

# DIREITO ECONÔMICO, OS INSTRUMENTOS DE REGULAÇÃO E A EMPRESA

## COORDENADORES

RICARDO HASSON SAYEG  
VIVIANE COELHO DE SÉLLOS-KNOERR  
MARCELO BENACCHIO

## ORGANIZADORES

DANIEL JACOMELLI HUDLER  
ADRIANE GARCEL



unicuritiba

**Universidade Nove de Julho – UNINOVE**  
Rua Vergueiro, 235/249 – 12º andar  
CEP: 01504-001 – Liberdade – São Paulo, SP – Brasil  
Tel.: (11) 3385-9191 – [editora@uninove.br](mailto:editora@uninove.br)

# **DIREITO ECONÔMICO, OS INSTRUMENTOS DE REGULAÇÃO E A EMPRESA**

## **COORDENADORES**

*Prof. Dr. Ricardo Hasson Sayeg (PPGD/UNINOVE)*

*Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr (PPGD/UNICURITIBA)*

*Prof. Dr. Marcelo Benacchio (PPGD/UNINOVE)*

## **ORGANIZADORES**

*Me. Daniel Jacomelli Hudler (PPGD/UNINOVE)*

*Me. Adriane Garcel (PPGD/UNICURITIBA)*

São Paulo

2021



unicuritiba

© 2021 UNINOVE Todos os direitos reservados. A reprodução desta publicação, no todo ou em parte, constitui violação do copyright (Lei nº 9.610/98). Nenhuma parte desta publicação pode ser reproduzida por qualquer meio, sem a prévia autorização da UNINOVE.

Conselho Editorial: Eduardo Storópoli  
Maria Cristina Barbosa Storópoli  
Nadir da Silva Basílio  
Cristiane dos Santos Monteiro

*Avaliação: Parecer e Revisão por pares ad hoc – Sistema duplo cego (double blind review)*  
*Livro digital, acesso aberto e gratuito*  
*Obra resultante de parceria acadêmica entre o Programa de Pós-graduação em Direito da UNINOVE e UNICURITIBA*

Colaboração técnica: Mariana Farias (Assistente Editorial – Uninove)  
Diagramação Capa: Big Time Serviços Editoriais  
Diagramação miolo: Pedro Monte Cavalheiro  
Revisão gramatical: Big Time Serviços Editoriais  
Revisão normativa e arte da capa: Cristiane Monteiro (Bibliotecária – Uninove)

Catálogo na Publicação (CIP)  
Cristiane dos Santos Monteiro – CRB/8 7474

D598 Direito econômico, os instrumentos de regulação e a empresa / Ricardo Hasson Sayeg, Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr, Marcelo Benacchio, coordenadores ; Daniel Jacomelli Hudler, Adriane Garcel, organizadores. — São Paulo : Universidade Nove de Julho, UNINOVE, 2021. 255 p.

ISBN: 978-65-99038-15-0 (e-book)

Inclui índice sistemático

Inclui referências

Obra resultante de parceria acadêmica entre o Programa de Pós-graduação em Direito da UNINOVE e UNICURITIBA

Disponível em: <https://www.uninove.br/biblioteca-ebooks>

Acesso aberto e gratuito

1. Direito empresarial 2. Regulação I. Organizadores II. Título

CDU 347.7

CDD 348

### **Índices para catálogo sistemático:**

Direito comercial. Direito das sociedades, firmas, empresas 347.7  
Leis. Regulamentos. Casos 348

# Sumário

APRESENTAÇÃO: INTRODUÇÃO À OBRA DIREITO ECONÔMICO,  
OS INSTRUMENTOS DE REGULAÇÃO E A EMPRESA ..... 8

*COORDENADORES*

*RICARDO HASSON SAYEG*

*VIVIANE COELHO DE SÉLLOS-KNOERR*

*MARCELO BENACCHIO*

*ORGANIZADORES*

*DANIEL JACOMELLI HUDLER*

*ADRIANE GARCEL*

CAPÍTULO 1: A REVOLUCIONÁRIA CONSTITUIÇÃO DA  
REPÚBLICA DE 1988 ..... 12

*RICARDO HASSON SAYEG*

*MARIA CAROLINA NEGRINI*

*JOÃO NEGRINI FILHO*

*RUBENS MENDONÇA CANUTO NETO*

*RODRIGO CAMPOS HASSON SAYEG*

CAPÍTULO 2: A REGULAÇÃO ECONÔMICA NO BRASIL E OS  
PRESSUPOSTOS DA ESCOLA AUSTRIACA..... 32

*JOSÉ LAURINDO DE SOUZA NETTO*

*ADRIANE GARCEL*

*KAREN PAIVA HIPPERT*

CAPÍTULO 3: DOS INCENTIVOS FISCAIS DA LINHA BRANCA NA  
MITIGAÇÃO DOS EFEITOS DA “BOLHA IMOBILIÁRIA” AMERICANA  
DE 2008 NO MERCADO DE EMPREGO BRASILEIRO ..... 64

