracterização independe do elemento culpa ou da conduta, omissiva ou comissiva, do vendedor. O vício de direito, igualmente, prescinde da análise da função ou do valor da coisa. O critério de configuração da evicção é exclusivamente a perda total ou parcial de coisa adquirida, em virtude de sentença que atribua a posse ou propriedade da coisa a um terceiro.

Trata-se, portanto, de um remédio limitado na medida em que possui hipótese de aplicação deveras específica. Mais do que isso, trata-se de uma tutela em que os requisitos são claros, assim como os seus efeitos. É um regime à disposição do comprador que, em se enquadrando à hipótese concreta, parece pouco concorrer com outros remédios - apenas a tutela indenizatória, integrada aos seus próprios efeitos.

2.3.2 Vícios redibitórios

Como se passa a ver, os desafios com os vícios redibitórios são consideravelmente maiores. Vício redibitório é o defeito oculto ou vício da coisa recebida em virtude de contrato comutativo ou de doação onerosa a torna imprópria ao uso a que se destina, ou lhe diminui sensivelmente o valor. São quatro os requisitos para a sua verificação: o defeito há de ser (i) de certa gravidade, (ii) oculto, (iii) desconhecido do adquirente e (iv) preexistente ao tempo da alienação. Como ensina Caio Mário, não é qualquer defeito que fundamenta o pedido de efetivação do princípio, mas aqueles que positivamente prejudicam a utilidade da coisa, tornando-a inapta às suas finalidades, ou reduzindo a sua expressão econômica.⁶⁸

Assim como na evicção, a conduta do contratante não é elemento para a sua caracterização, sendo despicienda a apuração de sua culpa.⁶⁹ Seu

⁶⁷ BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Compra e Venda de Participação Societária de Controle*. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 331.

⁶⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. III/ Atual. Regis Fichtner. 11ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 125.

⁶⁹ Conquanto a conduta da parte não seja elemento para a caracterização do vício do objeto, o Código distingue entre o alienante de boa-fé e o de má-fé para fins de indenização das perdas e

fundamento, na lição de Caio Mário, é o princípio de garantia, segundo o qual o adquirente, mediante uma contraprestação, tem direito à utilidade natural da coisa, assistindo-lhe uma garantia contra o alienante para a hipótese de lhe ser entregue coisa a que faltem qualidades essenciais de prestabilidade.⁷⁰

O vício redibitório encontra-se no plano da eficácia, podendo gerar a resolução do contrato (ação redibitória) ou o abatimento no preço (ação estimatória ou *quanti minoris*), pela qual o adquirente, conservando a coisa defeituosa, pleiteia seja o seu preço reduzido daquilo em que o defeito oculto a depreciou, ou se já tiver feito o pagamento, para que obtenha restituição parcial do valor despendido.⁷¹

O direito do adquirente está sujeito a um (curtíssimo) prazo decadencial de 30 (trinta) dias, em se tratando de coisa móvel, e de um ano, se imóvel.⁷²

Como se percebe, o escopo de incidência do vício redibitório é em larga medida sobreposto à função das cláusulas de declarações e garantias: ambos denotam a responsabilidade do vendedor sobre o objeto da operação. Mais do que isso, além do remédio extintivo, em que o contrato é resolvido e as partes retornam ao *status quo ante*, o vício redibitório autoriza o tão pretendido “abatimento no preço”, sendo, portanto, um remédio profundamente debatido pela doutrina especializada na área.

O interesse prático na tutela é justificado: a depender do caso, o cálculo do abatimento do preço pode ser mais vantajoso do que o cálculo de

danos. Nos termos do art. 443, CC, a pretensão do adquirente fica restrita às despesas do contrato, caso o alienante desconheça o vício. Por outro lado, caso o alienante tenha ciência do vício, faz jus o adquirente à indenização total por todas as perdas e danos. (GREZZANA, Giacomo. Op. cit., p. 383; PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Vol. III/ Atual. Caitlin Mulholland. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 198).

⁷⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Vol. III/ Atual. Caitlin Mulholland. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 194.

⁷¹ Caio Mário esclarece que o alienante deve a redibição do contrato ou a diferença do preço, cabendo ao credor a escolha. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Vol. III/ Atual. Regis Fichtner. 11ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 127).

⁷² Atenta à exiguidade do prazo para coisa móvel, a prática comercial sedimentou a instituição de prazos de garantia, durante os quais o alienante responde pela perfeição da coisa para além do prazo legal de decadência da ação. A cláusula que estipula tal prazo de garantia equivale a uma suspensão convencional da decadência, não podendo o alienante invocar a decadência do direito do adquirente até o advento do termo ajustado. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Vol. III/ Atual. Regis Fichtner. 11ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 128).

uma eventual indenização, utilizando-se, cada remédio, o redibitório e o indenizatório, de metodologias próprias para a quantificação do valor devido pelo vendedor ao comprador. O que importa frisar é que o ônus da prova varia de maneira sensível entre ambos os institutos, algo que, na prática contenciosa, é de extrema importância. Por exemplo, o abatimento do preço decorrente do vício redibitório é baseado na diferença entre o valor do contrato e o que seria efetivamente devido por conta da existência do vício oculto (método relativamente simples e que alcança valores potencialmente altos). Por outro lado, a tutela indenizatória tem por base a “*extensão do dano*” sofrido pelo comprador (art. 944, CC), algo que, na prática, pode ser difícil de calcular.

Em que pese a alta atratividade de um remédio que permite ao adquirente de participação societária receber de volta uma parte do preço pago, não se pode confundir a hipótese de incidência da norma com os seus efeitos. Logo, por mais que este seja um efeito desejável, a hipótese de incidência, em regra, não se verifica em se tratando de alienação de participação societária. Isto porque as inconsistências do patrimônio e das atividades da sociedade-alvo não constituem objeto do negócio jurídico, limitando-se ao campo dos simples motivos.

Não se pode negar, entretanto, que o regime dos vícios redibitórios se encontra normatizado no Brasil, sendo, inclusive, incontroversa a sua aplicação sobre bens materiais e direitos. Daí Grezzana destacar a possibilidade aventada na doutrina italiana - de rara concretização na vida prática - de que determinadas alterações nas características do patrimônio ou das atividades da sociedade-alvo sejam de tal natureza que afetem a própria função da participação societária ou diminuam o seu valor, caracterizando, assim, o vício redibitório.⁷³⁻⁷⁴

Tal possibilidade, entretanto, esbarra na dificuldade de aplicação do regime dos vícios redibitórios à compra e venda de participações societárias. Fato é que os critérios de vício para os fins do art. 441, CC - gravidade e seu caráter oculto -, se mostram inadequados ao tipo de operação objeto deste estudo, havendo uma dificuldade de ordem prática para estabelecer parâmetros objetivos para a sua caracterização.⁷⁵

⁷³ Hipótese em que a participação societária tenha sua substância alterada em razão de defeitos dos bens ou atividades sociais.

⁷⁴ GREZZANA, Giacomo. Op. cit., p. 364.

⁷⁵ A respeito, vide GREZZANA, Giacomo. Op. cit., p. 365-380.

Nesse sentido, o autor, dentre as inúmeras outras dificuldades de caracterização (como a ausência de uma finalidade⁷⁶ inerente à aquisição de participação societária, para fins de subsunção aos requisitos do art. 441, CC), destaca a ausência de um parâmetro seguro para, por exemplo, identificar vícios dos bens sociais. Justifica seu entendimento sob o equilibrado e criterioso argumento, de que a atividade empresarial não se deixa apreender no esquema de vícios redibitórios ou de direito, pois estes dizem respeito a defeitos incidentes sobre bens e coisas, mas não a uma atividade, que pode, no máximo, ser lícita ou ilícita, regular ou irregular, mas não padece de vício ou defeito oculto apto a atrair os regimes dos redibitórios ou da evicção. Concede o autor, por outro lado, que, ainda que a atividade empresarial não possa ser inquinada de vício, é possível que a ilicitude ou irregularidade de uma atividade afete de tal monta o giro da sociedade, que isto se transfigure em vício das ações ou quotas.⁷⁷

Porém, ainda que hipoteticamente ultrapassadas tais dificuldades aplicativas, problemática de igual monta se revela quando examinadas as consequências do regime dos redibitórios à alienação de participação societária, que se mostram, igualmente, impróprias ao negócio jurídico em comento. Primeiro, porque traria o inconveniente de possibilitar que mesmo defeitos de menor relevância nos bens sociais justificassem o desfazimento do negócio, em prejuízo à segurança jurídica. Segundo, porque a redução do preço de aquisição da participação societária tampouco seria capaz de equacionar de forma satisfatória os interesses das partes.⁷⁸

Destaque-se que a redução de preço no regime dos redibitórios não visa a proteger a livre formação da vontade, mas sim o equilíbrio entre prestação e contraprestação, sendo despiciendo averiguar o nexo causal entre o vício oculto e a vontade que teria sido presumivelmente manifestada. Nesse contexto, o valor objetivo das ações ou quotas é que deve ser observado, porém, como alerta Grezzana, inexistente critério seguro para tanto.⁷⁹⁻⁸⁰

⁷⁶ Afinal de contas, a finalidade da aquisição de participação societária não é apenas o lucro ou a geração de caixa positivo. Há tantos outros interesses, como o posicionamento no mercado, o ganho de eficiência, incentivos internos ao crescimento de faturamento, interesses como intangíveis como marcas e daí em diante.

⁷⁷ GREZZANA, Giacomo. Op. cit., p. 365 e ss.

⁷⁸ GREZZANA, Giacomo. Op. cit., p. 381.

⁷⁹ GREZZANA, Giacomo. Op. cit., p. 382.

⁸⁰ Ainda no tocante ao preço, o autor observa que este somente pode ser reduzido mediante demonstração de que o preço pago é excessivo em vista do valor da coisa, considerado o vício

Em suma, Giacomo Grezzana defende que, inadequada para tutelar a relação entre adquirente e alienante da participação, a disciplina dos vícios redibitórios somente deve incidir sobre a própria participação societária em situações extremas, quando os defeitos dos bens ou das atividades sociais se alcem à qualidade de defeito da própria participação societária, ressalvadas todas as dificuldades aplicativas dos vícios redibitórios no caso.⁸¹

Gabriel Buschinelli vai além.⁸² O autor sustenta que o regime dos vícios redibitórios não deve ser aplicado à alienação de participação societária. Em síntese, fundamenta sua posição em quatro principais argumentos para afastar a incidência dos redibitórios: (i) se as partes quisessem tutela para os vícios dos bens que compõem o acervo social, poderiam celebrar um negócio sobre o estabelecimento empresarial em vez da participação societária, devendo se submeter à disciplina jurídica escolhida; (ii) inexistência de uma qualidade padrão do patrimônio societário que possa adequadamente ser tomada como referencial pelas partes e pela qual o vendedor deveria responder; (iii) inadequação dos curtos prazos para a averiguação da existência de vícios - que, historicamente, liga-se a coisas tangíveis cujo domínio permite que se tome conhecimento do vício - à negociação de participações societárias, situação em que prazos longos - via de regra de cinco ou seis anos - são fixados para a oposição de passivos contra o vendedor, ao mesmo tempo em que defeitos são identificados (quando não materializados) esporadicamente sobre todo o período; e (iv) a incongruência de se impor ao alienante a obrigação de tratar a transação como se fosse uma transação direta sobre os bens sociais e não reconhecer a mesma obrigação ao adquirente.

Finalmente, ao rechaçar a subsunção da compra e venda de participação societária ao regime dos redibitórios, Buschinelli defende que há alternativas dogmáticas, como o dolo, que promove de forma mais ponderada o equilíbrio entre os interesses de comprador e vendedor.

Nada obstante, como bem ressalta Gabriel Buschinelli, não são poucos os autores que se posicionam favoravelmente à aplicação da disciplina dos vícios redibitórios no caso de vícios no patrimônio da sociedade-alvo, como

redibitório. O problema aqui, porém, é a ausência de um critério seguro para definir o seu preço normal. (GREZZANA, Giacomo. Op. cit., p. 382).

⁸¹ GREZZANA, Giacomo. Op. cit., p. 385.

⁸² BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. Op. cit., p. 327-331.

Fábio Konder Comparato, Cunha Pereira⁸³ e, mais recentemente, Marcelo Von Adamek e André Nunes Conti.⁸⁴

A situação, como se percebe, é sensível. De fato, é incontroverso que os redibitórios se aplicam à compra e venda de bens móveis, inclusive de direitos.⁸⁵ Por outro lado, nos parece patente a incongruência do remédio com as características das operações de M&A: (i) o conceito de “vício oculto” de fato colide com a composição de passivos (contingentes ou não) e ativos de uma sociedade;⁸⁶ (ii) a busca da identificação do “uso a que [a empresa] é destinada”, igualmente, leva a respostas excessivamente abertas, sobretudo subjetivas. Verdade seja dita, (iii) quisessem as partes transferir ativos em específico, deveriam realizar as chamadas *assets deal purchase*,⁸⁷ sobre as quais, aí sim, o regime dos redibitórios, historicamente desenvolvidos para ativos tangíveis, melhor se enquadra.

⁸³ BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. Op. cit., p. 320.

⁸⁴ Marcelo von Adamek e André Nunes Conti defendem que a situação do comprador que descobre vícios no patrimônio da sociedade cujas participações foram adquiridas subsume-se ao regime dos vícios redibitórios quando se trata da alienação de uma porcentagem suficientemente relevante do capital da sociedade-alvo, a ponto de se poder qualificar o negócio, do ponto de vista econômico, como uma verdadeira alienação da empresa. Pois, neste caso, segundo os autores, as partes terão acordado, expressa ou tacitamente, mas de maneira tangível, vários parâmetros de qualidade da empresa cujas participações são adquiridas. Parâmetros estes que definem a prestação devida pelo vendedor, de modo que, caso o comprador, após o closing, venha a descobrir defeitos e passivos que se afastam desses parâmetros, o vendedor adimpliu mal, e sujeita-se (a menos que outra seja a previsão do contrato) à disciplina dispositiva dos art. 441, CC. Logo, não sendo possível corrigir a prestação para fazer que a empresa corresponda aos parâmetros fixados, ele fica sujeito: (a) à resolução do contrato, total (redibição, em casos de vícios mais graves) ou parcial (redução da contraprestação, em qualquer vício), e, cumulativamente (b) à indenização por perdas e danos, no interesse positivo (caso o vício fosse conhecido do vendedor) ou negativo (caso o contrato seja desfeito e haja culpa apenas do vendedor, que é presumida, por se tratar de responsabilidade contratual). Caso o comprador não opte por resolver o contrato, ele pode (c) exigir indenização pelo interesse positivo com base na responsabilidade civil contratual fundada na simples culpa do vendedor (CC, art. 389). (ADAMEK, Marcelo Vieira Von; CONTI, André Nunes. Vícios redibitórios na alienação de participações societárias. Revista de Direito Societário e M&A | vol. 3/2023 | Jan - Jun/2023. Acesso pelo RTOOnline.)

⁸⁵ Observe-se que a disciplina englobante dos vícios redibitórios, por sua especificidade, afasta a aplicação de outras disciplinas que poderiam tutelar o comprador, como seria o caso da responsabilidade por descumprimento ao dever de informar, sempre a que a falha se relacionasse a uma qualidade da própria coisa objeto do negócio jurídico. (BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. Op. cit., p. 326.)

⁸⁶ E as próprias características do patrimônio social, portanto.

⁸⁷ Compra e venda dos bens *in concreto*, e não do conjunto do patrimônio por meio da participação societária.

Mais do que isso, o remédio consistente no abatimento do preço - derivado, em última medida, dos elementos fundamentais dos próprios redibitórios - representa uma intervenção direta de um terceiro (o julgador) no elemento central da operação - o preço. Algo que, na prática, é fixado a partir de decisões discricionárias das próprias partes, largamente estabelecidas de maneira puramente negocial segundo interesses e lógicas estranhas de parte a parte.

Daí a nossa posição no sentido de acompanhar o entendimento de Giacomo Grezzana: em última medida, o bem imediato objeto da aquisição são as participações societárias - e não uma parcela, o controle ou a integralidade do patrimônio social. O remédio dos vícios redibitórios deve estar adstrito à violação das *legal warranties*, as quais, “amalgamadas” à participação societária em si, podem, em uma situação extrema, acionar tal regime.

Por fim, ressalvada esta hipótese residual - qual seja o cabimento dos redibitórios, extraordinariamente, à violação de *legal warranties* -, resta saber se a cláusula de declarações e garantias, *per se*, pode suscitar o regime dos vícios redibitórios. Corroboramos o entendimento de Giacomo Grezzana - que neste ponto acompanha Gabriel Buschinelli -, fazendo coro à resposta negativa: as cláusulas de declarações e garantias demonstram, em última análise, a vontade das partes de especificar qualidades da coisa, devendo ser privilegiado o regime da responsabilidade contratual. O regime de vícios do objeto somente deve incidir para dar tutela ao adquirente que não pôde incluir as qualidades da coisa no contrato.⁸⁸

2.4 Remédios aplicáveis à violação das “business warranties”

2.4.1 Responsabilidade civil contratual e as ideias de interesse positivo e negativo

⁸⁸ Nos seguintes termos explica Giacomo Grezzana: “Em nossa opinião a cláusula de declarações e garantias não deve jamais ser subsumida ao regime de vícios redibitórios, pois a cláusula especifica a obrigação de dar a participação societária, com pressupostos próprios do inadimplemento contratual que são distintos dos vícios redibitórios. (...) Por isso, se as declarações e garantias especificam qualidades da coisa devem ser regidas pela disciplina jurídica do inadimplemento e não pelos vícios redibitórios.” (GREZZANA, Giacomo. Op. cit., p. 389).

Demonstrou-se acima que as *business warranties* podem possuir natureza de obrigação de garantia (quando em sua função assecuratória), obrigação de dar (quando em sua função conformativa) e de elemento informativo (quando em suas funções informativa e probatória). A violação dos dois primeiros grupos representa inadimplemento contratual, que, no sistema da responsabilidade civil contratual, autoriza o credor à satisfação de perdas e danos (arts. 397, 395 e 302, CC).⁸⁹

O remédio indenizatório, nesta medida, é prioritário na hipótese de violação de declarações e garantias com natureza de obrigação (seja de garantia, seja de dar). Não bastasse, como visto acima, o referido remédio é um supra-remédio que pode ser aplicado em concorrência com os demais. Basta, em outras palavras, a demonstração da relação culpa-nexo-dano (ou apenas nexo-dano nas obrigações de garantia) para o surgimento do dever de indenizar.

Acontece que a tutela indenizatória nem sempre representa o melhor interesse do comprador quando da violação de uma declaração e garantia. O seu interesse, diga-se, é tipicamente uma situação restrita: nem tanto que rescinda o contrato; nem tão pouco que o valor seja irrelevante.

É aqui que o tema se mostra tanto essencial sob o ponto de vista teórico quanto desafiador sob o ponto de vista prático, afinal de contas, se “a indenização mede-se pela extensão dos danos” (art. 944 CC), pode ser muito difícil - ou até mesmo impossível - a mensuração dos danos sofridos pelo comprador com o descumprimento de determinada declaração e garantia.

Vale um exemplo: a assessoria do vendedor apresentou um *valuation* da empresa *target* em sessenta milhões de reais; a do comprador fez o mesmo e obteve um valor de trinta milhões. As partes negociaram e chegaram a um preço de trinta e cinco milhões de reais somados a doze milhões de *earn out*. Descobriu-se, depois do fechamento, que as informações financeiras da *target* possuíam imprecisões que aumentavam o patrimônio líquido em oito por cento e a receita dos últimos três exercícios em onze por cento. A pergunta que se faz é: qual seria o dano sofrido pelo comprador pela violação do devedor da cláusula que garantia a precisão das informações financeiras da empresa-target?

⁸⁹ Como visto, quando a declaração e garantia for constituída por elemento puramente informativo, ela atrairá o regime do erro e do dolo.

A resposta não é, necessariamente, a diferença entre os *valuations* realizados pelos assessores, afinal de contas a composição do preço levou em conta uma série de outros fatores - objeto de ampla discricionariedade das partes, como a negociação direta, estratégias comerciais, ativos intangíveis, o *earn out*, dentre outras. Soma-se a isso o fato de que apenas os “efeitos diretos e imediatos” da “inexecução” são indenizáveis (art. 403, CC).

Mais do que isso, tal pretensão indenizatória deveria ser quantificada a partir da identificação dos interesses positivos do credor, reconduzindo-o à situação em que estaria fossem as R&Ws verdadeiras, metodologia que pode levar o resultado em direção diferente do ajuste de preço.

Necessária, aqui, uma breve digressão pelas teorias do *interesse contratual positivo* (interesse no cumprimento) e *negativo* (interesse na confiança) como critérios de apuração da abrangência ou amplitude da indenização a que faz jus a parte lesada.⁹⁰⁻⁹¹⁻⁹²

Em linhas gerais, no interesse contratual negativo subjaz a ideia de colocar o credor frustrado na mesma situação em que estaria se o contrato não tivesse sido realizado (i.e, através de uma operação de “abstração” de

⁹⁰ Em se tratando de responsabilidade contratual, a tendência doutrinária é afirmar que a falta de cumprimento dá ensejo à indenização do *interesse positivo* (afinal, a situação hipotética sem o dano seria aquela de cumprimento de contrato). Não há maiores controvérsias no que diz respeito à indenização do *interesse positivo* em casos de manutenção do vínculo contratual. As opiniões, no entanto, se dividem quando da cumulação da indenização com a resolução (que leva ao desfazimento do vínculo). Segundo a doutrina majoritária, o remédio resolutivo teria o condão de “corrigir” o sentido indenizatório, ligando-o ao *interesse negativo*, e não ao *positivo*. Ressalte-se, no entanto, que, em sua tese, Renata Steiner conclui pela plena compatibilidade entre o sentido positivo da indenização e o remédio resolutivo, afastando a ideia de incongruência lógica (entre o efeito desconstitutivo negativo da resolução e a manutenção do direito à prestação hígida) em que se ampara a doutrina majoritária. (STEINER, Renata C. Interesse positivo e interesse negativo: a reparação de danos no direito privado brasileiro. Tese (Doutorado em Direito) Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 255-256; 280).