*GUSTAVO LUIZ DE MATOS XAVIER*

*GIOVANI CLARK*

CAPÍTULO 4: O EMPREENDEDORISMO INOVADOR  
BRASILEIRO, NEUTRALIDADE TRIBUTÁRIA E INTERVENÇÃO  
ECONÔMICA..... 94

*MATEUS BERTONCINI*

*MARCELO REVIGLIO BERTONCINI*

*DANNA CATHARINA MASCARELLO LUCIANI*

CAPÍTULO 5: OS NUDGE E A ARQUITETURA DE ESCOLHA COMO  
FORMA DE REGULAÇÃO DA ECONOMIA DE MERCADO ..... 113

*DEMETRIUS NICHELE MACEI*

*KLAUS ALMEIDA STRUECKER*

CAPÍTULO 6: O CAPITALISMO HUMANISTA NA PROTEÇÃO DOS  
SUPERENDIVIDADOS..... 134

*João MAURÍCIO ADEODATO*

*LUIZ FELIPE ROSSINI*

CAPÍTULO 7: A LEI 14.181/2021 DE ATUALIZAÇÃO DO CÓDIGO DE  
DEFESA DO CONSUMIDOR PARA A PREVENÇÃO E TRATAMENTO  
DO SUPERENDIVIDAMENTO E A EXPERIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO  
EM BLOCO NO PROCON-SP DE 2015 A 2021..... 158

*CLAUDIA LIMA MARQUES*

*RODRIGO TRITAPEPE*

CAPÍTULO 8: PERFIS DE CRÉDITO E TRATAMENTO  
AUTOMATIZADO DE DADOS: ANÁLISE CRÍTICA DO ESTADO  
DA ARTE DA LEGISLAÇÃO NACIONAL..... 174

*CÍNTIA ROSA PEREIRA DE LIMA*

*PAULO RICARDO ARTEQUILINO DA SILVA*

CAPÍTULO 9: A LÓGICA ECONÔMICA NAS CIÊNCIAS  
ORGANIZACIONAIS E NO DIREITO E A INCLUSÃO DA  
PESSOA COM DEFICIÊNCIA NAS EMPRESAS: UM ESTUDO  
INTERDISCIPLINAR..... 194

*FLÁVIA PIVA ALMEIDA LEITE*

*GUILHERME BURZYNSKI DIENES*

*LEANDRO CARLOS ALVES BEZERRA*

CAPÍTULO 10: A RESPONSABILIDADE PENAL OMISSIVA  
IMPRÓPRIA E A POSIÇÃO DE GARANTE DO DIRIGENTE DE  
EMPRESA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL  
FEDERAL.....220

*ROGERIO SCHIETTI CRUZ*

*MARIANA FLEMING S. ORTIZ*

*ANDRÉ LUIZ NOGUEIRA SANTOS*

AUTORES .....242

ÍNDICE REMISSIVO .....253

# **APRESENTAÇÃO: INTRODUÇÃO À OBRA DIREITO ECONÔMICO, OS INSTRUMENTOS DE REGULAÇÃO E A EMPRESA**

As disfunções decorrentes da expansão exclusiva do aspecto econômico da empresa repercutem em uma série de problemas sociais e econômicos dos países de capitalismo tardio, a exemplo do Brasil, alvo de estudo e da atenção de pesquisadores do Direito.

Para compreensão do multifacetado fenômeno da empresa, não é mais suficiente o estudo da estrutura jurídica tradicional do *Direito Empresarial*, uma vez que afetada pelas relações econômicas em movimento. Há necessidade de conciliar este ramo do Direito com os demais (*Direito Econômico, Direito do Consumidor, Direito Tributário, Direito Penal* etc.), e também ciências sociais (*Economia, Sociologia* etc.), de modo a permitir um exame crítico das estruturas econômicas e jurídicas que fundam a empresa, no âmbito do capitalismo contemporâneo, inclusive sobre as formas de regulação da atividade econômica.

Com essa preocupação é que a presente obra, fruto da **parceria acadêmica entre o PPGD/UNINOVE e PPGD/UNICURITIBA**, coordenada pelos pesquisadores *Dr. Ricardo Hasson Sayeg (PPGD/UNINOVE)*, *Dra. Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr (PPGD/UNICURITIBA)* e *Dr. Marcelo Benacchio (PPGD/UNINOVE)*, e organizada por *Daniel Jacomelli Hudler (PPGD/UNINOVE)* e *Adriane Garcel (PPGD/UNICURITIBA)*, centralizou seus esforços para **seleção e sistematização de estudos relacionados ao Direito Empresarial, ampliado pelo viés multidisciplinar**, a partir da necessária superação da dicotomia entre o público e o privado, da multidimensionalidade do fenômeno econômico da empresa, considerada ainda a influência transnacional no âmbito das estruturas de mercado e poder, nas relações de consumo, bem como a intervenção estatal e incentivos fiscais, e a tentativa de atribuição de responsabilidade civil e penal no âmbito empresarial – sem descurar da ordem econômica constitucional brasileira que, inserida no contexto do capitalismo transnacional, deve assegurar

a todos uma existência digna, inclusive em consonância com os objetivos de sustentabilidade e desenvolvimento humano.

Nessa perspectiva, **a presente obra é composta exclusivamente por pesquisadores** – em especial professores doutores e respectivos orientandos de PPGD de Direito do Brasil e de instituições estrangeiras –, **direcionada à comunidade científica do Direito**, e que passou pela **revisão por pares (às cegas)**, bem com revisão técnica e gramatical. Está dividida em 10 capítulos e conta ainda com **índice remissivo** para facilitação da leitura.

**Propõe-se, assim, investigar o *Direito Econômico, os Instrumentos de Regulação e a Empresa*, em consonância com as áreas de concentração e linhas de pesquisa adotadas pelos respectivos *Programas de Pós-Graduação em Direito da Universidade Nove de Julho (UNINOVE)* e em *Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba (PPGD/UNICURITIBA)*.**

Assim, o **CAPÍTULO 1** introduz uma visão histórica das constituições brasileiras no que toca a Ordem Econômica e a revolução representada pela Constituição Federal do Brasil/1988, apresentando-a enquanto modelo jurídico de condução da economia para fins certos e determinados, voltados ao desenvolvimento humano. O exercício da atividade empresarial encerra o exercício profissional de uma ação econômica organizada destinada à produção de bens e serviços destinados ao mercado. A atividade empresarial não é importante apenas para os titulares do capital, mas para toda a sociedade.

Essa noção é conforme ao exercício da livre iniciativa – direito fundamental de liberdade, o qual, todavia, pode ser conformado para o atendimento dos interesses da sociedade, sob os ditames da justiça social, especialmente, para realizar os direitos fundamentais de segunda e terceira dimensão/geração.

Nesta toada e seguindo a perspectiva histórica, o **CAPÍTULO 2** examina a regulação econômica no Brasil sob o viés dos pressupostos teóricos fundantes da Escola Austríaca, verificando-se a formação liberal ministerial e o possível distanciamento dele no exercício do plano governamental.

Assumindo a estrutura jurídica da Constituição Federal delineada pelos capítulos anteriores, o **CAPÍTULO 3** verifica a legitimidade de políticas econômicas em favor de empresas, adotadas pelo governo brasileiro, com o fito de manter os postos de trabalho diante da crise global

decorrente da bolha imobiliária americana, bem como a eficácia de medidas de política econômica. Objetivou-se análise sobre se as desonerações tributárias atingiram seu intento de proteção da cidadania por meio da manutenção de empregos.

Ainda, sob o olhar dos mecanismos jurídicos de intervenção econômica para fomento empresarial, o **CAPÍTULO 4** retoma o papel da neutralidade tributária na garantia de um ambiente propício ao empreendedorismo no Brasil, analisando a relação entre Regulação, Mercado e Inovação, com foco na intervenção estatal por meio da tributação. Em olhar diverso do anterior, o **CAPÍTULO 5** apresenta os “nudges” e a arquitetura de escolha como ferramentas essenciais na regulação da economia de mercado, compreendido como uma espécie de sugestão não explícita e não vinculativa de opções previamente programadas pelo agente público, indutor de escolhas individuais para incremento do bem-estar em diversas esferas sociais.

Sem prejuízo ao olhar macroeconômico de fomento à atividade empresarial via incentivo fiscal, conforme visto nos capítulos anteriores, O **CAPÍTULO 6** discorre sobre as relações econômicas com foco no crédito ao consumidor, haja vista a essencialidade do crédito ao consumidor enquanto instituição econômica. Este capítulo constata os fenômenos da expansão do crédito e do mercado de consumo de inclusão no século XXI, enaltecendo a necessária proteção ao crédito, por meio da recente Lei 14.181/2021 (Lei de Prevenção e Tratamento do Superendividamento), a partir do olhar do capitalismo humanista.

Neste mesmo sentido, o **CAPÍTULO 7**, também sobre a Lei 14.181/2021, enquanto mecanismo de atualização Código de Defesa do Consumidor, destaca as grandes linhas sobre tratamento do superendividamento e apresenta dados empíricos da experiência de conciliação do PROCON-São Paulo, de 2015 a 2021. Com esse intuito, os capítulos 6 e 7 verificam a proteção conferida ao consumidor, em relação às situações de superendividamento, que podem prejudicar sobremaneira a economia, de modo que se faz necessário o tratamento jurídico à questão, em direção ao cumprimento das obrigações creditícias, nas relações privadas, de propriedade privada e à livre iniciativa, para assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Por sua vez, o **CAPÍTULO 8** retoma a importância do crédito, exposta nos capítulos 6 e 7, e a sua relação com a proteção de dados pessoais, com foco no tratamento de dados regulado pelo direito brasileiro e o contexto da implementação do *open banking*, esmiuçando ainda o papel da Agência Nacional de Proteção de Dados frente a circulação transfronteiriça de dados.

Nesta senda, protetiva das relações econômicas, sobretudo de proteção do vulnerável, apresentado no capítulo anterior, é que o **CAPÍTULO 9** dialoga com os anteriores, mas desta vez com foco na inclusão de pessoas com deficiência no âmbito das empresas, inclusive por meio de mecanismos de incentivo fiscal e a fiscalização dessas pelo Estado.

Por fim, com o fito de promover a análise da tutela penal dessas relações empresariais expostas nos capítulos anteriores, o **CAPÍTULO 10** se apresenta enquanto um recorte específico sobre a responsabilidade penal omissiva imprópria e a posição de garante do gestor de empresa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Isso porque, os delitos econômicos, que lidam com a relação entre empresa e gestor, reavivam a discussão acerca da omissão, figura importante no campo da atividade empresarial, fiscalizada pelo Estado para o bom funcionamento do mercado e da economia.