⁹¹ Acerca da cláusula objeto do presente estudo, Giacomo Grezzana é firme em afirmar que as declarações e garantias proporcionam uma indenização pelo interesse positivo ao adquirente. Nesse sentido, o autor ressalta que, “(e)m alienações de participação societária, o interesse positivo é o estado em que estaria o adquirente se as declarações correspondessem à realidade”. A propósito, a indenização decorrente de *breach* de declarações e garantias, segundo o autor, deve nortear-se pelo interesse positivo, independentemente de ter a cláusula natureza de obrigação de dar ou de garantia. (GREZZANA, Giacomo. Op. cit., p. 231-232)

⁹² No sentido de que a indenização no regime das garantias contratuais em operações envolvendo empresas e sociedades segue o paradigma do interesse positivo: MOTA PINTO, Paulo. Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 1451-1452, apud GREZZANA, Giacomo. Op. cit., p. 202.

um acontecimento). O interesse contratual negativo será de especial relevância em se tratando de apuração de perdas e danos nas hipóteses de anulabilidade do negócio jurídico e nas decorrentes de ato ilícito, como no caso de declaração de vontade inquinada por dolo accidental.

Já o interesse positivo está voltado a estabelecer a situação hipotética em que o lesado estaria se o negócio tivesse sido integral e satisfatoriamente cumprido (através de uma operação de “adição” de um acontecimento: supõe-se que o contrato tenha sido cumprido, somando-se o prejuízo sofrido em decorrência do inadimplemento). É pelo interesse positivo que se pauta, a rigor, a amplitude da indenização em caso de incumprimento da prestação contratual.⁹³

Voltando ao exemplo aventado acima, muito embora a busca pela diferença de preço seja uma solução intuitiva, esta não é, a princípio, o resultado alcançado a partir do regime da responsabilidade civil contratual (pautada no interesse positivo). Daí a importância de se buscar outros remédios potencialmente aplicáveis em favor do comprador, os quais, também, serão limitados pelas suas próprias características. Ver-se-á mais abaixo que o regime do dolo accidental é de particular valia para a tutela dos interesses do comprador, o qual, no entanto, possui sensíveis desafios práticos. Para a sua adequada abordagem, no entanto, é preciso que, antes, seja apresentado e debatido o regime do erro.

2.4.2 Erro

A despeito de o *erro* ser um remédio plenamente possível de ser aplicado à violação das declarações e garantias, na prática, ele assume relevância secundária. Mais do que isso, a despeito de ser o mais elementar

⁹³ A respeito, confira-se: STEINER, Renata C. Interesse positivo e interesse negativo: a reparação de danos no direito privado brasileiro. Tese (Doutorado em Direito) Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016; GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. Responsabilidade civil e interesse contratual positivo e negativo (em caso de descumprimento contratual). In. GUERRA, Alexandre D. de Mello; BENACCHIO, Marcelo (coords.). Responsabilidade civil. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura. Disponível em <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/rc5.pdf?d=636680468024086265>. Acesso em 01.06.2023.

dos vícios do consentimento,⁹⁴ incidente sobre a falta de concordância entre a vontade real e a vontade declarada,⁹⁵ fato é que o seu principal efeito é a anulabilidade do negócio como um todo, algo, como visto, pouco pretendido pelos contratantes de operações de compra e venda de participações societárias.

A própria lei estabelece que o efeito da “anulabilidade” decorre do erro substancial (também chamado de essencial), caracterizado como aquele em que, se conhecida a verdade, o consentimento não se externaria. Em outras palavras, *substancial* é o erro que seja a *causa* determinante do negócio jurídico e que diga respeito à natureza do ato, ao objeto principal da declaração, ou a algumas qualidades a ele essenciais (art. 139, I, CC). Por outro lado, o *erro de cálculo* é considerado acidental, não tendo o condão de anular o ato, autorizando apenas a retificação da declaração de vontade (art. 143, CC).

Tais hipóteses, a despeito de verificação plenamente possível em casos reais, tendem a representar circunstâncias mais teóricas do que concretas no dia a dia do contencioso de fusões e aquisições. Fato é que as violações de cláusulas de declarações e garantias tendem a se acumular em multiplicidade, somando grande monta, ao contrário de discutir uma única circunstância essencial e desconhecida, que coloca todo o negócio em cheque. Ainda mais importante, os negócios aqui em debate são celebrados por agentes sofisticados, devidamente assessorados, o que, em larga medida, afasta a assimetria entre a vontade real e a vontade declarada e os erros puramente materiais, *de cálculo*.

Por estas razões, em se tratando de vício de vontade, mais útil do que o *erro* é o regime do *dolo*, especialmente, o *acidental*, o qual merece análise aprofundada no presente estudo.⁹⁶

2.4.3 Dolo

⁹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Vol. I/ Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. 34^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 442.

⁹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Vol. I/ Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. 34^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 442.

⁹⁶ A dinâmica de troca de informações entre os negociantes durante as tratativas preliminares, quando são conduzidas as etapas de *valuation* e de diligências, oportunidade em que o vendedor oferece considerável quantidade de informações ao comprador e, de fato, se encontra em posição de poder para induzi-lo ao erro.

O dolo é um “erro qualificado” ou “provocado”, na medida em que o engano advém de um processo malicioso – não importa se por ação ou omissão – de convencimento (maquinações, artifícios, mentiras ou omissões), determinante de uma declaração de vontade que não seria obtida de outra maneira. Trata-se de uma interferência externa do *deceptor* (autor do dolo) no processo decisório dos *deceptus* (parte induzida ao erro),⁹⁷ um vício do consentimento e, portanto, um defeito na formação da declaração contratual.⁹⁸⁻⁹⁹

São quatro os requisitos para a sua verificação: (i) indução do outro contratante em erro; (ii) *animus decipiendi*; (iii) impacto na formação da declaração da vontade;¹⁰⁰ e (iv) escusabilidade do erro cometido pelo *deceptus*.¹⁰¹

O Código Civil utiliza o critério do impacto do dolo sobre a declaração de vontade para diferenciar o dolo principal do accidental. Nesse sentido, se foi o dolo que levou à conclusão do negócio jurídico (i.e, seu motivo), trata-se de dolo principal (art. 145, CC). Se, por outro lado, a declaração de vontade ainda assim teria sido emitida, porém de outro modo, isto é, se o dolo não influi diretamente na realização do ato, que teria sido praticado

⁹⁷ BENETTI, Giovana. Op. cit., p. 29.

⁹⁸ O dolo civil, enquanto vício do consentimento, seria a comunicação de informação errônea, a prática de manobra ardilosa ou a omissão de informações que provoquem o engano em outrem por ocasião da celebração de um negócio jurídico, conforme: BENETTI, Giovana. Op. cit., p. 35, nota de rodapé 48.

⁹⁹ BENETTI, Giovana. Op. cit., p. 30 e nota de rodapé nº 21.

¹⁰⁰ Segundo a melhor doutrina, o dolo, enquanto vício do consentimento, somente se dá quando este seja a sua causa geradora, i.e, quando determinar a declaração de vontade. No dizer de Pontes de Miranda, o “dolo levou a querer-se outra coisa, ou a só se querer devido ao dolo.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Tomo IV, Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrardt. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, § 450, p. 450 apud BENETTI, Giovana. Op. cit., p. 43). Também nesse sentido, confira-se: PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Vol. I/ Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. 34ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 450-451; LACERDA, Paulo Maria de; ESPÍNOLA, Eduardo; RODRIGUES, Silvio; ALVES, José Carlos Moreira; THEODORO JÚNIOR, Humberto; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de.

¹⁰¹ O dolo pode ocorrer não somente na formação, mas também na execução dos contratos, além de poder se manifestar na fase pós-contratual. De acordo com cada um desses momentos, seu regime jurídico e sua eficácia serão diversos. Considerando que, na prática, nem sempre ficam tão bem delimitadas as diferentes etapas possivelmente compreendidas na fase formativa de um contrato, a diferenciação entre o dolo antecedente e o contemporâneo pode não ser tarefa tão evidente. (BENETTI, Giovana. Op. cit., p. 66-68).

independentemente da malícia do *deceptor*, porém em condições para este menos vantajosas, a modalidade é acidental (art. 146, CC).¹⁰²⁻¹⁰³

Os efeitos do dolo, portanto, se projetam em planos distintos: *anulabilidade* do negócio jurídico (plano da validade), em se tratando de *dolo principal* (art. 145, CC). O *dolo acidental* (art. 146, CC), por sua vez, não tem o condão de anular o negócio jurídico, tão somente obriga à satisfação em *perdas e danos* (plano da eficácia). Na hipótese de dolo principal, a parte lesada pode pleitear a anulabilidade do contrato, acrescida de indenização, se houver sofrido dano. O dolo acidental, ao seu turno, enseja apenas a ação de indenização, permanecendo hígido o negócio jurídico entabulado.¹⁰⁴

2.4.3.1 Dolo principal

Questão tormentosa a ser enfrentada é quando se trata de dolo principal - e, portanto, invalidante - o vício que macula a cláusula de declarações e garantias a ponto de dar azo à invalidade do SPA. Reconhecendo a anulabilidade na alienação de participação societária em razão de dolo essencial, Grezzana pontua que este está relacionado à causalidade para a manifestação de vontade, mas não ao objeto sobre o qual recaiu o erro induzido. Nesse passo, segundo o autor, cabe ao contratante enganado fazer prova de que não teria celebrado o contrato sem a indução artificiosa do erro, servindo as cláusulas de R&Ws como auxílio determinante na identificação da relevância de uma determinada característica da sociedade para a formação da vontade negocial. Adverte, no entanto, que não se pode considerar toda afirmação contida nas declarações e garantias como essencial para a formação da vontade do declarante.¹⁰⁵

¹⁰² PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Vol. I/ Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. 34ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 451.

¹⁰³ O dolo principal se verifica na hipótese em que o negócio não teria sido concluído se não fosse a indução em erro. É, portanto, essencial para a celebração do contrato. Acidental é o dolo na hipótese em que a declaração de vontade teria ainda assim sido emitida, mas de modo distinto. Costuma-se afirmar que apenas o dolo principal caracteriza vício do consentimento. (BENETTI, Giovana. Op. cit., p. 69).

¹⁰⁴ BENETTI, Giovana. Op. cit., p. 69 e nota de rodapé nº 73.

¹⁰⁵ GREZZANA, Giacomo. Op. cit., p. 350-351.

Incidente, portanto, um parâmetro de essencialidade quanto ao conteúdo das declarações e garantias (i.e, este há de ser identificado como *causa* ou determinante para a formação da vontade), de modo que se a violação às declarações e garantias for de pequena monta, é caso de dolo acidental e não de essencial.¹⁰⁶

No contrato de compra e venda de alienação societária, que se trata, em sua grande generalidade, de operações de performance faseada em várias etapas e instrumentos, em muitas vezes, com execução diferida, e, considerando, ainda, a realidade dinâmica da empresa, a anulação do contrato, mesmo que diante de dolo principal, não parece ser a melhor alternativa.

Como visto, o dolo invalidante pode ensejar a anulação do negócio jurídico e ao lesado assiste, ainda, a possibilidade de requerer a indenização daquilo que não foi alcançado pela eficácia restitutória da anulação.¹⁰⁷

Ao enfrentar a questão da anulabilidade de contrato inquinado de dolo invalidante, Giovana Benetti questiona se seria possível exercer apenas a pretensão indenizatória, na hipótese em que a parte enganada prefira, por uma série de outras razões, manter o negócio e com isso evitar as obrigações de restituição que acompanham o remédio anulatório. Nesse caso, a autora indica que o lesado poderia buscar a reparação pela via indenizatória, ao invés da anulatória.¹⁰⁸

Ou seja, nos casos em que a anulação venha a agravar ainda mais os prejuízos da parte lesada, ou em que não tenha interesse prático em sua decretação, esta poderia pleitear apenas a reparação, mantendo o negócio jurídico hígido, ainda que este não se houvesse concluído caso a parte tivesse sido corretamente informada.

¹⁰⁶ GREZZANA, Giacomo. Op. cit., p. 351.

¹⁰⁷ Nesse sentido, Giovana Benetti com apoio na doutrina de Mota Pinto, afirma que, para a anulabilidade por dolo, prescinde-se da ocorrência do dano, mas pode ocorrer de o *deceptus* ter sofrido danos que não foram removidos com a anulação. A indenização, nesse caso, opera de modo complementar e será pautada pelos danos que restaram. (BENETTI, Giovana. Op. cit., p. 379).

¹⁰⁸ BENETTI, Giovana. Op. cit., p. 382-383.

Nesse sentido também é a lição de Pontes de Miranda, que preceitua que o *deceptus* não tem a obrigação de cumular indenização com anulação, podendo pedir apenas um ou outro.¹⁰⁹

Por fim, destaque-se que a indenização neste caso deve ser medida pelo interesse negativo, i.e, os danos que não teriam sido suportados se não tivesse havido a indução em erro.¹¹⁰⁻¹¹¹

2.4.3.2 Dolo accidental

É pacífico o entendimento de que a desconformidade das declarações e garantias em um SPA pode atrair o regime do dolo accidental. O contrato fica mantido, assistindo ao comprador buscar a reparação da desconformidade pela via indenizatória. E aqui chegamos à importância do tema para os fins deste trabalho: a despeito de o dolo principal acarretar o desfazimento do negócio, o dolo accidental traz consigo uma tutela indenizatória baseada no “*negócio que seria realizado, embora por outro modo*” (art. 146, CC), efeito potencialmente útil para a tutela dos interesses do comprador em operações de compra e venda de participações societárias.

A propósito, Andrea Tina indica, dentre os mecanismos disponíveis no sistema, o *dolo accidental* como a melhor forma de garantir a execução do contrato (de compra e venda de participação societária) com uma reparação adequada pelos danos suportados, sob a justificativa de que, em regra, uma vez fechada a operação, o comprador prejudicado não tem interesse em anular o negócio, sendo-lhe mais vantajoso buscar a satisfação das perdas e danos sofridos, como lhe faculta a via do dolo accidental.¹¹²

¹⁰⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Parte geral Tomo IV. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: RT, 2013, p. 465 e 467, apud GREZZANA, Giacomo. Op. cit., p. 361.

¹¹⁰ BENETTI, Giovana. Op. cit., p. 380.

¹¹¹ Também nesse sentido, Pontes de Miranda aduz que “junto à ação de anulação, com eficácia sentencial do art. 158, pode ser pedida, como de indenização fundada no art. 159, a reparação do interesse negativo” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Tomo IV, Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, § 455, p. 465, apud BENETTI, Giovana. Op. cit., p. 380, nota de rodapé 1474).

¹¹² Assim posiciona-se Andrea Tina, citado por Giovana Benetti: “(O) dolo accidental seria, dentre os mecanismos disponíveis no sistema, a melhor forma de garantir a execução do

Um dos pontos mais complexos em relação ao dolo accidental, ao seu turno, diz respeito ao cálculo da indenização devida.¹¹³ Considerando que o dolo accidental consiste na violação do interesse do *deceptus* em pactuar condições do negócio jurídico válido condizentes com a realidade, opiniões se dividem quanto ao que seria o prejuízo indenizável. A este respeito, Giovana Benetti afirma não se ter alcançado posicionamento pacífico sobre o cálculo das perdas e danos (debatendo-se o critério pelo qual poderá se conceder a indenização, se pelo interesse positivo ou pelo interesse negativo), destacando que a discussão da métrica da indenização em caso de dolo eventual foi recentemente apreciada (ainda que não enfrentada diretamente) pelo STJ no caso Abengoa.¹¹⁴

Relativamente à indenização derivada do dolo accidental, há quem entenda que o *deceptus* deve ser conduzido à posição em que se encontraria caso a informação falseada ou omitida fosse corrigida (interesse positivo). Consequentemente, a indenização devida, segundo esta corrente doutrinária, seriam os custos incorridos pelo comprador para que a declaração e garantia do vendedor fosse satisfeita - uma solução equivalente à da responsabilidade civil contratual, portanto.

Essa posição, no entanto, parece incompatível com a indenização por dolo accidental, que, em princípio, deve nortear-se pelo interesse negativo, ou seja, a situação em que estaria o lesado se não tivesse sido vítima do engano. O raciocínio faz sentido: se o dolo foi cometido durante a fase de negociações pré-contratuais e considerando o fato de que a responsabilidade pré-contratual mede-se pelo interesse negativo, não surpreende a adoção de metodologia pautada em interesses negativos para a hipótese¹¹⁵. Mais do que

contrato com uma reparação adequada pelos danos causados. Justifica não ser a via do dolo invalidante apropriada por não fornecer a garantia e a margem de segurança necessárias para o adquirente, o qual, em regra, não terá interesse em anular o contrato de compra e venda de participação societária (*cessione azionaria*).” (TINA, Andrea. *Il Contratto di Acquisizione di Partecipazione Societarie*. Milão: Giuffrè, 2007, p. 279, apud BENETTI, Giovana. Op. cit., p. 145).

¹¹³ Enquanto ato ilícito, o dolo (seja principal, seja accidental) acarreta também o dever de indenizar. Diante da ilicitude da conduta do *deceptus*, não basta apenas a restituição ao *status quo ante* (art. 182, CC), fazendo-se necessário também reparar eventuais danos que tenham surgido por causa do dolo. Por conseguinte, uma vez comprovado que o dolo causou danos, tem o *deceptus* ação reparadora contra o *deceptor*. (GREZZANA, Giacomo. Op. cit., p. 358-359).

¹¹⁴ BENETTI, Giovana. Op. cit., p. 337.

¹¹⁵ Admite-se que não se trata de uma situação clássica de indenização pelo interesse negativo, muito embora o conjunto dos elementos aplicáveis à hipótese aproxime tal metodologia à hipótese.

isso, a própria literalidade do artigo 146 indica uma direção de quantificação dos danos ao qualificar o dolo accidental como a hipótese em que “o negócio seria realizado, embora por outro modo”, fixando, no próprio conceito, a diretriz de “outro modo” (i.e o contrato que seria realizado, se inexistisse o dolo accidental) ao regime desta tutela.

A propósito, Giacomo Grezzana entende que a melhor justificativa dogmática para a indenização por dolo, essencial ou accidental, não deve ser buscada no regime de invalidade do negócio, mas no da responsabilidade pré-contratual, a qual mede-se pelo interesse negativo, i.e, a situação em que estaria o lesado se não tivesse havido a mentira ou omissão dolosa.¹¹⁶

Tendo o interesse negativo como premissa, a indenização, em nossa opinião, deve ser calculada a partir da diferença entre o preço pactuado sob a influência da mentira ou da omissão e o que teria sido pactuado em diferentes termos, i.e, se o *deceptus* soubesse da realidade de fato. Logo, a indenização equivaleria ao *quantum* que o adquirente teria pagado a menor pela participação societária, ou, se não for o caso de contraprestação em dinheiro, à redução ao montante que teria sido efetivamente oferecido como contraprestação.¹¹⁷

Esta é a parte “simples”. Agora vem o real desafio na utilização do dolo accidental.

A questão subjacente que aqui se coloca, como bem pontua Grezzana, é que no cálculo de indenização a partir das premissas acima está complicada a afirmação de que o vendedor aceitaria um preço menor pelas ações ou quotas. Tal presunção, no entanto, não pode ser feita *tout court*, cabendo ao adquirente fazer prova de ambas as situações: (i) de que o comprador teria, de fato, oferecido um preço menor; e (ii) de que o vendedor teria aceitado tal preço. Ocorre que a prova deste processo causal - i.e, que a informação correta impactaria diretamente na redução do preço de aquisição - é de grande dificuldade em operações de M&A.¹¹⁸

A propósito do ônus probatório incidente sobre o *deceptus*, parte da doutrina entende que este é decorrente da regra inserta no art. 402, do CC, segundo a qual somente o dano certo é indenizável, não sendo, por

¹¹⁶ GREZZANA, Giacomo. Op. cit., p. 360-361.

¹¹⁷ GREZZANA, Giacomo. Op. cit., p. 304.

¹¹⁸ GREZZANA, Giacomo. Op. cit., p. 304-305.

consequente, o dano hipotético, eventual ou conjectural passível de indenização, ainda que o fato gerador seja decorrente de conduta dolosa.