Esperamos que a presente obra, com suas considerações e necessárias reflexões, possa irradiar o estudo para além do direito empresarial clássico, apresentando um aspecto mais profundo sobre economia, voltado inclusive ao desenvolvimento humano, tema fundamental ao Direito, acrescentando-se assim uma nova visão, mais plural e voltada para o benefício de todas as pessoas.

#### COORDENADORES

*Prof. Dr. Ricardo Hasson Sayeg (PPGD/UNINOVE)*

*Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr (PPGD/UNICURITIBA)*

*Prof. Dr. Marcelo Benacchio (PPGD/UNINOVE)*

#### ORGANIZADORES

*Me. Daniel Jacomelli Hudler (PPGD/UNINOVE)*

*Me. Adriane Garcel (PPGD/UNICURITIBA)*

# **CAPÍTULO 1: A REVOLUCIONÁRIA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988**

## **CHAPTER 1: THE REVOLUTIONARY CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF 1988**

*Ricardo Hasson Sayeg*

*Maria Carolina Negrini*

*João Negrini Filho*

*Rubens Mendonça Canuto Neto*

*Rodrigo Campos Hasson Sayeg*

**RESUMO:** Ao longo da afirmação histórica do “Estado Democrático de Direito” do nosso Brasil, acabou sendo promulgada a Constituição da República de 1988, que, ao edificá-lo, instituiu o componente democrático como substância de nosso Estado de Direito e o Humanismo Jurídico como sua luz e direção.

**Palavras-chave:** Estado de direito; Estado contra o direito; Constituição; democracia e humanismo.

**ABSTRACT:** Throughout the historical affirmation of the “Democratic State of Law” of Brazil, the Constitution of 1988 was promulgated, which instituted the democratic component as a substance of our rule of law and Legal Humanism as its light and direction.

**Keywords:** State of law; State against law; constitution, democracy and humanism.

## 1 INTRODUÇÃO

Não ocorreu no Brasil uma revolução sangrenta, com o vermelho do sangue a marcar a ocorrência de um evento histórico dramático, como foi a Revolução Francesa ou a Independência dos Estados Unidos, que viesse a conferir clara linha divisória da ordem constitucional anterior em relação à atual ordem constitucional de 1988.

O temperamento amistoso e conciliador de nosso povo alcançou o ápice ao migrar pacificamente a ordem constitucional anterior para a atual, com a ruptura do sistema a ponto de conferir à atual Constituição Federal de 1988 o status de norma constitucional originária e não derivada.

Pelo presente artigo se está a confirmar que a [Constituição da República de 1988](#) é norma constitucional originária e, portanto, revolucionária, de fato, tendo havido uma ruptura e, assim, nova edificação constitucional em face do sistema anterior.

Identificar a nova ordem e esta ruptura faz total diferença para se entender o nosso sistema jurídico, a partir da promulgação da Constituição da República de 5 de outubro de 1988. Não é continuidade do anterior e, mais importante do que tudo, institui como os alicerces sistêmicos constitucionais de nosso “Estado de Direito”, o componente Democrático e o Humanismo Jurídico consagrador da Dignidade da Pessoa Humana e dos Direitos Humanos.

## 2 DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

Na afirmação histórica da liberdade e da dignidade da pessoa humana, a Revolução Francesa e a Independência Americana são pontos fulcrais de consumação da consciência universal da institucionalidade do “Estado de Direito”.

O “Estado de Direito” se institui pelo Estado Constitucional, no qual se assegura a garantia dos direitos fundamentais e a separação de poderes. Está escrito no Artigo 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão Francesa de 1789 que “qualquer sociedade em que não esteja as-

segurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

A função do “Estado de Direito” está estabelecida no Artigo 2º da [Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão Francesa de 1789](#), ao dispor que “o fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses Direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.”

Significa dizer que somente com o estabelecimento do Estado Constitucional é que se tem o que conhecemos como “Estado de Direito”, desde que esteja assegurada a garantia dos direitos e estabelecida a separação dos poderes. Nessa toada, a noção de Estado, enquanto povo, território e soberania, antecede ao “Estado de Direito”.

Havia, portanto, uma figura diversa de Estado, anterior a do “Estado de Direito”, que correspondia ao “Estado Institucional”, não constitucional.

Este “Estado Institucional”, destituído de constitucionalidade, consistiu-se na figura histórica do “Estado Absolutista”, no qual não se garantiam os direitos fundamentais, muito menos era estabelecida a separação de poderes, embora tivesse o efeito básico e essencial de superar o “Estado de Natureza” e nele inserir, compulsória e automaticamente, todos os seres humanos com vida que se enquadrassem no seu conceito de povo; como também, pela soberania, através do soberano, de se impor sobre todos os seus.

Basta atentar, sob o ponto de vista eurocêntrico, que o documento importante de institucionalidade estatal e soberana para o “Estado Absolutista”, no período anterior à Revolução Francesa e à Independência Americana, era a Bula Papal e não a Constituição proclamada por assembleia popular, livre e soberana.

A noção tradicional prevalecente era a de que a institucionalidade e a autoridade do soberano deste “Estado Institucional” era investida por Deus; e, portanto, em torno desta perspectiva divina era o Papa da Igreja Católica que coroava os monarcas e, a partir desta unção, todos de seu povo lhe deviam obediência absoluta, independentemente de direitos naturais e imprescritíveis de cada um.

No curso desta passagem histórica do “Estado Institucional” para o “Estado de Direito”, a noção de investidura divina veio sendo superada pela de contratualismo entre os homens, cujo pensamento político da “União dos Homens” foi especialmente formulado pelo filósofo inglês Thomas Hobbes, nascido aos 5 de abril de 1588 e falecido aos 4 de dezembro de 1679, que publicou “Do Cidadão”, em 1642, e “Leviatã”, em 1651.

Hobbes, sob o ponto de vista jurídico, de fato, prestou grande contribuição para a humanidade porque racionaliza a figura da Sociedade Política pela categoria jurídica do contrato, afastando da metafísica a questão da institucionalidade do Estado, sua soberania e a figura do soberano. Contudo, nunca enxergou neste seu pacto de união entre os seres humanos, membros de um povo, qualquer garantia aos direitos naturais e imprescritíveis destes, muito menos a separação de poderes.

Hobbes defendeu abertamente a figura do soberano absolutista que tudo pode, no exercício da soberania junto a seu povo, que nem sequer poderia reclamar dele. Para se ter uma ideia, em face ao absolutismo, Hobbes está para o Direito, como Maquiavel está para a Política. Ou seja, ambos foram os filósofos do absolutismo eurocêntrico. Poder-se-ia até dizer que Hobbes era maquiavélico.

Logo, conquanto caiba atribuir a Hobbes a estruturação teórica do contratualismo entre os seres humanos na formação do Estado, não lhe cabe a da constitucionalidade na instituição do “Estado de Direito”.

Segundo Hobbes, o Estado Absolutista não é incompatível com o contratualismo entre os homens, de maneira que pode haver um “Estado Absolutista”, hoje rotulado de totalitário, aparentemente constitucional, como aliás, houve inúmeros exemplos no curso da história constitucional brasileira.

A humanidade, em seu desenvolvimento histórico eurocêntrico, deve o constitucionalismo teórico ao filósofo Jean-Jacques Rousseau, nascido aos 28 de junho de 1712 e falecido aos 2 de julho de 1778, que, igualmente contratualista, identificou a soberania como a soma de todas as liberdades, a lei como a vontade geral do povo e impôs à condição de soberano a sua representatividade popular e a separação de poderes, daí porque é consi-

derado o “pai da democracia”. Rousseau, em 1762, publica “Do Contrato Social”, com sua teoria política.

Incorporado universalmente o conceito rousseauiano de constitucionalidade, esta categoria jurídica (Constitucionalidade) passa a ser o elemento substancial e o respectivo marco classificatório na distinção entre o “Estado Institucional” e o “Estado de Direito”.

É a inserção da Constituição como elemento substancial, que venha a assegurar os direitos fundamentais ao povo e estabelecer a separação de poderes, que edifica na estrutura jurídica de um Estado, o seu status de “Estado de Direito”, ou seja, não há “Estado de Direito” sem Constituição legítima, que preencha tais requisitos.

### **3 DO ESTADO CONTRA O DIREITO**

Como se vê, a constitucionalidade, que materialmente assegure os direitos fundamentais ao povo e estabeleça a separação de poderes, a edificar a estrutura jurídica de um Estado, é elemento substancial e inafastável do “Estado de Direito”.

Portanto, somente por meio de uma Constituição materialmente legítima, o Estado se eleva ao status de “Estado de Direito”, sendo o contrassenso também verdadeiro.

Em decorrência, sem uma Constituição legítima ou com uma Constituição simplesmente formal, o Estado é meramente institucional; e, ainda que aceito até mesmo pela unanimidade popular, sempre será considerado absolutista por não garantir juridicamente os direitos fundamentais e estabelecer a separação de poderes.

Aliás, mesmo um Estado que venha assegurar, pelo ponto de vista exclusivamente político e não pelo jurídico, os direitos fundamentais, este não é de ser considerado um “Estado de Direito”; pelo contrário, é um “Estado de faz de conta”.

Ou seja, ainda que haja uma Constituição, lembrando-se que é recorrente, na atualidade, que praticamente todos os Estados tenham uma,

o fato dela ser meramente formal, sem assegurar os direitos fundamentais ao povo e estabelecer a separação de poderes, afasta o “Estado de Direito” e caracteriza o respectivo Estado como totalitário, face atual do antigo “Estado Absolutista”, não constitucional.

Este é o “Estado contra o Direito” que, via de consequência, atualmente corresponde ao “Estado Totalitário”, que é aquele que não assegura os direitos fundamentais ao povo e não estabeleça a separação de poderes.

## 4 DA TRAJETÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Na trajetória da constitucionalidade nacional, na edificação do “Estado de Direito” no Brasil, a nossa história se inicia com a independência nacional aos 7 de setembro de 1822, quando conquistamos a autonomia política e foi instituído o nosso Estado Nacional, com nosso território, povo e soberania.

Então, aos 7 de setembro de 1822, nasce o Império do Brasil, autônomo, livre e soberano. Mas não como um “Estado de Direito”, como ocorreu nos Estados Unidos, por meio da aprovação da [Constituição americana aos 17 de setembro de 1787](#).

Nascemos como um “Estado Institucional”, não constitucional, em que, aos 1º de dezembro de 1822, como soberano, D. Pedro I foi aclamado Imperador do Brasil, em cerimônia envolvida em tradicional clima absolutista, na qual foi sagrado e coroado.