Cláudia Gruppi Costa e Guilherme Setoguti, em estudo sobre o tema, esclarecem que para esta corrente – de que se filia Pontes de Miranda¹¹⁹ – a certeza do dano para fins de quantificação depende da efetiva comprovação da vontade hipotética do *deceptus* e do *deceptor* em celebrar o negócio jurídico em bases diversas.¹²⁰

Por este prisma, para que o *deceptus* possa pleitear como indenização os danos incorridos pela concretização de uma situação falseada, ele deve antes comprovar que, caso não tivesse sido induzido a erro, o contrato seria, ainda sim, celebrado, porém de forma mais vantajosa para ele. Logo, se não comprovada tal situação, o *deceptus* não poderia postular indenização alguma - mesmo que provada a conduta dolosa -, já que o dano seria, em última análise, uma conjectura e, portanto, hipotético.¹²¹

Aos autores, no entanto, não escapa o contrassenso deste raciocínio, uma vez que tal posição doutrinária acaba por privilegiar o interesse do *deceptor* (que, diga-se, não parece um interesse digno de tutela), ao imputar ao lesado um ônus demasiadamente complexo de se desincumbir. Ademais, segundo Cláudia Gruppi Costa e Guilherme Setoguti, esta solução contraria o princípio da conservação do negócio jurídico, eis que, diante da enorme dificuldade da prova, o pleito anulatório (em que bastaria a comprovação da

¹¹⁹ Diante da inexistência de estudo mais aprofundado sobre o tema do direito brasileiro, como bem observam Cláudia Gruppi Costa e Guilherme Setoguti em seu trabalho, cumpre destacar a posição de Pontes de Miranda, que defende que a reparação em caso de dolo acidental impõe ao *deceptus* o dever “de provar que, sem o dolo, o outro figurante teria negociado a coisa” por preço inferior ao praticado no contexto enganoso. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Tomo IV, Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrardt. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, § 456, p. 46, apud COSTA, Cláudia Gruppi; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. O dolo acidental em contratos de compra e venda de participação societária: critérios para a quantificação dos danos. In Processo Societário. Vol. IV. Flávio Luiz Yarshel, Guilherme Setoguti J. Pereira (coords.) São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 164).

¹²⁰ COSTA, Cláudia Gruppi; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. O dolo acidental em contratos de compra e venda de participação societária: critérios para a quantificação dos danos. In Processo Societário. Vol. IV. Flávio Luiz Yarshel, Guilherme Setoguti J. Pereira (coords.) São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 164.

¹²¹ COSTA, Cláudia Gruppi; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. O dolo acidental em contratos de compra e venda de participação societária: critérios para a quantificação dos danos. In Processo Societário. Vol. IV. Flávio Luiz Yarshel, Guilherme Setoguti J. Pereira (coords.) São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 164.

conduta dolosa, sem que seja imputada à vítima qualquer ônus probatório dessa natureza) ganha primazia em detrimento do indenizatório.¹²²

Diante da problemática evidenciada acima, Cláudia Gruppi Costa e Guilherme Setoguti inovam ao propor como premissa a ideia de que a identificação do dano certo não depende da comprovação irrefutável da vontade do *deceptor*. Isto é, embora a certeza do dano não possa ser extraída apenas da afirmação do *deceptus*, o que poderia levar à pressuposta inferência de um negócio hipotético, este poderia se socorrer de alguns elementos que funcionariam como uma “indicação probabilística” da certeza do dano.¹²³

Nessa esteira, notadamente em contratos de M&A, os autores propõem que o julgador (na formação do juízo probabilístico) considere três elementos para identificar se a indenização pretendida efetivamente ocorre de um dano certo. Primeiro: documentos e comunicações que antecederam a celebração do contrato, a fim de evidenciar os critérios utilizados na precificação do negócio no momento do *signing*. Segundo: a existência de outras cláusulas, a exemplo da cláusula de declarações e garantias, assim como aquelas relativas a mecanismos de ajuste de preço ou, mesmo, provisões relacionadas à constituição de uma conta garantia (*escrow account*). Terceiro: o tráfico negocial, i.e, os usos e costumes de determinado ramo de atividade ou sociedade, a teor do art. 113, CC.

A partir destes três elementos, segundo os autores, o julgador estaria apto para avaliar se o dano alegado é meramente hipotético ou se, de fato, a indenização postulada refere-se a um dano efetivamente incorrido pelo

¹²² COSTA, Cláudia Gruppi Costa; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. O dolo acidental em contratos de compra e venda de participação societária: critérios para a quantificação dos danos. In *Processo Societário*. Vol. IV. Flávio Luiz Yarshel, Guilherme Setoguti J. Pereira (coords.) São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 167-168.

¹²³ Cumpre destacar que Giacomo Grezzana faz alusão à tal indicação probabilística como suficiente a demonstrar como seria a *cadeia causal* de acontecimentos caso a informação falseada fosse verdadeira. No entanto, os autores pontuam que, embora concordem com a relevância da análise de acontecimentos e de outros elementos relativos ao negócio como meio apto a auxiliar o *deceptus* na comprovação do dano, do seu ponto de vista, o juízo probabilístico não perpassa pelo nexo de causalidade, mas sim pela ideia de certeza do dano. (GREZZANA, Giacomo. Op. cit., p. 305, apud COSTA, Cláudia Gruppi; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. Op. cit., p. 167-168).

deceptus, sem que isto imponha a este último um ônus probatório demasiadamente gravoso.¹²⁴

Em síntese, assim como não é de se depreender que o alienante teria aceitado um preço menor apenas porque o adquirente teria feito uma oferta menor, tampouco é de se assumir que a diferença de preço seria proporcional ou diretamente relacionada especificamente à violação da declaração e garantia.¹²⁵⁻¹²⁶

Daí a essencialidade da compreensão de que os regimes do dolo accidental e da responsabilidade civil contratual funcionam em efetivo *concurso*: ambas as tutelas podem ser acessadas, cada uma, no entanto, com critérios distintos de satisfação. Serão, portanto, as circunstâncias do caso concreto, desde os elementos negociais até a redação do SPA, que autorizarão a utilização de um ou de outro remédio. E, no meio disso, os advogados responsáveis pela apresentação das teses, a quem caberá o domínio dos critérios de cada remédio e dos fatos do caso para optar por um, ou pelo outro; ou por ambos em uma relação de subsidiariedade.

Considerações finais

O presente trabalho teve por principal finalidade realizar um esforço de “simplificação geográfica”¹²⁷ dos remédios disponíveis à tutela do

¹²⁴ Os autores assim concluem: “Parece-nos que essa é a solução adequada para equalizar os interesses, na medida em que ao mesmo tempo em que mitiga condutas oportunistas, não impõe ao *deceptus* um ônus demasiadamente gravoso”. (COSTA, Cláudia Gruppi; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. Op. cit., p. 171).

¹²⁵ Essa prova é possível, por exemplo, nas hipóteses em que haja a previsão de um espelho de cálculo ou de uma fórmula matemática ajustada de comum acordo que defina as prestações de cada parte - o que, sublinhe-se, não se dá na grande maioria dos casos. (GREZZANA, Giacomo. Op. cit., p. 304-305).

¹²⁶ Em sentido contrário, na doutrina estrangeira, registre-se a opinião de Stefan Friedrich Voss, que defende que ao adquirente da empresa ou participação societária seja reduzido o *standard* probatório a ponto de tornar despidianda a prova de que o alienante teria aceitado oferta menor. (VOSS, Stefan Friedrich. Warranties in Unternehmenskaufverträgen: Struktur und Wirkungsweise anglo-amerikanischer Gewährleistungskataloge in Unternehmenskaufverträgen, die deutschem Recht unterliegen. Tübingen: MVK Medien Verlag Köhler, 2002, p. 126, apud GREZZANA, Giacomo. Op. cit., p. 305, nota de rodapé 1.065).

¹²⁷ A referência é extraída da frase: “se você tem um mapa que reproduz cada detalhe do mundo, o mapa não serve para nada porque é do mesmo tamanho”. O processo de simplificação

comprador de participações societárias, especificamente em relação aos remédios aplicáveis à violação das declarações e garantias. Fato é que quando o operador do direito é exposto pela primeira vez à situação trazida pelo cliente, faz-se necessário um mapeamento da generalidade dos remédios jurídicos aplicáveis: um *set básico de premissas* contra o qual a extensa regulação contratual e a grande quantidade de informações possam ser distribuídos, e assim racionalizados.¹²⁸ A ausência de referido *set básico de premissas* pode levar as partes a um tratamento impreciso dos remédios aplicáveis, inviabilizando o tratamento jurídico das violações como um todo. Um desafio, diga-se, com flagrantes consequências à administração das disputas, tanto judiciais quanto arbitrais, que pode levar os julgadores e os litigantes a uma situação de hipercomplexidade jurídica e instrutória, aumentando os custos, o tempo e a imprecisão na resolução de disputas complexas.

Viu-se que os desafios jurídicos e os práticos operam conjuntamente, influenciando uns aos outros: por exemplo, os remédios com efeitos resolutório e anulatórios são pouco acessíveis por conta da falta de interesse das partes em desfazer o negócio. Por outro lado, a despeito de os vícios redibitórios autorizarem o “abatimento do preço”, viu-se que seus critérios são pouco aderentes ao objeto do M&A, fazendo desta uma solução de utilização extremamente limitada. Conclusão equivalente - porém, objeto de menores divergências doutrinárias - foi alcançada em relação à evicção. Por último, viu-se que, a despeito de o dolo acidental ser identificado como um remédio útil à tutela dos interesses do comprador, não se pode passar despercebido que o seu regime impõe um elemento de instrução desafiador, qual seja, a demonstração de que o vendedor aceitaria vender a sua participação pelo preço reduzido.

geográfica objeto da cartografia é fruto de milênios de avanços sociais e tecnológicos - muitos deles relacionados à própria matemática, essencial para transformar as cartas náuticas em mapas mundi, ambos, diga-se, essenciais ao desenvolvimento tecnológico experimentado pela sociedade contemporânea. O tema, intimamente ligado à história do Brasil, é objeto do livro: LESTER, Toby. *The Fourth Part of the World - The Race to the Ends of the earth, and the Epic Story of the Map that Gave America its Name*. London: Profile Books, 2009.

¹²⁸ Não se pode deixar de falar que a organização metodológica do raciocínio jurídico é essencial à administração de casos complexos como as disputas de pós-fechamento, destacando-se a metodologia denominada IRAC, também útil para a organização da instrução de feitos da espécie. Sobre o tema: MENDES, Lucas Vilela dos Reis da Costa; MARRA, Mariana Falconi; e SANTOS, José Marinho Séves. *O Argumento Jurídico. Em busca do tempo perdido: IRAC e outros métodos argumentativos*. In. *Práticas de Arbitragem: Técnicas, Agentes e Mercados*./ Coord. Joaquim de Paiva Muniz, Lucas Vilela dos Reis da Costa Mendes. – 2ª Ed. – Rio de Janeiro: Curso Prático de Arbitragem, 2020. p. 41-69.

De fato, sopesadas as características de cada remédio, a tutela indenizatória se destaca como um supra-remédio, aplicável tanto para áreas não alcançadas pelos demais, quanto para a pacificação do inadimplemento das cláusulas de declarações e garantias com natureza de obrigação (seja de garantia, seja de dar) - tutela esta que, ainda assim, também possui suas próprias limitações.

Referências bibliográficas

BENETTI, Giovana. Dolo no direito civil: uma análise da omissão de informações. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

BETTI, Emilio. Teoria generale delle obbligazioni. Vol. II. Milão: Giuffrè, 1953.

BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. Compra e Venda de Participação Societária de Controle. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

COSTA, Cláudia Gruppi; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. O dolo acidental em contratos de compra e venda de participação societária: critérios para a quantificação dos danos. In Processo Societário. Vol. IV. Flávio Luiz Yarshel, Guilherme Setoguti J. Pereira (coords.) São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 153-187.

COMPARATO, Fábio Konder. Obrigações de meios, de resultado e de garantia. In Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial, vol. 4, p. 63-78. Acesso pelo RTOonline.

FERNANDES, André de Godoy. Mergers and Acquisitions in North America, Latin America, Asia and the Pacific – Selected Issues and Jurisdictions. V. B. Kluwer Law, 2001, p. 108

GOMES, Orlando. Contratos. Atualizadores Edvaldo Brito (coord.) e Reginalda Paranhos de Brito. 28ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense: 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 2: Teoria geral das obrigações. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GREZZANA, Giacomo. A Cláusula de Declarações e Garantias em Alienação de Participação Societária. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coords.): Inexecução das obrigações. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2020, v. I e II.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. Responsabilidade civil e interesse contratual positivo e negativo (em caso de descumprimento contratual). In: GUERRA, Alexandre D. de Mello; BENACCHIO, Marcelo (coords.). Responsabilidade civil. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura. Disponível em <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/rc5.pdf?d=636680468024086265>. Acesso em 22.11.2024.

KRAIEM, Ruben. Leaving money on the table: contract practice in a low-trust environment. *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 42, 2004, p. 726.

MARINO, Francisco Paulo Crescenzo. Disponível em <https://www.youtube.com/live/DxWdn8RUvI?feature=share>. Acesso em 22.11.2024.

MARTINS-COSTA, Fernanda M. Ensaio sobre o descumprimento de cláusulas de declarações e garantias em alienações de participações societárias com fechamento diferido. In: Aline de Miranda Valverde Terra; Gisela Sampaio da Cruz Guedes (Coords.) *Inexecução das obrigações*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2020, v. I.

MARTINS-COSTA, Judith. Os regimes do dolo civil no direito brasileiro: dolo antecedente, vício informativo por omissão e por comissão, dolo accidental e dever de indenizar. *Revista dos Tribunais*, vol. 923. São Paulo, Ano 101, set./2012, p. 130. Acesso pelo RTOonline.

MARTINS-COSTA, Judith. Autoridade e Utilidade da Doutrina: a construção dos modelos doutrinários. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *Modelos de Direito Privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

MARTINS-COSTA, Judith. Contrato de compra e venda de ações. Declarações e garantias. Responsabilidade por fato de terceiro. Inadimplemento, pretensão, exigibilidade, obrigação. Práticas do setor e usos do tráfego jurídico. Parecer. In: CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de; AZEVEDO, Luis André; HENRIQUES, Marcus de Freitas (coord.).

Direito societário, mercado de capitais, arbitragem e outros temas: homenagem a Nelson Eizirik. São Paulo: Quartier Latin, 2020. v. 3, p. 67-90. p. 75.

MARTINS-COSTA, Judith A obrigação de diligência: sua configuração na obrigação de prestar melhores esforços e efeitos do seu inadimplemento. *Católica Law Review*. Vol. IV, n. 2, mai-2020. Disponível em <https://doi.org/10.34632/catolicalawreview.2020.9321>. Acesso em 22.11.24.

MARTINS-COSTA, Judith e ZANETTI, Cristiano. MARTINS-COSTA, Judith e ZANETTI, Cristiano. Qual é o prazo prescricional da responsabilidade contratual? (Partes 1 a 4). Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-mai-29/direito-civil-atual-prazo-prescricional-responsabilidade-contratual-parte>. Acesso em 22.11.24.

MEDEIROS, Mariana Mendes. Cláusulas de declarações e garantias: nos contratos internacionais de aquisição de empresas ou ativos. 2006. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. As Cláusulas De Representação e Garantia e a Aplicação Do Princípio Da Boa-Fé Objetiva Nos Contratos Paritários. *Pública Direito*, 2015. Disponível em: www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9544120004d9a4b1. Acesso em 22.11.24.

NEGREIROS, Teresa. Dos vícios redibitórios e da sua articulação com as cláusulas de declarações & garantias em contratos de compra e venda de empresas. In: BENETTI, Giovana; RODRIGUES, André Corrêa; FERNANDES, Márcia Santana; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro; PARGENDLER, Mariana; VARELA, Laura Beck (Orgs.) *Direito, cultura, método: Leituras da obra de Judith Martins-Costa*. Rio de Janeiro: GZ, 2019.

PARGENDLER, Mariana; GOUVÊA, Carlos Portugal. As diferenças entre declarações e garantias e os efeitos do conhecimento do adquirente. São Paulo: FGV Direito, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. I/ Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. 34ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. III/ Atual. Caitlin Mulholland. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

PIRES, Catarina Monteiro. Aquisição de empresas e de participações acionistas: problemas e litígios. Coimbra: Almedina, 2019.

PIRES, Catarina Monteiro. Cláusulas de acordo integral e cláusulas de solução única ou de “remédio” único. In MONTEIRO. António Pinto et al. Encontros de Direito Civil II: A tutela dos credores. Lisboa: Universidade Católica, 2020.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Tomo IV. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrardt. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. Tomo XXV. Atualizado por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: RT, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Parte especial. Tomo XXXVIII. Atualizado por Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: RT, 2012.

SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos; LOPES, Marília. Notas sobre a responsabilidade contratual do alienante pela violação das cláusulas de declarações e garantias nos contratos de alienação de participação societária representativa de controle. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, v. 24, p. 241-260, abr./jun. 2020.

STEINER, Roberta C. Descumprimento contratual: remédios à disposição do credor lesado. In: Aline de Miranda Valverde Terra; Gisela Sampaio da Cruz Guedes. (Org.). Inexecução das obrigações. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2020, v. II.

STEINER, Renata. Na pauta do STJ: há prazo para exercício do direito à resolução por inadimplemento? Agire #66. Disponível em https://agiredireitoprivado.substack.com/p/agire66?utm_source=substack&utm_medium=email. Acesso em 22.11.24.

STEINER, Renata. Reparação de danos: interesse positivo e interesse negativo. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

TINA, Andrea. Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie. Milão: Giuffrè, 2007.

VOSS, Stefan Friedrich. Warranties in Unternehmenskaufverträgen: Struktur und Wirkungsweise anglo-amerikanischer

Gewährleistungskataloge in Unternehmenskaufverträgen, die deutschem Recht unterliegen. Tübingen: MVK Medien Verlag Köhler, 2002.

WALD, Arnaldo. Dolo accidental do vendedor e violação das garantias prestadas. Revista dos Tribunais, 2014, n. 949. Acesso pelo RTOnline.



Este trabalho possui uma Licença *Creative Commons - Atribuição 4.0 Internacional*.

Como citar este artigo (ABNT)

MENDES, Lucas Vilela dos Reis da Costa; EGITO, Joana. Concurso de Remédios na Hipótese de Violação da Cláusula de Declarações e Garantias em Contrato de Compra e Venda de Participação Societária. *Revista Semestral de Direito Econômico*, Porto Alegre, v. 02, n. 02, e2206, jul./dez. 2022. <https://doi.org/10.51696/resede.e2206>

Recebimento: 15/12/2023

Avaliação preliminar: 22/12/2023

Aprovação: 09/11/2024

Retorno de correções: 23/11/2024



**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO ECONÔMICO**

UMA BREVE ANÁLISE ACERCA DO MODELO DE TIPIFICAÇÃO DAS DECISÕES NA OBRA “POLÍTICA ECONÔMICA, ORDENAMENTO JURÍDICO E SISTEMA ECONÔMICO”

A BRIEF ANALYSIS OF THE TYPIFICATION MODEL OF DECISIONS IN THE WORK “ECONOMIC POLICY, LEGAL ORDER AND ECONOMIC SYSTEM”

Thiago Gehrke  

Doutorando (UFRGS), Mestre em Direito Econômico (UFRGS), Especialista em Direito Público (UCS), Bacharel em Direito (UFRGS). Advogado.

E-mail: thiago.gehrke@gmail.com

Resumo: Há muito ruído sobre os temas envolvendo sistemas econômicos no debate político e inclusive jurídico. Sobre esse escopo, a obra sob análise trata de oferecer uma sistematização adequada, a servir de ponto de partida para que se possa analisar o discurso sem cair nas usuais armadilhas retóricas. Construindo o argumento a partir da decomposição do discurso em suas fases nucleares, destacando a influência subjetiva valorativa e sua relação com vetores da realidade objetiva, o autor oferece um modelo de tipos ideais em que as decisões podem ser enquadradas para facilitar a sua análise. A presente revisão crítica apoiou-se em pesquisa bibliográfica ampliada referente a seu objeto.

Palavras-chave: Direito Econômico; Teoria do Discurso; Sistemas Econômicos; Ação; Ordenamento Jurídico.

Abstract: There is a lot of noise about issues involving economic systems in the political and even legal debate. On this scope, the work under analysis tries to offer an adequate systematization, to serve as a starting point so that the discourse can be analyzed without falling into the usual rhetorical traps. Building the argument from the decomposition of discourse into its core phases, highlighting the evaluative subjective influence and its relationship with vectors of objective reality, the author offers a model of ideal types in which decisions can be framed to facilitate their analysis. This critical review was supported by extended bibliographic research referring to its object.

Keywords: Economic Law; Discourse Theory; Economic Systems; Action; Legal Order.

Sumário: Introdução. 1 Prolegômenos para uma Ação como Conceito Jurídico Base no Exame dos Sistemas. 2 A Decisão na Compreensão Jurídica da Política Econômica. 2.1 Informação - Um Juízo Acerca de Dados Perceptivos. 3 Tipificação das decisões - Modelos Adotados. 3.1 A tipificação das decisões como meio de resolver problemas jurídicos relacionados à Política Econômica. Considerações Finais. Referências.

Introdução

O debate envolvendo a capacidade de tomada de decisões de agentes, os enfoques utilizados para analisar a realidade, entre outros, é costumeiramente tomado por um referencial difuso, desconexo. Com efeito, essa ausência de uma linguagem comum se presta a dificultar o mútuo entendimento. Além, presta-se a auxiliar no desserviço de indivíduos que buscam ressignificar conceitos a seu benefício. É comum acompanharmos em discussões tentativas de diminuição de argumentos sobre uma tese de um elitismo intelectual, em que o Outro é aquele que atua sob paixões, com argumentos viscerais. O ator declarante se apresenta sempre como o racional, o “técnico”.

Debater termos e significados de forma a fomentar um ponto ou outro torna o debate não só desconexo e difícil, mas o torna impossível. Necessita-se de um mínimo de linguagem comum para que os agentes possam efetivamente se comunicar. Nesse sentido, o escopo da obra analisada é o de lançar uma teoria do próprio discurso¹ (em geral) econômico (em espécie), demonstrando onde estão as origens das teses de cada indivíduo e como opera a formação da sua fala.