Na histórica peça “[A Coroação de Dom Pedro I](#)”, pintada por Debret, aliás por ele testemunhada, pertencente ao acervo do Palácio do Itamaraty, é possível notar as características absolutistas daquele momento do Império de D. Pedro I, cercado de autoridades eclesiásticas, militares e civis, onde certamente teria ocorrido o juramento de fidelidade ao monarca como típico do “Estado Institucional”, não constitucional.

Pressionado pelo clima republicano do século XIX, o Imperador Dom Pedro I, reservando para si o poder moderador, dá início, em 1824, ao processo constitucionalista brasileiro, que culmina, nos dias de hoje, com a promulgação da Constituição da República de 1988.

#### *4.1 Da Constituição do Império de 1824*

Foi dentro deste contexto de “Estado Absolutista” que a [Constituição do Império de 1824](#) foi imposta e jurada pelo Imperador Dom Pedro I, como a “Constituição Política do Império do Brasil” em “Nome da Santíssima Trindade”.

Pela Constituição de 1824 foi proclamado que o “Império do Brasil” era a Associação Política de todos os “Cidadãos Brasileiros”, instituidora de uma Nação livre e independente, que não admitia, com qualquer outra, laço algum de união ou federação que se opusesse a nossa independência.

No Império, pela Constituição de 1824, o Governo era Monárquico Hereditário, Constitucional e Representativo. A dinastia imperante era a de Dom Pedro I, então Imperador e “Defensor Perpetuo do Brasil”. A Religião Católica Apostólica Romana foi mantida como a Religião do Império. Todas as outras Religiões eram permitidas, entretanto com seu culto doméstico ou particular, em casas para isso destinadas, sem exteriorização ao Templo.

Em que pese previsse a separação de poderes, em que a divisão e harmonia dos poderes políticos era o princípio conservador dos Direitos dos Cidadãos e o meio mais seguro de fazer efetivas as garantias, que a “Constituição do Império do Brasil” estabelecia quatro poderes: o Moderador, o Legislativo, o Executivo e o Judicial.

Na Constituição do Império de 1824, consoante se pode ver, estava instituído o “Estado Institucional” do Império do Brasil, no qual o Imperador manteve seus poderes absolutistas prejudicando a separação de poderes com o chamado “poder moderador”, reservado para si.

Na verdade, o Brasil, embora fosse um Estado formalmente constitucional, era uma “Estado Absolutista”, ou seja, um “Estado contra o Direito”. Jamais o Império do Brasil representou um “Estado de Direito”, materialmente constitucional, onde efetivamente estavam assegurados os direitos naturais e imprescritíveis do ser humano e estabelecida a real separação de poderes.

## *4.2 Da Constituição da República de 1891*

Por mais que o Imperador Dom Pedro II tenha sido um monarca talentoso, preparado e vocacionado e sua filha, a Princesa Isabel, tenha extinto a escravidão no Brasil, em 13 de maio de 1888, não se pode reconhecer como “Estado de Direito” um país que tem como soberano, por privilégio de nascimento, um ser humano coroado como monarca perante os demais de seu povo, detendo perpetuamente os poderes do Estado, qualquer que fosse a parcela dele.

Com efeito, em 15 de novembro de 1889, o Marechal Manuel Deodoro da Fonseca realizou o ato solene de Proclamação da República, na Praça da Aclamação, atual Praça da República, na Cidade do Rio de Janeiro e, sob o ponto de vista jurídico, como Chefe do Governo Provisório, formalizou o ato pelo Decreto nº 1, do mesmo dia, declarando a República Federativa como forma de governo da Nação Brasileira.

A partir dali a República estava proclamada e derrubado o Estado Absolutista do “Império do Brasil”. As Províncias do Brasil, reunidas pelo laço indissolúvel da Federação, passaram a constituir um novo Estado denominado de “Estados Unidos do Brasil”. Cada um desses Estados provinciais, no exercício de sua legítima soberania federativa, ficou de decretar oportunamente a sua constituição definitiva, elegendo os seus corpos deliberantes e os seus Governos locais. Sendo a República Federativa brasileira a forma de governo proclamada.

O Congresso Constituinte Republicano, sob forte clima positivista, aos 24 de fevereiro de 1891, por meio dos representantes do povo brasileiro, reunidos para organizar um regime livre e democrático para o nosso Brasil, estabeleceram, decretaram e promulgaram a [Constituição da República de 1891](#), mantido nosso Estado Nacional sob a forma de República Federativa, com o nome de “Estados Unidos do Brasil”.

Em decorrência, foi pela Constituição da República de 1891 que, ineditamente, se instituiu no Brasil um “Estado de Direito”, emergindo a constitucionalidade material, além da meramente formal, em que constituímos nossa República Federativa que assegurava os direitos fundamen-

tais e estava estruturada na separação de poderes em Poder Legislativo, Executivo e Judiciário.

Diante da importância histórica, vale transcrever o feixe de direitos na redação original do Artigo 72, da Constituição da República de 1891, em que se asseguraram os direitos fundamentais, a saber:

#### Declaração de Direitos

Artigo 72 – A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º – Ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

§ 2º – Todos são iguais perante a lei. A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho.

§ 3º – Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum.

§ 4º – A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.

§ 5º – Os cemitérios terão caráter secular e serão administrados pela autoridade municipal, ficando livre a todos os cultos religiosos a prática dos respectivos ritos em relação aos seus crentes, desde que não ofendam a moral pública e as leis.

§ 6º – Será leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos.

§ 7º – Nenhum culto ou igreja gozará de subvenção oficial, nem terá relações de dependência ou aliança com o Governo da União ou dos Estados.

§ 8º – A todos é lícito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas; não podendo intervir a polícia senão para manter a ordem pública.

§ 9º – É permitido a quem quer que seja representar, mediante petição, aos Poderes Públicos, denunciar abusos das autoridades e promover a responsabilidade de culpados.

§ 10 – Em tempo de paz qualquer pessoa pode entrar no território nacional ou dele sair com a sua fortuna e bens, quando e como lhe convier, independentemente de passaporte.

§ 11 – A casa é o asilo inviolável do indivíduo; ninguém pode aí penetrar de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir as vítimas de crimes ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescritos na lei.

§ 12 – Em qualquer assunto é livre a manifestação de pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependência de censura, respondendo cada um pelos abusos que cometer nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido o anonimato.

§ 13 – A exceção do flagrante delito, a prisão não poderá executar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei, e mediante ordem escrita da autoridade competente.

§ 14 – Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, salvas as exceções especificadas em lei, nem levado à prisão ou nela detido, se prestar fiança idônea nos casos em que a lei a admitir.

§ 15 – Ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ela regulada.

§ 16 – Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela, desde a nota de culpa, entregue em 24 horas ao preso e assinada pela autoridade competente com os nomes do acusador e das testemunhas.

§ 17 – O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. As minas pertencem aos proprietários do solo, salvas as limitações que forem estabelecidas por lei a bem da exploração deste ramo de indústria.

§ 18 – É inviolável o sigilo da correspondência.

§ 19 – Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente.

§ 20 – Fica abolida a pena de galés e a de banimento judicial.

§ 21 – Fica, igualmente, abolida a pena de morte, reservadas as disposições da legislação militar em tempo de guerra.

§ 22 – Dar-se-á o habeas corpus, sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder.

§ 23 – À exceção das causas que, por sua natureza, pertencem a Juízos especiais, não haverá foro privilegiado.

§ 24 – É garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial.

§ 25 – Os inventos industriais pertencerão aos seus autores, aos quais ficará garantido por lei um privilégio temporário, ou será concedido pelo Congresso um prêmio razoável quando haja conveniência de vulgarizar o invento.

§ 26 – Aos autores de obras literárias e artísticas é garantido o direito exclusivo de reproduzi-las, pela imprensa ou por qualquer outro processo mecânico. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei determinar.

§ 27 – A lei assegurará também a propriedade das marcas de fábrica.

§ 28 – Por motivo de crença ou de função religiosa, nenhum cidadão brasileiro poderá ser privado de seus direitos civis e políticos nem eximir-se do cumprimento de qualquer dever cívico.

§ 29 – Os que alegarem motivo de crença religiosa com o fim de se isentarem de qualquer ônus que as leis da República

imponham aos cidadãos, e os que aceitarem condecoração ou títulos nobiliárquicos estrangeiros perderão todos os direitos políticos.

§ 30 – Nenhum imposto de qualquer natureza poderá ser cobrado senão em virtude de uma lei que o autorize.

§ 31 – É mantida a instituição do júri.

#### *4.3 Do Decreto nº 19.398 de 11 de novembro de 1930*

Aos 24 de outubro de 1930, foi deposto o Presidente da República Washington Luís e impedida a posse de Júlio Prestes, que ocorreria no dia 15 de novembro daquele ano. Assume o poder a Junta Governativa Provisória de 1930, composta pelo General Augusto Tasso Fragoso, presidente da junta, pelo Almirante José Isaías de Noronha e pelo General João de Deus Mena Barreto.

Em seguida, aos 3 de novembro de 1930, Getúlio Vargas é empossado Chefe do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, instituído na oportunidade.

Em 11 de novembro de 1930, o Governo Vargas expediu o [Decreto nº 19.398](#), retrocedendo o nosso “Estado de Direito” para um “Estado Totalitário”, versão moderna de “Estado Absolutista”, ou seja, um “Estado contra o Direito”.

O referido Decreto nº 19.398/30 dispôs que o Governo Provisório exerceria, como de fato exerceu, discricionariamente, em toda sua plenitude, as funções e atribuições, não só do Poder Executivo, como também do Poder Legislativo, até que eleita a Assembleia Constituinte que viesse a estabelecer a reorganização constitucional do país.

O Decreto nº 19.398/30, para todos os efeitos, confirmou a dissolução do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas dos Estados (quaisquer que fossem as suas denominações), Câmaras ou Assembleias Municipais e quaisquer outros órgãos legislativos ou deliberativos, existentes nos Estados, nos Municípios, no Distrito Federal ou Território do

Acre. Pelo Governo Provisório foi nomeado um interventor federal para cada Estado, salvo para aqueles já organizados.

Ficaram suspensas as garantias constitucionais e excluídos da apreciação judicial os atos do Governo Provisório ou dos interventores federais, sendo mantido o *habeas corpus* em favor dos réus ou acusados em processos de crimes comuns, salvo os funcionais e os da competência de tribunais especiais.