Tal entendimento afasta os citados espantalhos argumentativos onde há uma qualificação hierárquica entre os debatedores, com proeminência àqueles que seguem certa cartilha teórica – principalmente quando referenciado o estado da arte dos discursos econômicos e do Direito Econômico. Onde muito se preza por dar um ar objetivo matemático às próprias paixões, disfarçando-as de fatos.

1 PROLEGÔMENOS PARA UMA AÇÃO COMO CONCEITO JURÍDICO BASE NO EXAME DOS SISTEMAS

Tomando-se a Ação como objeto central e conceito jurídico base no exame dos sistemas, sua construção passa a ser encarada como o ponto de contato de uma Decisão – por sua vez, fomentada pelo encontro propositivo

¹ “Os tipos referidos admitem as mais variadas combinações e é a partir delas que se vão identificando, individualmente, as ações, para que elas possam ser confrontadas com o referencial que ofertará ao intérprete o respectivo sentido.” (Camargo, 2019).

da Informação com o Discurso – com a sua execução. Em uma citação direta à teoria de Carnelutti (2000)², a ação é encarada como resultado *do modo de ser recíproco* do agente observante com as circunstâncias alheias a si. Tal conceituação opera como uma barreira contra formas de solipsismo vulgar, em sua vã tentativa de isolar o agente em um mundo interior. Isolando toda experiência como se obra de sua sensibilidade, impedindo o contato com fatos alheios ou imperceptíveis.

A Ação é vista como fenômeno humano, permeado por questões valorativas (ética) e visando resultados (técnica); porventura, há uma alocação de seus caracteres no tempo, mesmo nos eventos em que a ação seja – aparentemente – instantânea, tomada de impulso. Nesse sentido, há o concerto de razões prévias e uma operabilidade sequencial a seu feito. Conceitua-se ação como conduta humana, envolvendo os verbos “fazer”, “omitir” e “permitir”; dotando-lhe de sentido pelo papel do agente, sendo sua origem externa ou interna (Camargo, 2019). Dado esse caráter da Ação, observa-se que ela deve se basear na percepção de eventos, visto que foge da capacidade humana (dada sua volatilidade terrena) uma consciência capaz de superar os limites da percepção sensível e da comunicação humana. Todavia, não significando algum tipo de onisciência. Pelo contrário, assumindo-se que a ordem dos eventos prestigiados foge de um monismo focado no homem, e que os fatos lhe são independentes, indiferentemente de sua capacidade de reconhecimento ou interpretação. Eles existirão por si, o que nos será absorvido são percepções como base na sua existência.

Desta dualidade entre o que é agência do sujeito e o que é percepção da realidade pelo mesmo, surgem os conceitos de “ação” e de “acontecimento”. Vertidos em conformidade com o exercício da ação centrada, presente, a modificar a realidade que circunda a experiência do agente (Camargo, 2019, p.19). Para qualificar-se como ação, é necessário apenas o nexa de um ato com um intuito imediato ou mediato. Ver-se-á isso com maior clareza na sequência.

A ação, em conceito usual, é considerada com o seu móvel. Diz-se necessariamente voltada à satisfação de um fim. De forma que desta análise surge o problema de alocação do agente desinteressado, aquele que visa algo outro que seu benefício exclusivo. Essa visão, embora nos pareça de algum fundo coerente, peca por considerar o homem restrito à qualificação como

² CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. Trad. Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 2000, p.40.

homo economicus, um ser eminentemente racional, cujas decisões buscam a maximização de seu bem-estar em toda hipótese. Ora, essa idealização do homem como um agente plenamente racional, um tanto demodê e típica do século das Luzes, não pode ser simplista na relação – modo de ser recíproco – do homem com seus fins. Primeiro pois a assimetria informacional nem sempre permite que este tenha plena consciência dos seus fins e do que está em jogo em determinado cenário; segundo, pois nem todo fim será imediato (Camargo, 2019, pp. 22-3).

Há circunstâncias e cálculos que permitem ao homem identificar valores e abstrações que submetem negativamente o seu bem-estar atual. O cálculo não é simples. Como o esquilo que escolhe enterrar suas nozes esperando o inverno, o homem também é dotado da capacidade de sacrificar interesses próprios e próximos, diante da premência de circunstâncias outras. E ao contrário do esquilo que se volta a sua sobrevivência – mas também pode considerar a sobrevivência de sua prole, aportando o quanto o instinto de sobrevivência atua em um cálculo por vezes altruísta – o homem, por sua capacidade de abstração, pode vir a fazê-lo em nome de valores, de discursos. “*Ações são movimentações provocadas pelo ser humano em relação a determinado estado de coisas*” (Camargo, 2019, p.25). “*O ‘ato’ se traduzirá na ‘ação’*”. Assim, toma-se o ‘ato’ como a unidade do tipo; aqui seguindo-se a lógica que prevê na teoria do processo, a soma indistinta de diversos ou um único ato para a formação deste outro objeto. Também inafastável da doutrina administrativista.

A concepção que visa apartar a economia e a política do direito, afirmando-se que os atos destes matizes não se substanciam em ato jurídico parte de uma premissa equivocadamente diminuta e prática do que seja o ato jurídico. Considera-o somente aquele ato com efeito normativo produtivo; o que, sem espaço para dúvidas, é um reconhecimento equivocado da realidade. A efetividade dos negócios, o valor de determinada manifestação política, são vetorizadas pela segurança do direito, de forma que se submetem a um regime de previsão, somado ao agir do sujeito – dando-se efeitos e dando-se concretude. O Direito atua aqui como significante da relação. Mais, atua como garante, oferecendo uma pacificação social que permite a utilidade da grande maioria – se não totalidade – destes pactos. E o ato que por ele seja traduzido será dotado de características jurídicas. O que se debate, em fundo, é a composição dos móveis que levam a eles, não sua qualidade para gerar efeitos práticos e jurídicos. É uma questão de motivação.

2 A DECISÃO NA COMPREENSÃO JURÍDICA DA POLÍTICA ECONÔMICA

O ato, como visto alhures, mesmo quando sua existência se dá diante da incidência de influências externas não deixa de ser objeto do juízo do sujeito agente. Tanto o é que a classificação à sua compulsoriedade é tomada de relevância. Sobretudo, é o critério que difere a caracterização da coação absoluta da relativa, tendo seus efeitos sobre a natureza do ato, seja em um caso quanto a aspectos de validação – pela titularidade do agir pelo sujeito -, seja quando relevante à culpabilidade restrita à eficiência do ato.

O ‘querer’ volta-se ao conforto, seja aproximando-se do sujeito (isto é, imediatamente), seja afastando possível desconforto (aqui, mediadamente); (Camargo, 2019, p.42). *“Diante de opções possíveis, a decisão aparece como um ‘ato’ final, em que uma possibilidade é escolhida, abandonando-se as demais”*, afirma Ferraz Júnior (2001)³, de forma que o ato, aqui, atua como “etapa” – como parte nuclear da ação; sendo a decisão a etapa imediatamente anterior à tomada de efeitos do agir. É o momento derradeiro. Fomentada pelo querer, a decisão se dá sobre uma leitura sensível da realidade, determinando a ação.

O poder de decidir demanda sua titularidade; a subjetividade (das visões de mundo) dos participantes demanda que exista algum gênero de legitimação. Este pode ser a supressão pela força, a tomada coletiva ou ainda a adoção de algum título de AUTORIDADE baseado em algum tipo de critério. A dizer: este sujeito ostenta aptidão a decidir pelo coletivo. Mormente o estamento subjetivo, verifica-se que a burocracia estatal condiciona a decisão também a limites substantivos. Não bastará ao sujeito ostentar um título de autoridade qualquer, este título deve ser bastante para que este sujeito emita uma decisão sobre tema específico.

“A decisão não é parâmetro de ‘validade’, mas sim condição de ‘existência’ de qualquer ação.” (Camargo, 2019, p. 45). A validade da decisão e seus parâmetros não condiciona a ação. Apenas será objeto da sua concessão de determinados efeitos quando esta estiver de acordo com modelos previstos. *“Os grupos de pressão, contudo, podem com maior*

³ Ferraz Júnior, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito. São Paulo: Atlas. 2001, p.306.

tranquilidade ser considerados como sujeitos da decisão político-econômica, até porque ‘todos os interesses humanos têm a necessária tendência psicológica a abrirem a si os caminhos e a se afirmarem’ (Camargo, 2019, p.48).

Decidir significa, sobretudo, PODER. Tomar uma diretriz, mesmo absenteísta exige o que o autor denomina como “*possibilidade de tomada de decisão*” – mesmo quando pressuposta⁴ – o que exige da matéria objeto não somente uma instrumentalização prática e efetiva do agente (isto é, ser possível a ele mudar o estado das coisas), mas também o fato de existir uma multiplicidade de resultados possíveis. Onde não há opção, não há decisão. Destarte reside a questão submersa: há questões em que a capacidade de influir é nula, porém com aparência de existência; há ilusão de liberdade⁵ onde não existe qualquer espaço para o arbítrio.

2.1 Informação – Um Juízo Acerca de Dados Perceptivos

A informação pode ser pulverizada de forma contundente, a aleijar o participante de uma análise realista. Assimétrica é a informação medida conforme os níveis de sua qualidade.

“Tenhamos presente que o fato da ‘informação’ que embasa a decisão ser ‘verdadeira’ ou ‘falsa’ não é relevante para o efeito de se dar como ‘verdadeira’ ou ‘falsa’ a decisão em si: a decisão será ‘verdadeira’ se tiver sido tomada, ‘falsa’ ou ‘imaginária’, se não tiver sido tomada.” (...). “A veracidade ou inveracidade, em si mesmas, de um dado são imunes a determinações da vontade e à conveniência para qualquer sujeito.” (Camargo, 2019, p.59)

À análise do ‘Juízo’, reveladora da “*distinção entre ‘ato de vontade’*” e daquele nomeado “*ato de inteligência*”, apartam-se: “*o último tem como objetivo permitir a compreensão dos dados que se apresentam à percepção*

⁴ A percepção da realidade e sua clareza são parte íntima da análise penalista da ação. A forma e conjectura de determinado evento levado a cabo por decisão demanda coerência entre a crença do sujeito e a conexão das suas razões com os eventos decorrentes.

⁵ “Não é necessário, para que a decisão seja tomada [portanto, exista], que a solução da controvérsia esteja realmente ao alcance do ser humano que decida, mas sim que ele creia estar a seu alcance.” (Camargo, 2019, p.53).

humana, aquela tem como objetivo a realização de um fim querido pelo agente.”(Camargo, 2019, p. 60) O ato de inteligência, todavia, traduz-se sobre ato de vontade, mesmo que mediatamente. O fim da inteligência, não é outro se não um juízo de algum valor. O que, por sua natureza, não pode ser considerado um elemento auto evidente, apriorístico. Ele terá gênese na estrutura pessoal (biopsíquica ou econômica) do agente praticante.

O JUÍZO é, portanto, o apanhado de experiências – técnica e pessoal – que instrumentalizam a tomada de uma decisão. Como visto, o seu objeto pode referir diretamente a um evento de valor – é relevante para a análise da decisão o que e como foi tomado este direcionante – todavia, tratando-se da interlocução do agente com a informação, tampouco este quanto ela tem o pleno poder de uma neutralidade idealizada – dificilmente estes juízos existem isolados, em estado de pureza. Pautados em maior ou menor escala pelas subjetividades dos atores.

3 TIPIFICAÇÃO DAS DECISÕES – MODELOS ADOTADOS

A partir de agora, será tomada a tipologia oferecida pela obra e analisando ela sobre um crivo sistemático que julgamos adequados como forma de interpretá-la e organizá-la em um novo paginamento. Tomamos alguma liberdade poética para renomear ou mesmo nomear alguns dos tipos específicos, assim como alterar a ordem. De passo que remetemos o leitor para que busque na fonte original a ordem realmente visualizada pelo autor se assim o julgar necessário.

I) DECISÃO DE ACORDO COM SUA SUBMISSÃO:

Distinguem-se a decisão de caráter autônomo, quando não haja a imposição unilateral de deveres ou ônus a outra pessoa, e a decisão de caráter heterônomo, que se faz presente quando a ela for essencial tal imposição. (Camargo, 2019, p. 64).

O ponto complexo em uma sociedade insitamente conectada é apontar com precisão que decisões não afetam (ao menos imediatamente) o outro; como visto, os fatores de ‘atos de inte- ligência’ confundem-se usualmente

com os vetores dos ‘atos de vontade’, de forma que a formulação do ato definitivo da ação – isto é, a tomada da decisão – irá transitar entre razões silentes do juízo do agente. Agora, tal confusão se dá em outra esfera, não submetida às razões substantivas do agente, mas subjetivamente perante a quem (e ao quê) a ação presta efeitos. Pelas mesmas razões há aqui nebulosidade, todavia, aponta-se à seleção feita. A utilização do verbete “essencial” caracteriza uma escala, em que o principal – ou mais aparente – dos aspectos permite à classificação uma melhor sorte em sua utilidade, desde que respeitado e memorado este limite.

i) DECISÃO HETERÔNOMA EM AMPLITUDE:

“Pode ter caráter geral e impessoal, dirigido a quem quer que possa ter de a executar, ou individual e concreto, voltada a um determinado sujeito.” (CAMARGO, 2019, p. 65).

O sujeito relevante aqui é a quem se determina as consequências da ação.

II) DECISÃO DE ACORDO COM A QUALIDADE DO SUJEITO:

Pode a decisão ser pública, quando provier de agente investido em parcela do poder de exercício válido da coação, e que tenha por pressuposto tal investidura, ou privada, quando não for proferida por sujeito investido naqueles poderes nem tiver como pressuposto de existência tal investidura” (Camargo, 2019, pp. 64-5).

Ressalta-se aqui a relevante questão da validade dos atos do agente público. Vê-se que o ato existe e gera (gerou) efeitos, mesmo considerado inválido; a decisão existiu, foi tomada pelo agente, e de acordo com possíveis razões do cargo posta a efeitos. A proeminência da decisão se mede pela autoridade do agente. Quando esta “existe”, mesmo que por meio de ardil, ela foi tomada. Da aparência de autoridade, restará submetida a seus efeitos, que poderão sobrevier a apuração da sua invalidade. À semelhança.

i) DECISÃO COMO ATRIBUIÇÃO ESPECÍFICA DE DETERMINADO AGENTE:

Podendo vir a ser tomada por sujeito individual, coletivo, compartilhado (Camargo, 2019, p. 66).

Trata-se de uma determinação de autoridade específica e direcionada.

III) DECISÃO CONFORME QUANTIDADE DE SUJEITOS:

“Monocrática ou colegiada, e neste último caso, será tomada por unanimidade, ou pela maioria dos integrantes do colegiado, ou pela maioria dos que estejam presentes no momento da respectiva adoção.” (Camargo, 2019, pp. 65-6).

O valor da definição, na célebre passagem lembrada pelo ministro Eros, se dá na sua capacidade de ser útil. Aparentemente, algumas dessas qualificações de caráter mais formal podem parecer inócuas, pensando nelas sobre um viés superficial. Todavia, a expressão de uma decisão tomada por um corpo de agentes, juridicamente, sabemos ter uma força e consequências muito diversas daquelas tomadas monocraticamente. Além, a decisão tomada em aspectos colaborativos, já aponta para razões de existência diferentes da pura autoridade criada no sistema liberal em que há pela via da representação a manifestação de vontade. Por vezes serão fatores de apresentação de sujeitos, tornando diferenciado e aproximado o processo da tomada de decisão.

IV) DECISÃO COMO BÔNUS A SUJEITO:

“Beneficiando o sujeito que a toma ou a terceiro, entende-se que a decisão é egoísta ou altruísta.” (Camargo, 2019, p. 66).

Ressalvado pelo professor o caráter coletivo que o ato egoístico pode vir a tomar. Como quando ele representa interesse de partido, no exemplo kelseniano. Sem prejuízo da amplitude dos receptores da benesse, aqui cabe a mesma ressalva feita quanto aos interesses, cabe-se elencar qual o valor proeminente quando da tomada da decisão. Se o outro, se o próprio agente.

V) DECISÃO CONFORME SINCERIDADE:

“A decisão será vista como ‘séria’/ ‘consequente’, que será a que se volta a assegurar o resultado prático declarado, ou como ‘inconsequente’, e como tal se pode considerar a decisão que incide sobre matéria que o agente sabe estar fora da sua esfera de disposição.” (Camargo, 2019, p.67).

Aqui, em verdade, trata-se de um apanhado de tipologias envolvendo a gestão das informações pelo agente, tratando tanto de seu reconhecimento externo, do que é realmente capaz de fazer, quanto da sua resposta a isso.

i) DECISÃO DE ACORDO COM A EXECUÇÃO:

“Quando for passível de se concretizar, a decisão será considerada factível, do contrário, será tida como ‘impossível’” (Camargo, 2019, pp. 67-8).

Destaca-se que a impossibilidade pode ser circunstancial, devendo-se aferir a qualidade do agente, do objeto e das coisas ao tempo em que a decisão foi tomada para, enfim, convencionar se ela é possível ou não; não se obriga o sujeito a agir de acordo com o que ele é notavelmente incapaz. Todavia, perícia permite que essa variação objetiva e subjetiva das possibilidades de execução ou inexecução da agência sejam mapeadas. E assim consideradas.

Ainda, da análise do contexto em que tomada a decisão, os atos prévios e a sua própria determinação devem ser equacionados perante as situações em que o risco tenha sido causado ou minorado pela postura do agente. O cidadão probo que envida todos os esforços para evitar determinado dano passa por um processo decisório completamente diverso daquele que por dissidia ou outra razão não foi cuidado o suficiente e auxiliou – mesmo que mediatamente – para que determinado evento tomasse corpo ou torne-se irremediável.

Notável qualificar essa seção de tipos como de uma dupla polaridade, por vezes enfrenando a relação entre a solidez de fatos imutáveis e a decisão do agente – de forma que as noções de culpa de suas decisões podem ser atenuadas ou até mesmo desconsideradas, já que ninguém pode vir a ser

forçado a destituir o inevitável – por outras permeando as inúmeras facetas e variáveis que podem particularizar a tomada de decisão e, por consequência, os resultados da ação. Sejam estes aspectos peculiares do agente, sejam aspectos presentes em normas e garantias jurídicas (posição de garante, etc.).

Fator impossível – impercebido pelo agente ou disperso pelas circunstâncias – pode ser motivador de uma ação, efeito do decidir com base nesses ruídos e inexatidão das informações. Essa é uma situação, suas consequências serão variáveis na medida em que a análise errônea é responsabilizável. Todavia, é outra situação e não se alberga o sujeito que, tomado pela insensatez, pratica ato sabidamente impossível. Pondo em risco outras circunstâncias guarnecidas pelo direito.

ii) FACTIBILIDADE SUFICIENTE:

Quanto à exequibilidade das decisões, o autor ressalta a presença da teoria da *‘reserva do possível’*. Onde os limites da escassez que necessariamente acompanham escolhas econômicas podem ser utilizados como base de decisões envolvendo política econômica. (Camargo, 2019, p.70).

A disponibilidade de recursos caminha em ritmo diverso das necessidades humanas, de onde esse desequilíbrio será forçoso à tomada de decisões restritivas e esse argumento será (ou poderá ser) utilizado como base dessa decisão.

VI) DECISÃO CONFORME GRAU DE
ARBÍTRIO/LIBERALIDADE DE AGENTE:

A questão aqui refere-se à diretriz de forma ou de atribuição de finalidade da ação pelo agente. Isto é, a capacidade do agente motivar livremente sua decisão ou as amarras que previamente determinam a utilização de alguma diretriz.

A liberdade para a definição dos meios e fins da ação correspondente [será] arbitrária quando a possibilidade de definição for totalmente des-provida de condicionamentos, discricionária, quando houver uma margem, a partir de balizamentos exteriores, para a definição dos fins e dos meios de acordo com a conveniência e oportunidades avaliadas por quem decide, e vinculada, quando não restar qualquer margem de escolha quanto a fins e /ou meios a serem atingidos. (Camargo, 2019, pg.67).

Vê-se que para o autor, há a questão da discricionariedade tanto quando da tomada de decisão, quanto, sequencialmente, da efetiva ação do agente. Apesar de tomarem parte de um mesmo processo, ambas questões não podem ser confundidas e decorrem de momentos diversos. A uma, basta a reação (ou não reação) fática do agente perante os estímulos dados pela realidade, outra, completamente diversa é a liberalidade dada ao juízo do agente em optar por determinada razão como justificativa apta a pôr efeitos ao ato. Lembrando-se, o agir, mesmo obrigatório, refere-se a um querer. Eu quero obedecer a determinada ordem. Por isso o agir se determina em existência, ou ele acontece de fato, ou ele não ultrapassou a barreira decisória. E por isso a decisão possui esse maior escopo nos aspectos de justificação. É sobre ela que se cabe divagar quanto ao tipo de inteligência que determinou o evento.

3.1 A Tipificação das Decisões Como Meio de Resolver Problemas Jurídicos Relacionados à Política Econômica

Chegamos, por fim, ao teste derradeiro do capítulo. A função de enquadrar os elementos em tipos ideais é aqui posta à prova em sua capacidade de qualificar eventos sobre o modelo adotado.

Já servindo de introdução ao debate que se seguirá no próximo capítulo, há nova ressalva quanto à inexistência de decisões puramente técnicas, uma vez que decidir é um ato de vontade; delimitado por critérios valorativos de distâncias diversas, mas igualmente justificados em valores: “*A decisão que se toma, ainda que informada por critérios técnicos, não deixa de ser ‘política’, voltada a realizar valores extraeconômicos*” (Camargo, 2019, p. 71). A técnica aparece como uma razão de meio; mediata

entre um ato de compreensão da realidade, realizável como ato de vontade, e sua razão de fim. Isto é, o objetivo moral ou factual a que a técnica se propõe a realizar.

Ressalte-se uma questão relevante: quando a decisão é tomada, ela, em sua fixação temporal, é demarcada no determinado tempo ‘x’. Todavia, ao contrário da ação, que efetivamente toma corpo e é passível de ser delimitada junto a seus atos de execução, a decisão, que também foi tomada em um instante, se posterga ulteriormente, junto aos efeitos do ato, e recua às razões e informações com que teve base. À essa realidade mediata da decisão, em uma espécie de subsunção de seus valores fundantes e das informações disponíveis no meio é que aos agentes se ampliará o leque de opções de juízo em política econômica⁶.

Essa multiplicidade de escolhas será submetida, então, a um regime lógico. Inserida no contexto das decisões da Constituição Econômica. A discricionariedade das decisões é então delimitada, adequada à moldura de possibilidades ao mesmo tempo que dotada de vetores interpretativos próprios do discurso da Constituição adotada. Uma vez dentro destes limites, as decisões passam pelo direcionamento dos filtros e vão sendo qualificadas conforme os tipos referentes, dando-lhes identidade e facilitando sua percepção. Os vetores tipológicos da decisão, portanto, servem-se como estabelecimento lógico deste quadro de possibilidades. A função de teorizar modelos é sua transposição a situações práticas, como uma folha de manteiga, posta acima e permitindo ao observador organizar e funcionalizar sua análise.

A partir deste contexto, o autor definiu em um modelo dividido em nove questões os parâmetros do juízo decisório:

1º - Saber qual foi o sujeito que decidiu, se a decisão em questão traduziu exercício de poder público ou privado;

2º - Se a decisão incidiu, efetivamente, sob matéria passível de cais sob a governabilidade humana;

⁶ Ver mais em Souza, Washington Peluso Albino de. Primeiras Linhas de Direito Econômico. 6ª edição. São Paulo: Editora LTr, 2ª tiragem, 2017.

3º - *Quais foram as informações que embasaram a decisão;*⁷

4º - *Qual foi o juízo que norteou a decisão;*

5º - *Qual foi o procedimento empregado para a adoção da decisão, se foi monocrática ou colegiada;*

6º - *Se a decisão em questão foi autônoma ou heterônoma, e, nesta segunda hipótese, se existia um título jurídico de autoridade a embasá-la, bem como a abrangência de seus destinatários;*

7º - *A qual interesse a decisão em tela beneficia, se seria a do próprio autor da decisão ou se seria a terceiro;*

8º - *Se a decisão foi séria ou inconsequente, e ela será tida como séria, da parte do particular, se ele, efetivamente desempenhar os encargos que lhe incumbem para a fruição do benefício; Da parte do Poder Público, se, atendidos os encargos e observados, efetivamente, os critérios definidos em ato normativo geral e abstrato;*⁸

9º - *Se a decisão foi arbitrária, discricionária ou vinculada.*

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O intento da obra é comportar-se como uma base, uma estrutura conceitual para responder à pergunta: “*de que forma a dinâmica dos interesses econômicos influencia os ordenamentos jurídicos*”. Como se percebe, a pergunta de pesquisa já é acompanhada – ou diria, narrada – por uma relevante afirmação. Há influência (s) do poder político-econômico no estrato jurídico dos países. O papel dos conceitos, então, é de organizar essa ordem de razões para que se tenha uma linguagem comum e que seja observado o fundo de razão que é parte íntima da tomada do processo decisório. Fugindo-se daquela tese vulgar em que ideologia é tudo aquilo o que se opõe ao viés padronizado do agente vocalizante. Ainda,

⁷ E aqui ressalta-se do exemplo do produto com fornecimento insuficiente, há um necessário concerto entre a análise de realidade de ambos, público e privado, somando-se a um juízo de oportunidade; cada qual com seus objetivos mediatos e imediatos. Razão que qualifica seus regimes e os corporifica junto à métrica do quadro.

⁸ Aqui, lembremos que a determinadas agências e a determinados móveis, a razão inconsequente é, por si, motivo de responsabilização (cita-se a gestão temerária); aqui são relevantes as novas diretrizes trazidas pela atualização da LINDB, no caso dos agentes públicos.

reconhecendo neste fenômeno a agência e o móvel do agente politicamente motivado que busca intervir sub-repticiamente na razão sensível das coisas.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso: abr. 22.

CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *Política Econômica, ordenamento jurídico e sistema econômico: a sobrevivência do estado de direito na economia atual*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed. 2019.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. Trad. Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 2000.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas. 2001.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MANNHEIM, Karl. *Ideologia e Utopia: introdução à sociologia do conhecimento*. Trad. Emilio Willems. 2ª ed. Rio de Janeiro: Globo. 1952.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 22ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SILVA, César Augusto Silva da. *O direito econômico na perspectiva da globalização: análise das reformas constitucionais e da legislação ordinária pertinente*. Rio de Janeiro: Renovar. 2000.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. 6ª edição. São Paulo: Editora LTr, 2ª tiragem, 2017.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2015.



Este trabalho possui uma Licença *Creative Commons - Atribuição 4.0 Internacional*.

Como citar este artigo (ABNT)

GEHRKE, Thiago. Uma Breve Análise Acerca do Modelo de Tipificação das Decisões na Obra “Política Econômica, Ordenamento Jurídico e Sistema Econômico”. *Revista Semestral de Direito Econômico*, Porto Alegre, v. 02, n. 02, e2208, jul./dez. 2022. <https://doi.org/10.51696/resede.e2208>

Recebimento: 16/04/2024

Avaliação preliminar: 16/04/2024

Aprovação: 27/05/2025

Retorno de correções: 22/07/2025



**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO ECONÔMICO**

LOOT BOXES: UMA ANÁLISE SOBRE SUA LEGALIDADE, RESTRIÇÃO E SUAS IMPLICAÇÕES RELACIONADAS AO JOGO DE AZAR

LOOT BOXES: AN ANALYSIS OF THEIR LEGALITY, RESTRICTION, AND IMPLICATIONS RELATED TO GAMBLING

Guilherme Monteiro de Melo 

Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.
E-mail: guimas2002@gmail.com

Luís Alexandre Carta Winter 

Professor titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná na graduação, na pós lato sensu, no mestrado (PPGD e PPGDH) e doutorado (PPGD). Doutor em Integração da América Latina pela Universidade Federal de Santa Maria.
E-mail: luiz.winter@pucpr.edu.br

Resumo: Investiga-se a utilização de *loot boxes* (caixas surpresas ou caixas de recompensa) em vídeo games (jogos eletrônicos) tanto a nível nacional quanto internacionalmente, com o objetivo de compreender se existem restrições ao seu uso, especialmente à luz da semelhança dessas mecânicas com práticas de jogos de azar. Esse interesse ganha relevância após o aumento da sua prática, formulando-se, assim, o seguinte problema de pesquisa: “de que maneira a ausência de regulamentação específica para *loot boxes* no Brasil, diante de sua possível caracterização como jogo de azar, impacta a proteção dos consumidores, especialmente crianças e adolescentes, e quais estratégias regulatórias seriam juridicamente adequadas à luz das experiências internacionais?”. O estudo visa analisar como outros países optaram pela definição das *loot boxes* serem, ou não equiparadas à jogos de azar e sua regulamentação, buscando identificar estratégias bem-sucedidas. A metodologia adotada é o método dedutivo, partindo de premissas gerais para chegar a conclusões específicas. A pesquisa é conduzida por meio de uma revisão bibliográfica, abrangendo livros, artigos jurídicos, documentos nacionais e internacionais, legislação e jurisprudência. A natureza da pesquisa é tanto pura quanto aplicada, com um enfoque explicativo e qualitativo. Este estudo preenche uma lacuna importante na literatura jurídica ao explorar as implicações legais das *loot boxes*, que têm gerado debates sobre ética e proteção ao consumidor. Além disso, ao analisar como outras nações abordaram essa questão, oferece *insights* valiosos para a formulação de políticas e regulamentações no contexto nacional. Ao longo do artigo, são examinadas diversas perspectivas sobre as *loot boxes*, incluindo sua relação com o comportamento de jogo compulsivo, a proteção dos consumidores, a justiça social e a integridade dos jogos eletrônicos. O texto destaca a necessidade de uma abordagem equilibrada, que reconheça os benefícios econômicos e culturais dos vídeos games, ao mesmo tempo, em que protege os consumidores de possíveis danos. O estudo conclui que a regulamentação das *loot boxes* é uma questão complexa, que envolve considerações legais, éticas e sociais. Embora existam diferentes abordagens adotadas por diversos países em relação as *loot boxes*, não há uma definição única. No entanto, a análise comparativa das políticas implementadas em outras jurisdições oferece

também *insights* valiosos para informar o desenvolvimento de estratégias regulatórias eficazes em contexto internacional também. Em suma, este artigo contribui para o avanço do conhecimento sobre as *loot boxes* e sua regulação, fornecendo uma análise abrangente e atualizada sobre o tema. Ademais, destaca a importância de uma abordagem multidisciplinar e colaborativa para lidar com os desafios emergentes no ecossistema dos jogos eletrônicos e da legislação relacionada.

Palavras-chave: Globalização; Jogos de Azar; Marco Legal dos Games; Loot Boxes; Legislação.

Abstract: The use of loot boxes (surprise boxes or reward boxes) in video games (electronic games) is investigated both nationally and internationally, with the aim of understanding whether there are restrictions on their use, especially in light of the similarity of these mechanics to gambling practices. This interest gains relevance following the increase in their use, thus formulating the following research problem: “in what way does the absence of specific regulation for loot boxes in Brazil, given their possible characterization as gambling, impact consumer protection, especially for children and adolescents, and what regulatory strategies would be legally appropriate in light of international experiences?” The study aims to analyze how other countries have resolved the issues of loot boxes being gambling mechanisms used within electronic games and the lack of regulation, seeking to identify successful strategies. The methodology adopted is the deductive method, starting from general premises to reach specific conclusions. The research is conducted through a bibliographic review, covering books, legal articles, national and international documents, legislation, and jurisprudence. The nature of the research is both pure and applied, with an explanatory and qualitative approach. This study fills an important gap in the legal literature by exploring the legal implications of loot boxes, which have generated debates about ethics and consumer protection. Furthermore, by analyzing how other nations have addressed this issue, it offers valuable insights for the formulation of policies and regulations in the national context. Throughout the article, various perspectives on loot boxes are examined, including their relationship with compulsive gaming behavior, consumer protection, social justice, and the integrity of electronic games. The text highlights the need for a balanced approach that recognizes the economic and cultural benefits of video games while also protecting consumers from potential harm. The study concludes that the regulation of loot boxes is a complex issue that involves legal, ethical, and social considerations. Although there are different approaches adopted by various countries regarding loot boxes, there is no single definition. However, the comparative analysis of the policies implemented in other jurisdictions also offers valuable insights to inform the development of effective regulatory strategies at the international level. In summary, this article contributes to the advancement of knowledge about loot boxes and their regulation, providing a comprehensive and up-to-date analysis on the topic. Moreover, it highlights the importance of a multidisciplinary and collaborative approach to address the emerging challenges in the ecosystem of electronic games and related legislation.

Keywords: Globalization; Gambling; Brazilian Legal Framework for Games; Loot Boxes; Legislation.

Sumário: Introdução. 1 Indústria dos Jogos e Consumidores. 2 Jogos de Azar e as Loot Boxes. 3 Iniciativas Regulatórias e Propostas Legislativas Internacionais. 4 Brasil. Considerações finais. Referências.

Introdução

Tem-se objetivo analisar as *loot boxes*, ou caixas de recompensas, buscando entender se elas infringem a legalidade, se possuem alguma relação com os jogos de azar e quais são os riscos aos consumidores. Para isso, utilizando-se do método dedutivo, o artigo foi dividido em 4 tópicos principais com o intuito de responder: “de que maneira a ausência de regulamentação específica para *loot boxes* no Brasil, diante de sua possível caracterização como jogo de azar, impacta a proteção dos consumidores, especialmente crianças e adolescentes, e quais estratégias regulatórias seriam juridicamente adequadas à luz das experiências internacionais”.

O primeiro tópico, Indústria dos Jogos e Consumidores, tem por objetivo analisar o funcionamento atual do mercado de jogos eletrônicos, bem como os impactos das *loot boxes* na sua dinâmica e no comportamento dos consumidores, com especial atenção aos efeitos econômicos e psicológicos dessas mecânicas. Serão examinadas as estratégias adotadas pelas desenvolvedoras, a resposta do público consumidor e como a presença de *loot boxes* influencia a experiência e o engajamento dos jogadores.

O segundo tópico é Jogos de Azar e *Loot Boxes*. Neste tópico, será explorado o que são as *loot boxes* e como elas podem estar relacionadas aos jogos de azar. Será feita uma análise detalhada, a partir da destinação entre elas, para determinar se as *loot boxes* podem ser classificadas como uma forma de jogo de azar.

O terceiro tópico, Iniciativas Regulatórias e Propostas Legislativas Internacionais, utiliza diversas ações e regulamentações internacionais como referência, avaliando diferentes abordagens legais adotadas por outros países e buscando avaliar a sua eficiência.

O último tópico, Brasil, responde ao problema de pesquisa feito no início através da identificação de quais métodos podem ser os mais eficazes, caso necessário, para regulamentar o uso de *loot boxes* no Brasil após as abordagens do tópico anterior.

Embora o artigo trate das caixas de recompensas e suas implicações em relação aos jogos de azar, não será feita nenhuma comparação com apostas esportivas, apesar da alta popularidade das casas de apostas, no que diz respeito a sua legalidade no país. Isso se deve ao fato de que a legislação

brasileira enquadra as apostas esportivas como lotéricas, e não como jogos de azar.

1 Indústria dos Jogos e Consumidores

Como as *loot boxes* são funcionalidades típicas de jogos eletrônicos, é imprescindível compreender brevemente o funcionamento da indústria, seu público e as formas de interação do consumidor com essa mecânica. Ainda assim, importa destacar que o objeto central deste estudo são as *loot boxes* e suas implicações relacionadas ao jogo de azar.

Segundo a *Entertainment Software Association* (2023), nos Estados Unidos, aproximadamente 65% da população consome vídeo games. Dentro desse grupo, 62% são maiores de 18 anos, enquanto 76% são menores de idade. No Brasil, a Pesquisa Game Brasil (TADEU, 2022) revela que os jogos são populares em todas as idades, especialmente entre jovens de 20 a 24 anos, que representam 25,5% dos usuários. Já os mais jovens representam uma faixa de 17,7%. Esses dados demonstram a influência significativa dos jogos eletrônicos, especialmente sobre as crianças e os adolescentes.

A pesquisa da *Newzoo* (2024) sobre os jogos mais populares em todas as plataformas em março de 2024 mostra que pelo menos 6 dos 10 jogos mais jogados possuem o recurso de *loot boxes*. Além disso, outra pesquisa da *Newzoo* (2022) indica que 43% dos jogadores brasileiros investem em jogos, principalmente para desbloquear conteúdos adicionais ou personalizar personagens.

Em 2023, o jogo *Counter-Strike 2* gerou um lucro de aproximadamente US\$ 1 bilhão apenas com *loot boxes*, com cerca de 400 milhões de caixas abertas no ano (OLIVEIRA, 2024). Embora seja um jogo proibido para menores de 18 anos, é comum que pais ou tutores permitam que crianças e adolescentes joguem. Esse jogo, por exemplo, possui um mercado interno e externo. Os jogadores podem adquirir as caixas de recompensas tanto durante o jogo quando mediante pagamento de dinheiro real. Para abrir as caixas, são necessárias chaves, que só podem ser adquiridas através de compras. Ao abri-las, você pode vender por dinheiro real, trocar por outro item ou manter o item que sair dela (PORTO, 2021).

Os itens mais raros podem chegar a valer mais de US\$ 500.000,00 (FRAGLIDER, 2022).

Outros jogos conhecidos por utilizar *loot boxes* são *EA 24* (também conhecido como *FIFA 24*) e *Overwatch 2*, classificados como livres e não recomendados para menores de 12 anos, respectivamente. No caso do *EA 24*, todas as compras relacionadas ao jogo são direcionadas ao modo *Ultimate Team*, onde os jogadores montam equipes fictícias com jogadores reais. Em 2021, 81% das vendas relacionadas ao *FIFA* estavam vinculadas à compra de moedas virtuais para adquirir as *loot boxes* deste jogo, também conhecido nesse caso como pacotes de cartas de jogadores, resultando em um lucro de pelo menos US\$ 4 bilhões (CAETANO, 2021). Contudo, nesses jogos, servem apenas para movimentar o mercado interno do jogo, não sendo possível trocas ou vendas com dinheiro real, diferente do exemplo anterior.

Apesar do impacto econômico positivo, o cofundador da *Epic Games*, Tim Sweeney, alerta que "a indústria de jogos está lucrando enquanto prejudica seus clientes". Segundo ele, a linha entre jogos e jogos de azar está se tornando tênue, colocando tanto jogadores quanto a indústria em risco. Em suas palavras, ele critica a indústria, questionando se “querem ser como Las Vegas, com máquinas caça-níqueis, ou querem ser amplamente respeitados como criadores de produtos em que os clientes podem confiar?”

Na visão de James Close e Joanne Lloyd (2021), os jogos modernos têm um grande impacto na *Variable Ratio Reinforcement* (VRR), ou seja, um sistema de reforço variável de comportamento, no qual a pessoa é recompensada conforme executa uma ação, com a frequência e a magnitude das recompensas variando. Essa dinâmica também é observada nos vídeos games, nos quais os jogadores recebem recompensas cada vez melhores à medida que avançam de nível, criando um ciclo de reforço positivo até a conclusão do jogo.

Embora a relação entre jogos e comportamento compulsivo não seja nova, as *loot boxes* introduziram um novo nível de imprevisibilidade e monetização que agravou esse cenário. Um caso emblemático ocorreu com o jogo *Star Wars Battlefront 2*, onde acabou prejudicando a experiência dos jogadores, já que as *loot boxes* poderiam dar *upgrades* poderosos aos que abrissem elas, ou seja, ao invés de jogadores gastarem horas para aprimorar seus personagens dentro do jogo, outros optavam por gastar dinheiro real e economizar esse tempo. Isso causou um efeito chamado “*pay-to-win*” no jogo, que significa pagar para vencer. Assim, diversos jogadores acabaram

desistindo do jogo dias após do lançamento, e afastou diversos potenciais consumidores (KIM, 2019). Isso acabou gerando uma queda nas ações da empresa desenvolvedora, *EA*, no valor de US\$ 3,1 bilhões. O montante representa uma queda de 8,5% (MOGNON, 2017)

Acompanhado desse caso, há um crescimento preocupante de casos envolvendo crianças que realizam compras não autorizadas dentro dos jogos. Na Inglaterra, uma criança gastou £1.193,25 acreditando estar adquirindo crédito no jogo, quando na verdade estava gastando dinheiro real (YONEZAWA, 2018). Mesmo com a existência de controles parentais em diversas plataformas, esses mecanismos nem sempre são suficientes para prevenir esses problemas.

O *Xbox*, por exemplo, oferece um controle parental chamado "Grupo Família", que possui duas categorias: organizadores e membros. Os organizadores são responsáveis pela administração do grupo familiar, podendo adicionar e remover membros, gerenciar limites e permissões, e visualizar relatórios detalhados das atividades dos membros. Eles podem definir restrições de conteúdo, estabelecer limites de tempo de uso dos dispositivos e aprovar ou bloquear compras feitas pelos membros mais jovens. Esta função é essencial para manter um ambiente digital seguro e supervisionado, permitindo que pais ou tutores controlem a experiência online dos filhos (MICROSOFT).

Nesse contexto, nota-se que as *loot boxes* constituem uma estratégia fundamental de monetização na indústria atual dos jogos eletrônicos, gerando impactos relevantes tanto do ponto de vista econômico quanto comportamental (ZANDLE, 2019). A forte presença dessas mecânicas em jogos populares, combinada com práticas que incentivam gastos frequentes e imprevisíveis, cria um ambiente de consumo que representa riscos à saúde mental, principalmente para crianças e adolescentes. Ademais, episódios de reação negativa do público e prejuízos financeiros das desenvolvedoras mostram que o uso excessivo de *loot boxes* pode colocar em risco a própria continuidade da indústria. Portanto, entender como essas dinâmicas impactam os consumidores e o mercado é fundamental para considerar a necessidade de mecanismos regulatórios que harmonizem inovação, lucratividade e segurança do usuário.

2 Jogos de Azar e as Loot Boxes

Na perspectiva de Schwartz (2006), os jogos de azar têm sido uma parte intrínseca da cultura humana por séculos. Para ele, as pessoas têm uma inclinação para apostar em praticamente tudo. Um exemplo disso é encontrado na mitologia egípcia, conforme disserta Schwartz, que relata a crença de que a criação da humanidade foi viabilizada através de uma aposta com a lua em um jogo de tabuleiro, resultando na adição de mais 5 dias ao calendário.

Embora seja um mito, essa narrativa evidencia as fortes crenças dos humanos em apostas. Os jogos de azar se moldaram ao longo dos anos. Schwartz (2006) explica que os primeiros dados eram confeccionados com os quadris de ovelhas, datando de mais de 1300 anos antes de Cristo. Em 1917, os habitantes do Alasca começaram a fazer apostas tentando prever quando o gelo do Rio Tanana se romperia.

Atualmente, existem diversas formas de apostar, incluindo loterias, cassinos, corridas de cavalos, caça-níqueis, entre outras. Para o jornalista William Grimes (2006), os Estados Unidos exerceram forte influência na consolidação das formas modernas de jogo, sendo particularmente marcante sua contribuição para o desenvolvimento do pôquer, que incorporou inovações significativas como o *draw poker* e o sistema de *jackpot*. O dicionário Michaelis define jogo de azar como “aquele em que o ganho ou a perda não dependem da habilidade ou do cálculo, mas exclusivamente da sorte”. Em conjunto com o estudo de Cambridge (SAHAKIAN, 2024), isso corrobora que as apostas ocorrem não apenas como um passatempo, mas também para buscar o prazer da vitória. Quando os apostadores aguardam o resultado de suas apostas, o sistema de recompensa do cérebro é ativado em níveis elevados. Assim, de modo geral, os jogos de azar podem ser compreendidos como atividades em que o resultado depende predominantemente do acaso, e não da habilidade ou do raciocínio do participante, envolvendo, muitas vezes recompensas monetárias ou simbólicas que intensificam o apelo emocional e psicológico da prática.

No entanto, a introdução das *loot boxes* representa uma mudança significativa no cenário dos jogos eletrônicos, pois, ao contrário do objetivo de um jogo convencional de vídeo game, elas não têm um fim claro, prolongando assim a experiência do jogo e aumentando as receitas. Essas *loot boxes* estão em constante evolução. Anteriormente mais simples, onde bastava pressionar um botão para revelar o conteúdo, agora apresentam

animações, diferentes ângulos de câmera, sons e outras características semelhantes às máquinas caça-níqueis, criando uma expectativa emocionante no jogador em relação ao item desejado. Quando não obtêm sucesso, os jogadores são incentivados a tentar novamente, pois sentem que estiveram perto de alcançar o objetivo. Diferentemente de apostas tradicionais, nas quais o apostador pode sair sem nenhum retorno, nas *loot boxes* sempre há algum tipo de ‘recompensa’, ainda que mínima ou sem valor prático, o que contribui para uma falsa sensação de ganho e reforça o comportamento repetitivo característico de jogos de azar.

Ainda que o comportamento de jogar e até mesmo de buscar recompensas seja natural e historicamente presente na humanidade, a evolução das mecânicas de monetização, notadamente as *loot boxes*, acentuou significativamente os riscos de desenvolvimento de vícios comportamentais. E, paradoxalmente, ao tentar maximizar lucros no curto prazo, parte da indústria acabou por comprometer a própria sustentabilidade do mercado e a confiança do consumidor, ao ignorar os efeitos psicológicos dessas práticas.

Embora a prática das *loot boxes* não seja uma novidade (VINHA, 2017), ela foi recentemente incorporada à cultura ocidental e ainda não possui uma definição jurídica única. No entanto, seu conceito já está amplamente difundido.

A Biblioteca da Câmara dos Comuns do Reino Unido define *loot box* como “recursos em vídeo games que podem ser obtidos durante o jogo ou adquiridos com moedas virtuais ou dinheiro real”. (WOODHOUSE, 2019)

Por outro lado, a Comissão de Jogos de Azar do Ministério Federal da Economia da Bélgica as define como “um mecanismo de jogo que concede ao jogador itens de forma aleatória, podendo ser adquirido gratuitamente ou mediante pagamento”. (BELGISCHE KANSPELCOMMISSIE, 2018)

Enquanto isso, as Autoridades Holandesas de Jogos de Azar definem as *loot boxes* como “caixas de tesouro virtuais que misturam elementos de jogo de habilidade com elementos de jogo de azar”. (KANSSPELAUTORITEIT, 2018)

De forma semelhante, o Parlamento Estadual de Bremen, na Alemanha, reconheceu oficialmente essas mecânicas como comparáveis ao

jogo de azar, destacando seu potencial de vício, especialmente entre crianças e adolescentes. (BREMISCHE BÜRGERSCHAFT, 2024).

No Brasil, não há uma definição jurídica específica para as *loot boxes*, uma vez que até maio de 2024 não existia uma regulamentação sobre jogos eletrônicos no país. No entanto, grandes veículos de comunicação, como a ESPN, já as descreviam como “itens comprados dentro do jogo com dinheiro real, que podem melhorar a experiência de jogo ou ter apenas uma função cosmética. A possibilidade de obter um item específico é determinada por probabilidades, sendo os itens mais raros mais difíceis de serem obtidos”. (CAETANO, 2021)

Assim, fica evidente que, apesar da ausência de uma definição única, as *loot boxes* são compreendidas como parte de um sistema que não depende apenas da habilidade do jogador, mas sim de um conjunto de fatores que envolvem sorte e chance. Assim como as máquinas caça-níqueis, elas não exigem estratégias ou conhecimentos prévios, bastando ao jogador pressionar um botão e aguardar o resultado desejado.

Embora as *loot boxes* compartilhem semelhanças estruturais com as máquinas caça-níquel, sua particularidade está no fato de que podem conceder vantagens dentro dos vídeos games, como itens ou habilidades melhores, não sendo apenas cosméticos. Apesar de poderem ser adquiridas com moedas virtuais em alguns casos, o tempo necessário para acumulá-las é geralmente alto, o que torna muitos jogadores mais vulneráveis a optar pela compra com dinheiro real como forma de economizar tempo.

Portanto, quando surge a indicação de que um item valioso pode ser obtido, aliado à liberação de dopamina no cérebro humano, como demonstrado no estudo de Cambridge (SAHAKIAN, 2024), é provável que o jogador opte por gastar dinheiro real na tentativa de obter o item desejado ou, pelo menos, a chance de obtê-lo.

A Comissão Europeia para o Mercado Interno e a Proteção dos Consumidores (2020) ressalta que nem todas as *loot boxes* podem ser classificadas como jogos de azar, já que algumas podem ser adquiridas apenas através do jogo, enquanto outras estão disponíveis mediante pagamento. No entanto, a classificação não se baseia em suas características visuais, mas sim em como são adquiridas.

De acordo com o estudo da comissão europeia (CERULLI-HARMS, 2020), as *loot boxes* devem ser classificadas em três categorias: aquelas que podem ser obtidas apenas através do jogo, aquelas que podem ser obtidas apenas mediante pagamento e aquelas que estão disponíveis de ambas as formas.

Para os jogadores, as motivações para adquirir *loot boxes* são diversas. Algumas pessoas as adquirem pelo valor do conteúdo, pelo *impact* o que têm no jogo, pela influência social, pelas emoções que despertam, pelo medo de perder, pelos facilitadores que oferecem ou simplesmente pelo prazer de tê-las (SAHAKIAN, 2024).

Dessa forma, fica evidente que o interesse nas *loot boxes* vai além do aspecto financeiro, envolvendo o prazer de obter a recompensa desejada, a liberação de dopamina no cérebro e a melhoria da experiência de jogo (SAHAKIAN, 2024). Esse estímulo à repetição do comportamento se assemelha ao mecanismo de reforço variável dos jogos de azar, o que pode levar à compulsão. Assim reconhecido pela comissão belga, autoridades holandesas e legislativo alemão, a *loot box* pode ser comparada ao jogo de azar e possuem potencial viciante, sobretudo crianças e adolescentes.

Diante desse cenário, pode-se afirmar que as *loot boxes* possuem a capacidade de gerar vício nos jogadores, como também a capacidade de induzir comportamento compulsivo em jogadores vulneráveis, justificando assim, medidas mais restritivas por parte de alguns países (CERULLI-HARMS, 2020). Embora nem todas as *loot boxes* atendam os critérios de jogo de azar, como demonstrado pelo estudo da comissão europeia, a sua grande maioria ainda possui grande similaridade. Assim, a omissão regulatória pode comprometer os consumidores (seja de forma financeira ou psicológica), em especial os menores de idade.

3 Iniciativas Regulatórias e Propostas Legislativas Internacionais

O Parlamento Europeu aprovou um relatório sobre a proteção dos consumidores em jogos eletrônicos, visando harmonizar a regulação no mercado único europeu. O texto enfatiza a necessidade de medidas específicas para lidar com práticas potencialmente prejudiciais, como as *loot boxes*, especialmente no que diz respeito à proteção de menores e jogadores

vulneráveis. Entre os principais eixos destacados estão: a abordagem de práticas de compra problemática, facilitação do cancelamento, proteção das crianças, preservação da segurança de grupos vulneráveis e melhor cumprimento das regras de proteção de dados (PARLAMENTO EUROPEU 2022; PARLAMENTO EUROPEU 2023).

O ponto sobre a abordagem de práticas de compra problemática remete às caixas de recompensas, consideradas potencialmente prejudiciais tanto psicologicamente quanto financeiramente. Além disso, elas podem ser usadas para ocultação de bens, uma vez que, em certos jogos como *Counter-Strike 2*, é possível vender itens do jogo por dinheiro real. O Parlamento entende que esse setor é muito influente para a transformação digital da União Europeia, e o relatório ajudaria a continuar essa expansão de forma segura para os consumidores.

Já na Inglaterra, o governo optou por não fazer uma intervenção legal imediata sobre as *loot boxes*, preferindo adotar uma abordagem de autorregulação orientada, fundamentada na ideia de que medidas voluntárias, sob pressão institucional e reputacional, poderiam gerar respostas mais rápidas e eficazes da indústria, o que instigou a *Ukie*, principal organização comercial que representa o setor de jogos eletrônicos no Reino Unido, em parceria com o Departamento de Cultura, Mídia e Esporte (DCMS) a publicar princípios para autorregulação em relação às *loot boxes* (POWELL, 2023; UKIE, 2022). Esta publicação, que foi resultado de uma consulta pública conduzida pelo governo entre 2020 e 2022 apresentou onze princípios voltados a proteção dos consumidores, com destaque aos dois primeiros princípios. O primeiro princípio é o compromisso da indústria em disponibilizar controles que restrinjam efetivamente as *loot boxes* para menores de 18 anos sem o consentimento dos pais ou tutores. O segundo é investir em propaganda para salientar como esses controles podem evitar os perigos atuais das caixas de recompensas. Assim, a indústria poderia evitar futuras sanções e até medidas mais restritivas, preservando sua legitimidade pública (UNITED KINGDOM. DCMS, 2022).

O Parlamento de Bremen, na Alemanha, enviou uma proposta para o Conselho Federal Alemão com o objetivo de banir as *loot boxes* no país (SPD LAND BREMEN, 2023). Contudo, partidos de coalizão do governo e de oposição apresentaram propostas distintas, o que levou a um entrave político. Enquanto a coalizão visa proibir totalmente as caixas de

recompensas, jogos de cassino social, moeda premium e até mesmo a transmissão ao vivo de jogos com *loot boxes*, a oposição solicitava verificação de identidade antes de realizar compras no jogo, exibição de preços em euros (em vez de moeda virtual) e um processo de registro que exigisse dos jogadores a definição de um limite mensal de gastos e a conscientização sobre os riscos antes de jogar, entre outras medidas (BATCHELOR, 2024; SPD FRAKTION BREMEN, 2024).

Até agora, mesmo que a *Glücksspielbehörde* (Autoridade Federal de Jogos de Azar da Alemanha) tenha iniciado uma revisão legal para aprovar práticas de controle e monitoramento de *loot boxes* para crianças vulneráveis (HANNA, 2024), a única mudança que ocorreu é que os jogos que possuem as caixas de recompensa devem declarar essa informação em suas capas ou descrições online, influenciando na classificação etária do jogo (BATCHELOR, 2024).

Alguns países membros da União Europeia já estão um passo à frente. A Holanda declarou ilegais as *loot boxes* no país que violam sua legislação sobre jogos de azar. A *Kansspelautoriteit*, autoridade holandesa de jogos de azar, determinou que 4 dos 10 jogos analisados violam a Lei de Apostas do país, classificando algumas *loot boxes* como jogos de azar, não devendo estar presentes nesses ou em outros jogos classificados dessa maneira (RODRIGUES, 2018; KANSPELAUTORITEIT, 2018). Empresas que não ajustassem seus jogos estariam violando a lei, sujeitas a multas administrativas que podem chegar a €830.000,00, além da possibilidade de processos criminais (ARIF, 2018).

A Bélgica optou por uma abordagem ainda mais rígida. Após análise da *Kansspelcommissie*, comissão de jogos de azar belga, determinou-se em 2018 o banimento total das *loot boxes* no país (BELGISCHE KANSPELCOMMISSIE, 2018). Desenvolvedores que não respeitassem essa decisão poderiam enfrentar até 5 anos de prisão e multas de até €800.000,00, com penas dobradas se houvesse envolvimento de crianças (GARCIA, 2018). Apesar da decisão, ela não se mostrou totalmente eficaz. Conforme pesquisa de Xiao (2023), uma proibição total não foi efetiva, já que *loot boxes* permanecem em 82% dos 100 jogos mais baixados para iPhone, e 80% dos jogos são para maiores de 12 anos. O uso disseminado de *Virtual Private Networks* (VPNs) pelos jogadores para mudar o *Internet Protocol* (IP) e a ausência de mecanismos técnicos robustos para bloquear o acesso continuado às *loot boxes* permitiram sua permanência em grande

parte dos jogos disponíveis, revelando sua fragilidade na aplicação das medidas legais.

Assim, entende-se que, existem diversas estratégias adotadas pelos países, podendo ser mais ou menos efetivas. Percebe-se que alguns são extremos com suas atitudes, como a Bélgica, e outros preferiram não tomar atitudes momentâneas, como a Alemanha. Nenhuma das duas possui efetividade e acabam prejudicando ambas as partes (consumidores e indústria).

O jogo *Diablo Immortal* não chegou a ser lançado na Bélgica e na Holanda devido as *loot boxes* (DINSDALE, 2022). Isso prejudicou ambos os lados, onde, os consumidores que possuíram acesso ao jogo o criticaram negativamente devida a forte presença das caixas de recompensas (GUGELMIN, 2022) como também a indústria que perdeu espaço em um forte mercado.

4 Brasil

Em comparação a outros países, o Brasil não possui regulamentação específica sobre *loot boxes*. Apenas em maio de 2024 foi aprovado o Marco Legal dos Games (CONGRESSO NACIONAL, 2024), que regulariza a fabricação, importação, comercialização, desenvolvimento e uso de jogos eletrônicos no país. Contudo, não há menção às *loot boxes*. Embora o conceito de jogo de azar esteja previsto no artigo 50, parágrafo 3º, do Decreto-Lei nº 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais) como aquele em que o ganho ou a perda dependem exclusiva ou predominantemente da sorte, as *loot boxes*, ainda que apresentem elementos semelhantes aos jogos de azar, não são contempladas pela legislação vigente. Isso ocorre porque se trata de um fenômeno recente e digital, inexistente à época da norma, e também porque as leis e estudos mais atuais focam especificamente em apostas regulamentadas, e não no jogo de azar como um todo. Tal lacuna normativa evidencia a necessidade de uma revisão do Marco Legal dos Games, com atenção específica às *loot boxes*. No mesmo passo, o Conselho Federal de Psicologia já emitiu declarações solicitando o banimento das caixas de recompensas do país, com o parecer chamando a atenção para a vulnerabilidade das crianças e adolescentes, além de também existir a

possibilidade de desenvolver vício (CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 2021; POSSA, 2021).

Essa omissão no Marco Legal dos Games pode ser explicada pela ausência de registros públicos, visto que não houve, em nenhum momento durante a tramitação do projeto da Lei nº 14.852/2024, debates específicos sobre o tema das *loot boxes*. Há indícios de que a falta de conhecimento técnico por parte dos deputados e senadores, evidenciada pelo baixo volume de manifestações e emendas apresentadas, tenha sido um fator determinante para essa omissão, assim como a reduzida mobilização de entidades da sociedade civil e de setores organizados (CONGRESSO NACIONAL, 2024). Esses elementos, em conjunto, podem ter contribuído de forma decisiva para a exclusão do tema na legislação aprovada.

É inegável que as *loot boxes* são uma fonte econômica extremamente rentável para a indústria dos jogos. No entanto, seu uso está associado a diversas desvantagens de natureza social e econômica. Estudos e casos práticos mencionados anteriormente apontam que a utilização de mecanismos baseados em recompensas aleatórias pode contribuir para o desenvolvimento de comportamentos de risco, especialmente entre crianças e adolescentes, promovendo gastos compulsivos e impactando negativamente a saúde mental desses grupos (XIAO, 2023; CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 2021; YONEZAWA, 2018). Além disso, o uso de *loot boxes* tem gerado repercussões negativas no volume de vendas e prejuízos financeiros à indústria, comprometendo sua reputação e sustentabilidade econômica (CAETANO, 2021).

Assim, percebe-se o quão prejudicial elas podem ser tanto para adultos quanto, principalmente, para crianças. Além disso, o uso de *loot boxes* pode prejudicar a própria indústria de jogos, uma vez que esse método tem o potencial de afastar uma parte significativa dos consumidores.

Portanto, é essencial que sejam implementados métodos por meio de eixos normativos claros que restrinjam o uso das *loot boxes* no Brasil de forma equilibrada. O objetivo deve ser manter o mercado de jogos aquecido sem prejudicar seus consumidores. Exemplos extremos, como o banimento total das *loot boxes* ou a ausência completa de regulamentação, mostraram-se prejudiciais e não representam soluções viáveis. Alguns destes métodos seriam por exemplo: (i) a proibição da venda à menores de idade; (ii) a obrigatoriedade de divulgação das probabilidades; (iii) limitação de gastos

por usuário; (iv) maior rigor na classificação etária dos jogos; (v) e campanhas educativas sobre riscos e dependência.

Ao analisar práticas internacionais, fica claro que existem alternativas que permitem uma abordagem intermediária. Essas medidas incentivariam a indústria a remover gradualmente essas funcionalidades para ampliar seu público e aumentar as expectativas de venda.

Ao adotar essas estratégias, é possível proteger os consumidores e, ao mesmo tempo, estimular a indústria de jogos a desenvolver modelos de monetização mais éticos e sustentáveis. É crucial encontrar um equilíbrio que permita a continuidade do crescimento econômico do setor sem comprometer a integridade e o bem-estar dos jogadores.

Considerações Finais

Após análises jurídicas, legislativas e consultivas aprofundadas, foi possível delinear a relevância da indústria dos jogos eletrônicos, bem como identificar seu público consumidor. Além disso, estabeleceu-se uma conexão crucial entre os jogos de azar e as *loot boxes*. Através do estudo comparado de legislações e relatórios internacionais, foi possível identificar sucessos e fracassos em diferentes aspectos. Sob essa ótica, torna-se evidente a possibilidade de implementar uma solução eficaz para a restrição parcial e efetiva das *loot boxes* no Brasil.

A indústria dos jogos eletrônicos desempenha um papel significativo na economia global, representando um mercado em constante crescimento e evolução. Os consumidores dessa indústria são diversificados, abrangendo diversas faixas etárias e perfis socioeconômicos. Tal diversidade impõe a necessidade de uma análise cuidadosa dos impactos sociais e econômicos, bem como das práticas adotadas dentro desse setor.

As *loot boxes*, mecanismos presentes em muitos jogos eletrônicos, têm gerado debates intensos quanto à sua natureza e legalidade. Estudos demonstram que as caixas de recompensas compartilham características com os jogos de azar, principalmente no que tange ao elemento de aleatoriedade e à perspectiva de ganho de itens de valor variável. Essa

semelhança levanta preocupações sobre a potencial indução ao vício, especialmente entre jovens e indivíduos vulneráveis.

A análise de estudos, orientações e decisões de autoridades internacionais revela uma gama de abordagens distintas em relação à regulamentação das *loot boxes*. Alguns países, como Bélgica e Holanda, adotaram medidas rigorosas, classificando as *loot boxes* como jogos de azar e impondo restrições severas ou proibições. Em contrapartida, outras jurisdições optaram por regulamentações menos restritivas, focando em medidas de transparência e proteção ao consumidor.

Portanto, observa-se que a ausência de regulamentação específica para as *loot boxes* no Brasil contribui para a exposição desproporcional de consumidores vulneráveis, especialmente crianças e adolescentes, aos riscos de comportamento compulsivo e vício.

A semelhança estrutural das mecânicas das *loot boxes* com os jogos de azar justifica a adoção de estratégias regulatórias mais rígidas. À luz das experiências internacionais, que variam de proibições totais, como na Bélgica, a medidas de transparência, como no Reino Unido, a proposta mais juridicamente adequada ao contexto brasileiro seria a revisão do Marco Legal dos Games, com um capítulo específico que reconheça as *loot boxes* como uma forma de jogo de azar e imponha restrições proporcionais, voltadas à proteção do consumidor e à preservação do equilíbrio no mercado de jogos eletrônicos.

Referências

ARIF, Shabana. **Holanda começa a aplicar banimento de loot boxes determinados por lei.** Disponível em: <https://br.ign.com/ign-pop/63545/news/holanda-comeca-a-aplicar-banimento-de-loot-boxes-determinado-por-lei>. Acesso em: 21 maio 2024

BATCHELOR, James. **German state proposes ban on loot boxes.** Disponível em: <https://www.gamesindustry.biz/german-state-proposes-ban-on-loot-boxes>. Acesso em: 22 maio 2024.

BELGISCHE KANSPELCOMMISSIE. **Loot box systems in video games – legal assessment and enforcement recommendations.** Bruxelas, abr.

2018. Disponível em: <https://vgfb.be/loot-boxes-in-belgium/>. Acesso em: 24 junho. 2025.

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 3.688, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. **Lei das Contravenções Penais**. Rio de Janeiro, RJ: Diário Oficial da União, 1941.

BRASIL. LEI Nº 14.852, DE 3 DE MAIO DE 2024. **Marco Legal dos Games**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2024.

CAETANO, Ricardo. **Como Inglaterra, Bélgica e Alemanha lidam com os problemas trazidos pelos loot boxes em games**. 2021. Disponível em: https://www.espn.com.br/esports/artigo/_/id/8517963/como-a-inglaterra-belgica-e-alemanha-lidam-com-os-problemas-trazidos-pelos-loot-boxes-em-games. Acesso em: 9 maio 2024.

CAETANO, Ricardo. **EA revela que microtransações geraram receita de US\$ 4 bi no último ano**. Disponível em: https://www.espn.com.br/esports/artigo/_/id/8624814/ea-revela-que-microtransacoes-geraram-receita-de-us-4-bi-no-ultimo-ano. Acesso em: 14 maio 2024.

CERULLI-HARMS, Annette; MÜNSCH, Marlene; THORUN; MICHAELSEN, Frithjof; HAUSEMER, Pierre. **Loot boxes in online games and their effect on consumers, in particular young consumers**. 2020. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/652727/IPO_L_STU\(2020\)652727_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/652727/IPO_L_STU(2020)652727_EN.pdf). Acesso em: 10 maio 2024.

CLOSE, James; LLOYD, Joanne. **Lifting the Lid on Loot-Boxes: Chance-Based Purchases in Video Games and the Convergence of Gaming and Gambling**. Disponível em: <https://www.greo.ca/Modules/EvidenceCentre/Details/lifting-the-lid-on-loot-boxeschance-based-purchases-in-video-games-and-the-conv>. Acesso em: 10 maio 2024.

CONGRESSO NACIONAL. **Veto nº 10/2024 – Parcial, relativo ao Projeto de Lei nº 2.796/2021, que institui o Marco Legal dos Games**. Brasília: Congresso Nacional, 06 maio 2024. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/vetos/-/veto/detalhe/16449>. Acesso em: 27 jun. 2025.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Parecer GTEC/CG nº 36/2021: Apresenta considerações sobre jogos eletrônicos usados por crianças e adolescentes.** Brasília, dez. 2021. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2021/12/Parecer-CFP-36-2021-Jogos-Eletronicos.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2025.

DINSDALE, Ryan. **Diablo Immortal banido? Por que jogo não será lançado em alguns países.** Disponível em: <https://br.ign.com/diablo-immortal/98744/news/diablo-immortal-banido-por-que-jogo-nao-sera-lancado-em-alguns-paises>. Acesso em: 28 maio 2024.

ENTERTAINMENT SOFTWARE ASSOCIATION. **2023 Essential Facts About the U.S. Video Game Industry.** 2023.

FORTNITE BOSS SAYS GAME LOOT BOXES “CAUSE HARM”. **BBC.** Disponível em: <https://www.bbc.com/news/technology-51502592>. Acesso em: 14 maio 2024

FRAGLIDER. **As 10 skins mais caras do CS:GO em 2022.** Disponível em: <https://fraglider.pt/as-10-skins-mais-caras-do-csgo-em-2022/>. Acesso em: 21 maio 2024.

FUNÇÕES, PERMISSÕES E COMPARTILHAMENTO DE DADOS DO GRUPO FAMÍLIA MICROSOFT. **Microsoft.** Disponível em: <https://support.microsoft.com/pt-br/account-billing/funções-permissões-e-compartilhamento-de-dados-do-grupo-família-microsoft-2d0764e1-5ec5-f6a1-6898-0bc18f71e318>. Acesso em: 17 maio 2024.

GARCIA, Tayná. **Bélgica determina que as loot boxes são ilegais.** Disponível em: <https://jovemnerd.com.br/noticias/games/belgica-determina-que-as-loot-boxes-sao-ilegais>. Acesso em: 22 maio 2024.

GRIMES, William. **I Got the Cricket Right Here: Gambling Past and Present.** Disponível em: <https://www.nytimes.com/2006/10/06/books/06book.html>. Acesso em: 13 maio 2024.

GUGELMIN, Felipe. **REVIEW | Diablo Immortal diverte, mas pega pesado nas microtransações.** Disponível em: <https://www.adrenaline.com.br/analise/games/review-diablo-immortal-diverte-mas-pega-pesado-nas-microtransacoes/>. Acesso em: 28 maio 2024.

HANNA, Graeme. **German gambling authority probes loot box laws.** Disponível em: [https://readwrite.com/german-gambling-authority-probes-loot-box-](https://readwrite.com/german-gambling-authority-probes-loot-box-laws/#:~:text=The%20Federal%20Gambling%20Authority%20of,and%20vulnerable%20youngsters%20in%20mind)

[laws/#:~:text=The%20Federal%20Gambling%20Authority%20of,and%20vulnerable%20youngsters%20in%20mind](https://readwrite.com/german-gambling-authority-probes-loot-box-laws/#:~:text=The%20Federal%20Gambling%20Authority%20of,and%20vulnerable%20youngsters%20in%20mind). Acesso em: 22 maio 2024.

KANSSPELAUTORITEIT. **Study into loot boxes: a treasure or a burden?** Zoetermeer: Kansspelautoriteit, 10 abr. 2018. Disponível em: https://kansspelautoriteit.nl/publish/library/17/study_into_loot_boxes_-_a_treasure_or_a_burden_-_eng.pdf. Acesso em: 24 jun. 2025.

KIM, Matt. **Star Wars Battlefront 2 Loot Box Controversy: 'We Hit Rock Bottom,' EA DICE Says.** Disponível em: <https://www.ign.com/articles/2019/08/26/star-wars-battlefront-2-loot-boxcontroversy-we-hit-rock-bottom-ea-dice-says#>. Acesso em: 24 maio 2024.

MOGNON, Mateus. **Ações da EA desvalorizaram US\$ 3,1 bilhões por causa da polêmica de Star Wars Battlefront 2.** Disponível em: https://www.adrenaline.com.br/games/acoes-da-ea-desvalorizaram-us-31-bilhoes-por-causa-da-polemica-de-star-wars-battlefront-2/#google_vignette. Acesso em: 24 maio 2024.

NEWZOO INTERNATIONAL B. V.. **Most popular PC games by monthly active users (MAU) – 37 markets.** Disponível em: <https://newzoo.com/resources/rankings/top-20-pc-games>. Acesso em: 14 maio 2024

NEWZOO INTERNATIONAL B. V.. **Key Insights into Brazilian Gamers.** Disponível em: <https://newzoo.com/resources/trend-reports/key-insights-into-brazilian-gamers-newzoo-gamer-insights-report>. Acesso em: 24 jun. 2025.

OLIVEIRA, Matheus. **CS2: Equivalente a US\$ 1 bilhão foi gasto com loot boxes em 2023.** Disponível em: <https://www.theenemy.com.br/pc/cs2-1-bilhao-em-loot-boxes>. Acesso em: 13 maio 2024.

PARLAMENTO EUROPEU. **Cinco maneiras pelas quais o Parlamento Europeu deseja proteger os jogadores de vídeos em linha.** Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/topics/pt/article/20230112STO66402/parlamento-europeu-propoe-5-maneyras-de-proteger-jogadores-online>. Acesso em: 23 maio 2024.

PARLAMENTO EUROPEU. **RELATÓRIO sobre a proteção dos consumidores em matéria de jogos de vídeo em linha: abordagem ao nível do mercado único europeu.** Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2022-0300_PT.html. Acesso em: 23 maio 2024.

PORTO, Victor Hugo. **Como abrir uma caixa no CS:GO.** Disponível em: <https://maisesports.com.br/como-abrir-caixa-no-csgo/#>. Acesso em: 21 maio 2024.

POSSA, Julia. **Conselho Federal de Psicologia pede proibição de ‘loot boxes’ de jogos on-line.** Disponível em: <https://www.poder360.com.br/poder-tech/tecnologia/conselho-federal-de-psicologia-pede-proibicao-de-loot-boxes-de-jogos-on-line/>. Acesso em: 24 maio 2024.

POWELL, Steffan. **Loot boxes: Games companies agree to restrict access in UK.** Disponível em: <https://www.bbc.com/news/entertainment-arts-65855157>. Acesso em: 21 mai. 2024.

RODRIGUES, Abílio. **Autoridade Holandesa para os Videojogos toma ações contra as loot boxes.** Disponível em: <https://pt.ign.com/games/58816/news/autoridade-holandesa-para-os-videojogos-toma-acoes-contras-loot-boxes>. Acesso em: 21 maio 2024.

SAHAKIAN, Barbara Jacquelyn; LANGLEY, Christelle; BOWDEN-JONES, Henrietta; CHAMBERLAIN, Sam. **Gambling: what happens in the brain when we get hooked – and how to regain control.** Disponível em: <https://theconversation.com/gambling-what-happens-in-the-brain-when-we-get-hooked-and-how-to-regain-control-176901>. Acesso em: 10 maio 2024.

SCHWARTZ, David G. **Roll the Bones: The History of Gambling.** 1ª ed. 2006.

SPD FRAKTION BREMEN. **Parlamentsticker – 25. Januar 2024.** Bremen, 2024. Disponível em: <https://spd-fraktion-bremen.de/parlamentsticker-25-januar-24/>. Acesso em: 24 jun. 2025.

SPD LAND BREMEN. **Beschluss des Landtages vom 04.02.2023.** Bremen, 2023. Disponível em: <https://www.spd-land->

bremen.de/BESCHLUSS-DES-LANDESPARTEITAGES-VOM-04.02.2023.html. Acesso em: 24 jun. 2025.

TADEU, Vinícius; TORTELLA, Tiago. **Público gamer cresce e 3 em cada 4 brasileiros consomem jogos eletrônicos.** Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/tecnologia/publico-gamer-cresce-e-3-em-cada-4-brasileiros-consomem-jogos-eletronicos/>. Acesso em: 17 maio 2024.

UK GOVERNMENT. **Loot boxes and digital gaming: a rapid evidence assessment.** London: Department for Digital, Culture, Media and Sport, 2021. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1091282/InGAME_Loot_Box_REA.pdf. Acesso em: 24 junho 2025.

UKIE. **New loot box principles agreed by industry.** London, 2022. Disponível em: <https://ukie.org.uk/news/new-loot-box-principles-agreed-by-industry>. Acesso em: 24 jun. 2025. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1091282/InGAME_Loot_Box_REA.pdf. Acesso em: 24 junho 2025.

UNITED KINGDOM. Department for Culture, Media and Sport. **Government response to the call for evidence on loot boxes in video games.** London, 2022. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/publications/government-response-to-the-call-for-evidence-on-loot-boxes-in-video-games>. Acesso em: 24 junho 2025.

VINHA, Felipe. **O que são loot boxes? Entenda a polêmica dos games.** 2017. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/noticias/2017/11/o-que-sao-loot-boxes-entenda-a-polemica-dos-games.ghtml#>. Acesso em: 9 maio 2024.

WOODHOUSE, John. **Loot boxes in video games.** Disponível em: <https://commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/cbp-8498/>. Acesso em: 21 maio 2024.

XIAO, L. Y. (2023). **Breaking Ban: Belgium's Ineffective Gambling Law Regulation of Video Game Loot Boxes.** Collabra: Psychology, 9. Disponível em:

<https://online.ucpress.edu/collabra/article/9/1/57641/195100/Breaking-Ban-Belgium-s-Ineffective-Gambling-Law>. Acesso em: 22 maio 2024.

YONEZAWA, Bruno. **Menino gasta todo dinheiro da mãe em Fortnite**. Disponível em: <https://br.ign.com/fortnite/66116/news/menino-gasta-todo-dinheiro-da-mae-em-fortnite>. Acesso em: 17 maio 2024.

ZENDLE D, CAIRNS, P. **Video game loot boxes are linked to problem gambling: Results of a large-scale survey**. PLoS One. 2018 Nov 21;13(11):e0206767. doi: 10.1371/journal.pone.0206767. Erratum in: PLoS One. 2019 Mar 14;14(3):e0214167. PMID: 30462669; PMCID: PMC6248934.



Este trabalho possui uma Licença *Creative Commons - Atribuição 4.0 Internacional*.

Como citar este artigo (ABNT)

MELO, Guilherme Monteiro de; WINTER; Luís Alexandre Carta. *Loot Boxes: uma análise sobre sua legalidade, restrição e suas implicações relacionadas ao jogo de azar*. *Revista Semestral de Direito Econômico*, Porto Alegre, v. 02, n. 02, e2207, jul./dez. 2022. <https://doi.org/10.51696/resede.e2207>

Recebimento: 06/06/2024

Avaliação preliminar: 06/06/2024

Aprovação: 19/06/2025

Retorno de correções: 01/07/2025



**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO ECONÔMICO**



TRADUÇÕES

ALGORITMO E LEI¹

ALGORITHM AND LAW

Andrea Simoncini

Professor de Direito Constitucional e da disciplina Direito Constitucional da Tecnologia na Università degli Studi di Firenze (Florença, Itália).

E-mail: andrea.simoncini@unifi.it

Sumário: Introdução. 1 Lealdade digital. 2 Compreensibilidade. 3 Não discriminação. 4 “Humano no ciclo” (*Human in the loop*).

Introdução

É verão de 2017. Um grupo de investigadores do Facebook está a trabalhar nos resultados de uma experiência muito promissora: aplicar as mais recentes técnicas de inteligência artificial às negociações humanas.

Como funciona o experimento? Dois *chatbots* – algoritmos capazes de interagir através da linguagem – são apresentados à mesma coleção de objetos; em seguida, pede-se a eles que, através de repetidas negociações (propostas e aceitações), os dois agentes dividam os objetos entre si de forma satisfatória. O objetivo é ambicioso: desenvolver um sistema de IA capaz de prever o valor que as pessoas atribuem aos objetos, estudando o desenrolar das negociações e das trocas.

No entanto, em certo ponto do experimento, algo dá errado. Os programadores se esqueceram de um aspecto aparentemente secundário: não tinham exigido expressamente que as máquinas realizassem as negociações seguindo as regras da língua inglesa. Aconteceu que, após algum tempo, o software mudou de língua. Continuaram a usar palavras e verbos ingleses, mas numa linguagem completamente incompreensível para os humanos.

¹ Publicação original: SIMONCINI, A. Algoritmo e Legge. In **Civiltà delle Macchine**, v. 3, out., 2023, p. 14-19. Tradução de Rafael Ferreira Costa. Disponível em: https://www.fondazioneleonardo.com/sites/default/files/downloads/2024-03/_Civiltà%20delle%20Macchine%20n3-23%20x%20web.pdf. Acesso em 11.4.2024.

Após um momento de perplexidade, os investigadores decidiram suspender a experiência.²

Este episódio pode nos ajudar a compreender o que há de novo quando pensamos nas tecnologias digitais e por que é indispensável regulá-las. A tecnologia sempre teve um impacto na vida de todos e, por isso, é necessário regulamentá-la.

O advento da produção industrial de automóveis no final do século XIX, coloca o problema de autorizar quem dirige esses novos veículos - o que conhecemos como habilitação de motorista - e, conseqüentemente, de regulamentar a circulação rodoviária. A tecnologia e a regulamentação sempre andaram de mãos dadas.

Hoje, porém, encontramos algo novo. Uma novidade que, no exemplo do software que inventa a sua própria linguagem, suscita um misto de expectativa e inquietação. De onde vem essa inquietação? E, sobretudo, por que a cultura popular, a da ficção ou dos filmes, tende a ser tão unanimemente distópica? Por que dos dois brilhantes criadores dos filmes de ficção científica contemporâneos – “2001: Odisseia no Espaço” e “Blade Runner” - o computador (o Hal 9000 de Kubrick) ou os robôs (replicantes de Scott) acabam por se revoltar contra o homem, chegando mesmo a tentar matá-lo?

A resposta está no fator original e distintivo daquilo que chamamos inteligência artificial. Até agora, pedimos à técnica para realizar o que nos propusemos a fazer. Pense nas tecnologias baseadas em novas formas de energia (térmica e eléctrica) que tornaram possível tarefas executadas por seres humanos ou animais com uma velocidade, potência e precisão infinitamente superior a qualquer capacidade humana. O que há então de novo? A questão é que hoje já não pedimos às máquinas que façam o que já decidimos, mas pedimos-lhes que decidam.

Aquilo que chamamos tecnologias digitais emergentes, e entre elas, em particular, aquele setor multifacetado de aplicações conhecido como inteligência artificial, caracterizam-se precisamente por uma característica única: utilizam a quantidade ilimitada de dados disponíveis, produzidos

² FIELD, M. Facebook shuts down robots after they invent their own language, **The Telegraph**, 01/08/2017. Disponível em <https://www.telegraph.co.uk/technology/2017/08/01/facebook-shuts-robots-invent-language/>. Acesso em 11.4.2024.

principalmente pela rede (aquilo que chamamos na gíria de Internet das Coisas) para os fazer processar por algoritmos capazes não só de realizar tarefas já estabelecidos mas, conforme a definição da OCDE, de "tomar decisões, fazer previsões ou recomendações, empreender ações de forma autônoma, fazer julgamentos ou avaliações".³

É um mundo novo. Até poucos anos atrás, ninguém pensaria em ingressar com uma ação num tribunal por um acidente de carro, só porque, tecnicamente, foi o veículo que bateu e feriu a pessoa; o responsável é, sem dúvida, o condutor, aquele que utilizou o veículo.

No entanto, diante dos automóveis em que já não existe um condutor humano, diante de sistemas técnicos que decidem de forma autônoma, segundo a definição da OCDE, surgem questões sem precedentes que perturbam as regras conhecidas. Mas se esta fosse a única novidade, o problema não seria tão complexo: antes de perguntar sobre as regras, é preciso completar o quadro.

De fato, a forma como as novas tecnologias relacionadas com a IA podem substituir as nossas decisões não é apenas a forma explícita e, podemos dizer, transparente do carro sem condutor. Neste caso, de fato, temos uma pessoa que – como já acontece em alguns táxis experimentais na Califórnia⁴ – pede para ser transportada por um veículo autônomo e, por conseguinte, opta conscientemente por deixar o automóvel decidir. Mudando de cenário e de contexto, é a mesma dinâmica de um gerente de um banco que tem de decidir se concede ou não crédito a um empresário e pede ao software do banco para prever a nota do cliente ou de um juiz que tem de determinar a pena para um crime e pede ao algoritmo para prever a periculosidade social da parte acusada. Em todos esses casos, a máquina decide por nós, ou melhor, sugere uma decisão, porque nós lhe pedimos que o faça.

Há, no entanto, uma outra forma de as máquinas guiadas pela inteligência artificial interferirem nas nossas decisões e de uma forma que é,

³ Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). **Recommendation of the Council on Artificial Intelligence**. 22 mai. 2019. Disponível em <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449>. Acesso em 11.4.2024.

⁴ Mobilità, la California apre ai robotaxi, **Energia Oltre**, 11/08/2023. Disponível em <https://energiaoltre.it/mobilita-la-california-apre-ai-robotaxi/?v=164ef1ee06972e>. Acesso em 11.4.2024.

se possível, ainda mais decisiva. Tentemos pensar: com base em que decidimos, normalmente?

Não estou a falar apenas de decisões que são sérias ou suscetíveis de mudar o curso da vida, mas também de decisões triviais e cotidianas que, no entanto, constituem o tecido prático da nossa existência. Decidimos com base nos dados de que dispomos, sobre as ações e as opções possíveis, sobre o seu custo (econômico ou pessoal). É daqui que vem o marketing. Selecciono (ou invento) informações com o objetivo de orientar as escolhas. Por conseguinte, a gestão da informação é o outro modo crucial de influenciar e determinar as decisões das pessoas.

Bem, onde é que procuramos normalmente informação para tomar decisões hoje? A resposta, pelo menos na parte do mundo onde a Internet está generalizada, é inequívoca: nas plataformas digitais disponíveis na Web. Ou seja, sistemas tecnológicos equipados com inteligência artificial. O nosso atual conhecimento do mundo é cada vez mais intermediado por sistemas técnicos com sistemas digitais. É assim que nasce o fenómeno das chamadas *filter bubbles* (bolhas de filtro de Eli Pariser): as máquinas fornecem informações que têm como objetivo maximizar a sua dependência delas e, por isso, replicam-nos infinitamente numa espécie de sala de eco ou como a mítica serpente circular Ouroboros que Michele Ainis falou num belo livro faz alguns anos.

O mecanismo através do qual influenciam a decisão é indireto, implícito, não como no caso dos carros autónomos. Poderíamos chamar tal mecanismo de *paradigma TikTok*. Uma plataforma cujo algoritmo de inteligência artificial propõe vídeos curtos em continuação, sem parar, mantendo-o conectado durante horas. Depois de assistir uma centena de vezes a um desafio no TikTok, uma menina de dez anos de Palermo decide participar, isto é, replicar – não somente ver – o que os outros fazem. E morre. Perante esta tragédia, todas as pessoas - incluindo a nossa Autoridade de Proteção de Dados⁵ - aperceberam-se de que a forma indireta de influenciar as decisões - baseada na natureza emulativa – não é menos eficaz

⁵ Como é consabido, com a Provisão de 7 de julho de 2022 [n. 9788429], o Garante suspendeu temporariamente o uso do TikTok na Itália. Pode-se conferir o texto em: ITALIA. GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI. Tik Tok: dopo il caso della bimba di Palermo, il Garante privacy dispone il blocco del social. 22 jan. 2021. Disponível em: <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9524224>. Acesso em 11.4.2024.

do que a direta. É por isso que regulamentar a inteligência artificial não é uma tarefa simples, e, acima de tudo, não basta adaptar as velhas regras, que durante de séculos foram construídas sobre a ideia de tecnologia-instrumento, à nova tecnologia de tomada de decisões. Mas quais são os pontos críticos, os fatores de maior risco que estas tecnologias emergentes trazem consigo?

Quatro são os princípios fundamentais na regulação da inteligência artificial.

1 Lealdade digital

A premissa deve ser clara: o nosso futuro será cada vez mais densamente povoado por máquinas que interagem com os seres humanos. Imaginar um retrocesso não faria sentido, nem seria desejável, tendo em conta os enormes benefícios que trazem. Nesse futuro, o primeiro princípio constitucional seria o da lealdade digital. Os cidadãos saberiam se a pessoa à sua frente é um ser humano ou um robô. Perante a impressionante evolução das técnicas chamadas *deep fake*, ou seja, reprodução e manipulação sensorial (áudio-vídeo), hoje podemos nos encontrar numa entrevista de emprego ou num exame médico com um chatbot, convencidos de que se trata de um ser humano. Nada pode e deve impedir que a informação seja fornecida por máquinas em vez de humanos, mas é preciso ter a lealdade de o dizer.

Seria profundamente desumano, antes de ilegal, imaginar relações, negócios e projetos de vida baseados numa falsidade – é o que o que em direito se chama fraude. Os dois acontecimentos mais traumáticos a que estamos a assistir nos últimos tempos apontam nesta direção. Estou a pensar no ChatGPT e o metaverso. O ChatGPT e a inteligência artificial generativa estão entre as realizações mais promissoras e perturbadoras nesta corrida para imitar o ser humano.

Os sistemas baseados em modelos incrivelmente grandes e precisos da linguagem natural elaboram respostas amplas e precisas que parecem pensadas. Na realidade, não há raciocínio produzido por um cérebro humano, apenas correlações estatísticas. É o medo de todos os professores: que usemos o ChatGPT para fingir que pensamos. Por outro lado, há o

metaverso que tem como objetivo produzir artificialmente o ambiente em que o sujeito (avatar) vive suas experiências. Traçando uma linha entre o real e o virtual, entre a máquina e o humano, tornar-se-á cada vez mais difícil, ao ponto de quase perder o sentido nesta perspectiva.

2 Compreensibilidade

Se, por conseguinte, confiarmos a um sistema de IA a tarefa de tomar decisões, esse sistema tem de ser compreensível, ou seja, devemos ser capazes de entender a razão pela qual tomou a decisão. Este princípio é especialmente verdadeiro quando o decisor está numa posição de poder (seja público seja privado), isto é, seja capaz de influenciar unilateralmente a liberdade dos outros. Num sistema constitucional de Estado de Direito, todos os poderes que afetam a esfera de autonomia dos indivíduos devem estar sujeitos à lei. Se eu utilizar a inteligência artificial para prever quando é que um motor terá uma falha ou como estará o tempo amanhã, não há nada a objetar: mesmo que o método de previsão seja incompreensível, basta que seja exato. Mas se me pedirem para determinar quantos anos passará na prisão uma pessoa acusada de um crime, então a questão muda de figura. É o mais famoso processo judicial da era algorítmica: caso COMPAS. Um juiz nos Estados Unidos utiliza um software para decidir qual a pena a aplicar a um acusado. O programa, utilizando os dados relativos à pessoa – dados protegidos por direitos autorais (*copyright*) da empresa – propõe um perfil: com alto, médio e baixo risco. Com base no perfil, o juiz decide. Estamos, portanto, perante o exercício de um poder – o poder judicial – assistido pela inteligência artificial. Diante dessa decisão, o arguido tem um direito fundamental, com base no qual pode exercer todos os outros: o direito de compreender por que foi condenado. Compreender, isto é, que raciocínio lógico – diria o juiz – seguiu o algoritmo para atribuir a ele uma determinada classe de risco. Só assim se pode questionar o poder, somente se ele for obrigado a explicar o que faz. Não pode acontecer que, por razões técnicas ou econômicas, o processo de decisão se transforme numa *black box*, uma caixa preta – como lhe chamam os engenheiros – um sistema em que, dado um *input*, o *output* é produzido de forma obscura e incompreensível.

3 Não discriminação

Foi assim que um grupo de estudiosos, mesmo no COMPAS, tentou abrir a caixa preta. Para entender a evolução do algoritmo, eles investigaram a eficácia do comportamento das pessoas classificadas pelo software como de alto ou baixo risco nos dois anos seguintes.⁶ A descoberta foi sensacional você sabe, mas provavelmente isso não é muito surpreendente. Um dos dados usados para calcular a probabilidade de reincidência é se a pessoa já foi condenada ou não. Agora, todo mundo sabe que a população do sistema penitenciário americano é composta em grande maioria de afro-americanos. Não será, portanto, surpreendente, descobrir que o programa COMPAS, apesar de ter uma precisão muito alta, às vezes comete erros. E quando ele comete um erro, ele o faz marcando a qualificação pessoas de cor como altamente perigosas, que então se revelaram inteiramente inofensivas (falsos positivos), ou declarando um baixo risco para pessoas de pele clara que, em vez disso, eles acabaram sendo criminosas (falsos negativos). Os algoritmos de inteligência artificial são muito úteis, mas eles têm um pecado original, eles só veem o passado (um pouco como o ChatGPT quando avisa que é atualizado exclusivamente para eventos atuais até 2022). Eles preveem o futuro, mas replicam o passado. Eles não conhecem a liberdade. Apenas a necessidade.

4 “Humano no ciclo” (*Human in the loop*)

O último princípio é talvez o mais intuitivo e é o único que de fato já é lei. Está previsto no artigo 22º do GDPR, o regulamento europeu em matéria de *privacy* (privacidade). Nenhuma decisão suscetível de afetar a liberdade das pessoas pode ser tomada somente por uma máquina. O ser humano deve ter um papel na decisão. Tal como está escrito na atual legislação europeia, é um princípio muito fraco. As exceções, de fato, são muito mais do que a regra. Um exemplo para todos: diz no GDPR que um

⁶ ANGWIN, J.; LARSON, J.; MATTU, S.; KIRCHNER, L. Machine Bias: There’s software used across the country to predict future criminals. And it’s biased against blacks. **ProPublica**, 23 mai 2016. Disponível em <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>. Acesso em 11.4.2024.

algoritmo pode legitimamente tomar decisões, por conta própria, que restrinjam a liberdade de uma pessoa, se a pessoa afetada pela decisão tiver dado o seu consentimento prévio. É a base jurídica sobre a qual aos sistemas de inteligência artificial é confiada toda a atividade de moderação de conteúdo ou sobre a qual os algoritmos de recomendação atuam nas grandes plataformas digitais como o Facebook, Instagram, X, TikTok, Google, Netflix; atividades totalmente automatizadas e com base no consentimento que cada um de nós fornece ao assinar as condições gerais de serviço. Claro que, em teoria, o consentimento é livre e pode sempre ser negado, mas o preço é sair da plataforma: a excomunhão digital de que falamos. O princípio deve, portanto, ser repensado se se quiser ser efetivo. É precisamente um desses casos em que é preciso partir do diálogo e não do choque do confronto entre a tecnologia e o direito. Vincular uma decisão automática à opinião prévia de um ser humano que por ela assume a responsabilidade, em certos casos, poderia retardar ou mesmo bloquear a decisão e torná-la inútil. Por conseguinte, é necessário que o papel de supervisão ou de controle que se pretende atribuir ao humano no processo – o humano no ciclo – deva ser incluído no projeto técnico desde o início e não justaposto no final.

Em conclusão, a percepção, muito difundida sobretudo no mundo industrial, é que hoje, de fato, não faltam regras, pelo menos na Europa. Pelo menos seis novos regulamentos e diretivas já foram aprovados pela União Europeia ou serão nos próximos dois anos, todos relativos às tecnologias digitais (*Data Act*, *Digital Service Act*, *Digital Market Act*, *Artificial Intelligence Act*, *NIS 2*, *Cyber Resilience Act*). Estas normas visam a criar um *corpus iuris europaeus* da tecnologia. No entanto, devemos estar conscientes de que fora da Europa, a paisagem é bastante diferente. Os Estados Unidos sempre se orientaram para o modelo de livre empresa e a China representa uma forma concorrência com o seu super-Estado a sua superempresa estatal. Eles jogam segundo outras regras do que a tentativa europeia de combinar o desenvolvimento industrial e a proteção dos direitos através da regulamentação. O desafio, portanto, não é a quantidade de regulamentação, mas a sua qualidade.

Os princípios que tentei indicar só terão futuro se as instituições forem capazes de produzir inovação regulatória da mesma forma que a tecnologia tem inovado até hoje; utilizando formas (como a correção)⁷ capazes de

⁷ SIMONCINI, Andrea. La co-regolazione delle piattaforme digitali. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, n.4, out.-dez., 2022, p. 1031-49. Disponível em:

proteger os direitos constitucionais e os valores fundamentais da liberdade humana enquanto dialogam com aqueles que devem aplicar essas regras. O regulador, por seu lado, não deve ser capturado pelos gigantes industriais e econômicos – um risco sempre presente – mas deve ser capaz de traduzir os valores constitutivos da nossa sociedade em padrões e normas de comportamento compreensíveis para aqueles que devem respeitar esses padrões.

É fundamental, portanto, que os princípios de liberdade, dignidade e não-discriminação sejam ensinados nas faculdades científicas como parte do conhecimento técnico e não apenas entendidos como valores posteriores e adicionais; tal como é fundamental que nas faculdades de direito se ensine não só o Código Civil Código Civil, mas também os princípios da codificação. A Itália, como é sabido, tem um déficit impressionante em termos de educação. No índice DESI 2022 sobre a digitalização na Europa⁸, sobre o tema do capital humano e competências digitais, a Itália tem a incrível posição de 18º lugar em 27. Por fim, antes da elaboração de leis, o que nos espera é um desafio educativo.



Este trabalho possui uma Licença *Creative Commons - Atribuição 4.0 Internacional*.

<https://www.irpa.eu/articolo/la-regolazione-digitale-nellunione-europea/>. Acesso em 11.4.2024.

⁸ Conferir: UNIÃO EUROPEIA. COMISSÃO EUROPEIA. **Plasmare il futuro digitale dell'Europa**. Disponível em <https://digital-strategy.ec.europa.eu/it/policies/desi> . Acesso em 11.4.2024.

Como citar este artigo (ABNT)

SIMONCINI, Andrea. Algoritmo e Lei. *Revista Semestral de Direito Econômico*, Porto Alegre, v. 02, n. 02, e2204, jul./dez. 2022. Tradução de Rafael Ferreira Costa. <https://doi.org/10.51696/resede.e2204>

Recebimento: 11/04/2024

Avaliação preliminar: 11/04/2024

Aprovação: 14/04/2024



**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO ECONÔMICO**

LISTA DE DOSSIÊS TEMÁTICOS

V. 1 N. 1 (2021) Homenagem a Washington Peluso Albino de Souza

V. 1 N. 2 (2021) Direito Econômico e a Pandemia

V. 2 N. 1 (2022) Direito Econômico e o Supremo Tribunal Federal

V. 2 N. 2 (2022) Direito Econômico e *Lex Mercatoria*

NORMAS PARA AUTORES DO FASCÍCULO

DIRETRIZES GERAIS

A revista mantém chamada permanente de artigos científicos de temática livre relacionada ao Direito Econômico, assim como eventualmente lança editais de chamada de artigos com dossiês temáticos.

Serão aceitos artigos em que pelo menos um autor seja doutor, doutorando, mestre ou mestrando. Com a finalidade de preencher as exigências estabelecidas por avaliadores de periódicos, pelo menos 60% dos artigos da edição deverão ser escritos por pelo menos um doutor como autor, permanecendo os demais artigos em fila para a publicação nas edições seguintes. No mesmo sentido, para preencher os critérios de exogenia, se estabelece um limite de 25% de artigos de autores com vinculação institucional no estado do Rio Grande do Sul por edição, permanecendo aqueles artigos que foram aprovados posteriormente em fila para a publicação nas edições seguintes. Trabalhos que apresentam temas de grande atualidade e cuja publicação posterior possa prejudicar o imediatismo do trabalho terão preferência na sua publicação.

Em razão da publicação em fluxo contínuo da revista, os trabalhos serão publicados conforme forem aprovados pelos avaliadores. Quando houver um número suficiente de artigos, o fascículo será fechado e a edição completa será disponibilizada. A publicação de trabalhos de autores que não possuem doutorado, não possuem vinculação a uma instituição estrangeira ou que possuem uma vinculação institucional no Rio Grande do Sul poderão ser suspensas até que seja assegurado o preenchimento das exigências referidas anteriormente.

Membros do Conselho Editorial poderão apresentar submissões à revista, mas não terão direito a recurso em caso de rejeição da submissão pelos pareceristas.

A revista também aceita submissões para as seguintes seções: traduções, artigos clássicos, resenhas, pareceres, comentários jurisprudenciais e legislativos, trabalhos de direito comparado e entrevistas, que serão publicados uma vez preenchido o pressuposto de contribuir para o enriquecimento da disciplina de Direito Econômico. Para estas seções, não há a necessidade de preenchimento dos requisitos nesta área da revista, uma vez que a avaliação será feita pelo Conselho Editorial.

São aceitos trabalhos em português, inglês, espanhol, francês, italiano e alemão.

A submissão de trabalhos à revista implica na aceitação de termo de responsabilidade e colaboração autoral inédita.

Não serão aceitos artigos com mais de 5 autores.

Para facilitar a visualização das normas técnicas da revista pelos autores, se recomenda observar o arquivo modelo.

Quaisquer dúvidas ou reclamações podem ser elaboradas através dos meios dispostos na área de contato da revista.

Desidentificação do arquivo submetido

O formato do arquivo deverá ser Microsoft Word ou Open Office. Para assegurar com que os pareceristas não conheçam o(s) autor(es), deverão ser tomadas as seguintes providências:

- O(s) autor(es) do documento deve(m) retirar do texto submetido seu(s) próprio(s) nome(s), substituindo com "AUTOR(ES)" e o ano da(s) obra(s) eventualmente referida(s) ou utilizar outra menção que não permita a sua identificação;
- Nos documentos, a identificação do(s) autor(es) deve ser removida dos arquivos enviados (metadados). Se sugere a remoção das propriedades do documento através do seguinte procedimento (Windows): fechar o documento da submissão, selecionar o documento, clicar com o botão direito no arquivo, então clicando em propriedades, então em detalhes "Remover Propriedades e Informações Pessoais", e por fim "Criar cópia com todas as propriedades possíveis removidas". O arquivo sem essas informações

(metadados) deverá ser enviado na submissão. Outros procedimentos que removam estes dados poderão ser adotados pelo(s) autor(es);

Formato do arquivo

Com a finalidade de padronizar as submissões para publicação, são exigidos os seguintes formatos para os arquivos de texto:

- Tamanho do papel: A4;
- Orientação: vertical;
- Margens: superior e esquerda: 3 cm; inferior e direita: 2 cm;
- Espaçamento entre linhas: 1,5;
- Alinhamento do texto: justificado;
- Fonte: Times New Roman, normal, tamanho 12;
- Para notas de rodapé e citações com mais de 3 linhas, paginação, legendas de imagens, tabelas e gráficos: tamanho 10, espaçamento simples;

Folha de rosto

Para assegurar com que os autores sejam identificáveis pela Equipe Editorial e que sejam publicadas as qualificações acadêmicas e profissionais desejadas, deve ser enviada uma folha de rosto no arquivo com as seguintes informações:

- O(s) nome(s), titulação(ões), profissão(ões), dados para contato, agradecimentos, esclarecimentos, dentre outros, que o(s) autor(es) deseja(m) ver publicado(s) no artigo;
- Telefone(s) e e-mail(s) do(s) autor(es) para viabilizar eventuais contatos da revista;
- Se o trabalho é oriundo de pesquisa fomentada por bolsa, descrever esta;

- Link do Currículo Lattes e do ORCID do(s) autor(es);
- A folha de rosto poderá ser enviada no mesmo arquivo que o artigo ou em arquivo separado;

Elementos pré-textuais

- Título do artigo: em português (caixa alta e negrito) e, abaixo, em inglês (caixa alta), ambos com alinhamento centralizado;
- Resumo: em português e sua respectiva tradução em inglês, entre 100 e 250 palavras, com espaçamento simples (NBR 6028);
- Palavras-chave: devem ser listadas entre 4 e 6 palavras-chave em português e suas correspondentes em inglês, abaixo do resumo e de sua tradução. As palavras-chave devem ser separadas por ponto e vírgula e finalizadas por ponto final. Devem ser precedidas pela expressão "Palavras-chave:" e "Keywords:" (NBR 6028);
- Sumário: deve ser elaborado um sumário abaixo das palavras-chave contendo os títulos do trabalho sem as respectivas páginas (NBR 6027 e 6024);

Elementos textuais

- Destaques: escolher entre utilizar destaques em itálico ou negrito (não usar ambos ou sublinhado);
- Não deve haver marcas de revisão ou comentários no arquivo;
- Não se deve concluir um título com citação, tabela, gráfico ou imagem;
- Número de páginas: entre 10 e 50 páginas;

Citações e referências

As citações e referências bibliográficas devem seguir as normas da ABNT, sobretudo as normas NBR 10.520:2002 e 6.023:2018.

- Citações diretas com menos de 3 linhas: no corpo do texto, entre aspas, sem recuo;
- Citações diretas com mais de 3 linhas: recuo de 4 cm, espaçamento simples e fonte tamanho 10;
- Quanto possível, as URLs para as referências devem ser fornecidos;
- As referências devem ser dispostas em rodapé no formato ABNT completo ou utilizar o sistema autor-data. Não utilizar ambos sistemas. É possível a utilização de notas de rodapé explicativas;
- Ao final, todas as referências utilizadas pelo trabalho devem ser elencadas em ordem alfabética;

Declaração de direito autoral

Os autores que submeterem trabalhos à revista devem obrigatoriamente concordar com seguintes termos:

- Os autores permanecem com os direitos autorais do trabalho e concedem à revista o direito da primeira publicação (inédita) sob a licença Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional (CC-BY 4.0), permitindo o compartilhamento do trabalho mediante o reconhecimento da autoria e publicação inicial da revista;
- Os autores permanecem com a autorização de distribuição da versão publicada nesta revista em outros repositórios (sites pessoais, bibliotecas, indexadores, dentre outros), assim como em republicar o conteúdo do trabalho em outras publicações (capítulos de livros, coletâneas, dentre outros) mediante o reconhecimento de autoria e da primeira publicação nesta revista.
- Os autores se responsabilizam pela totalidade do conteúdo dos trabalhos submetidos à revista.

PROCESSO DE AVALIAÇÃO DE ARTIGOS

Controle Preliminar (*Desk Review*)

Uma vez recebida a submissão de artigo científico, a Equipe Editorial verificará o preenchimento das normas estabelecidas pela revista, inclusive quanto à (1) ausência de informações sobre o(s) autor(es) no documento, (2) originalidade (inclusive com consulta através de sistemas eletrônicos contra plágio e em mecanismos de busca) (3) e adaptação ao escopo do periódico e, em caso de preenchimento, enviará o trabalho desidentificado para dois pareceristas anônimos da área de conhecimento do artigo submetido para avaliação. Em caso de não preenchimento por divergências irreparáveis, será enviado ao(s) autor(es) a decisão fundamentada de rejeição preliminar do artigo. Em caso de divergências reparáveis, será enviado o pedido de providências.

Avaliação Duplo Cega por Pares (*Double Blind Review*)

Superado o controle preliminar, o arquivo desidentificado será enviado para 2 pareceristas que possuem vinculação profissional e acadêmica fora do estado-membro da federação em que o(s) autor(es) da submissão tenha(m) vinculação.

Os pareceristas assumem o compromisso a cada submissão recebida de que (1) desconhecem o(s) autor(es) da submissão, (2) não possuem conflitos de interesses tais como pessoais, comerciais, partidários, ideológicos, acadêmicos e econômicos-financeiros com o objeto da submissão, (3) possuem tempo hábil para respeitar o prazo de entrega do parecer em até 3 semanas e (4) são qualificados para emitir um parecer sobre o objeto de estudo da submissão. Em caso de impossibilidade de cumprimento dos requisitos anteriores, será apontado um novo parecerista para a submissão.

Os pareceristas observarão necessariamente os seguintes critérios mínimos na submissão:

- Se o trabalho está de acordo com a linha editorial da revista;
- Se o artigo é inédito e não há indícios de plágio;

- Se o título, o resumo, as palavras-chave e seus correspondentes em inglês são adequados;
- Se o trabalho apresenta linguagem científica adequada;
- Se o artigo utiliza as obras doutrinárias mais relevantes e atuais;
- Se a submissão apresenta contribuição científica inédita relevante;

Os pareceristas poderão aprovar a publicação da submissão condicionada a alterações no trabalho.

Caso haja um parecer a favor e um contrário à publicação da submissão, um terceiro parecerista será chamado para determinar o resultado da submissão. Caso o parecer contrário à publicação apresente relevantes fundamentos, a Equipe Editorial poderá determinar a reprovação do artigo sem a necessidade de apontar um terceiro avaliador.

Alterações do Trabalho

Os pareceristas poderão apontar alterações e sugestões para o aprimoramento do trabalho. Os pareceres dos avaliadores serão enviados para o autor da submissão e deverão ser respondidas em um prazo sugerido de até 15 dias, podendo ser prorrogado por mais tempo, conforme a quantidade de alterações solicitadas.

As mudanças feitas no texto da submissão deverão utilizar a cor vermelha para distinguir do texto original antes das alterações. O autor poderá fundamentar as razões para o não cumprimento das sugestões dos pareceristas. A Equipe Editorial observará o cumprimento das solicitações e decidirá sobre as razões para o não cumprimento.

Recursos

Em caso de discordância das decisões editoriais, é cabível recurso fundamentado a ser encaminhado para o e-mail contato@resede.com.br, que será apreciado por membro do Conselho Editorial.



**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO ECONÔMICO**