#### *4.4 Dos Valores do Nove de Julho – Revolução Constitucionalista*

Embora fosse um líder carismático, em plena era do fascismo, Getúlio Vargas, na condição de Ditador-Chefe do Governo Federal, se eternizava com o discurso de mobilização nacional sob um estado totalitário para proteger a nação contra a ameaça comunista e, ainda, responder de forma eficaz às dificuldades econômicas.

Em pleno “Estado contra o Direito”, até 1932, no Brasil não havia sido sequer promulgada uma nova Constituição da República. O Estado de São Paulo levantou-se para restabelecer o “Estado de Direito”, no que, aos 9 de julho daquele ano, se iniciou a Revolução Constitucionalista, sempre lembrada pelos paulistas e comemorada como feriado estadual e, inclusive, dá nome a uma das mais importantes instituições de ensino superior do país, a Universidade Nove de Julho, liderada pelo Magnífico Reitor Professor Eduardo Storópoli.

Nove de Julho significa o patriotismo, a firmeza e o sacrifício do povo brasileiro, ao custo da própria vida; o vermelho da bandeira do Estado de São Paulo representa nosso próprio sangue por uma sagrada ordem constitucional e democrática, constitutiva de um “Estado de Direito”.

A Revolução Constitucionalista não pertence a São Paulo, mas ao Brasil. Todos os revolucionários insurgentes eram brasileiros e lutaram por uma Constituição Nacional. Nossa República é una e indissolúvel.

O avô do nosso queridíssimo Coordenador Acadêmico do PPGD da Universidade Nove de Julho, Professor Titular Marcelo Benacchio, Coronel Idelo Ferrarini, lutou em 1932; e, como distinção de honra e para

a memória nacional, está sepultado no Obelisco do Ibirapuera, monumento histórico dedicado àqueles heróis. (SAYEG, 2021).

Simbolicamente, para seu orgulho, a Universidade Nove de Julho tem o privilégio de manter, em seu quadro docente do PPGD, o Professor Titular Marcelo Benacchio, uma preciosa linhagem hereditária dos heróicos constitucionalistas.

Foi neste espírito, impulsionado pela histórica Revolução Constitucionalista, que o Brasil conquistou a [Constituição da República de 1934](#). Logo, a Revolução foi vitoriosa, pois o que mais importava era o Brasil e sua constitucionalidade material.

O Brasil é dotado de identidade nacional inquebrantável. Em 1932 não se abriu mão do Brasil ser um “Estado de Direito”; e, como “Estado de Direito”, jamais se permitirá o “Estado contra o Direito”. Este é o valor central do Nove de Julho.

Rousseau, o pai da democracia, ensinou para a humanidade que sem um pacto social, sem uma Constituição, todas as liberdades e direitos fundamentais estão ameaçados por um Estado opressor, que é o “Estado contra o Direito”, sustentado pela ignorância e frouxidão do povo subjugado.

Tal como os Revolucionários Franceses, os nossos Revolucionários, em 1932, a favor de toda a Nação Brasileira, tinham o direito e o dever de resistir à opressão; e, assim, exigir a Constituição de nossa República, conforme o Artigo 2º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão Francesa de 1789.

Entretanto, cuidado, resistir não significa retroceder. Retrocedemos, em 1937, para o totalitarismo. Pelo contrário, o objetivo revolucionário de 1932 era avançar e evoluir nosso sistema constitucional, que, ao final, prevaleceu com a nossa atual Constituição Cidadã de 1988.

*Id est*, no Brasil, em um glorioso curso heroico, houve a afirmação histórica e evolutiva do Estado Democrático de Direito, sendo que a Revolução Constitucionalista de 1932, iniciada pelo Nove de Julho, teve participação marcante e decisiva.

#### *4.5 Da Constituição da República de 1934*

Consequência direta da Revolução Constitucionalista, o Presidente Getúlio Vargas viu-se forçado a reabrir o Congresso Nacional e patrocinar a elaboração da [Constituição da República de 1934](#).

Aos 16 de julho de 1934, os representantes do povo brasileiro, pondo a confiança em Deus, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegurasse à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretaram e promulgaram a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, restabelecendo nosso “Estado de Direito”, com a garantia dos direitos fundamentais e a separação de poderes do Legislativo, Executivo e Judiciário.

No entanto, o Ditador Getúlio Vargas não admitiu o “Estado de Direito”. Retrocedendo, por força do [Decreto Legislativo nº 6, de 18 de dezembro de 1935](#), que emendou a Constituição da República de 1934, a Câmara dos Deputados, com a colaboração do Senado Federal, autorizou o Presidente da República Getúlio Vargas a declarar a comoção intestina grave, com finalidades subversivas das instituições políticas e sociais, equiparada ao estado de guerra, em qualquer parte do território nacional.

#### *4.6 Da Constituição da República de 1937*

O Presidente Getúlio Vargas em 1935 suspendeu a Constituição de 1934, instaurando novo “Estado Totalitário” no Brasil.

Fechou o Congresso e assinou uma nova [Constituição, em 10 de novembro de 1937](#). “Getúlio Vargas fez um pronunciamento que tentava justificar a instauração do novo regime. Em sua “Proclamação ao povo brasileiro”, Vargas defendia o golpe como a única alternativa possível diante do clima de desagregação e de afronta à autoridade em que mergulhara a nação. Referia-se, entre outras coisas, ao perigo do comunismo, lembrando a radicalização política que atingira o país e anunciou uma série de medidas que pretendiam promover o bem-estar e o desenvolvimento da nação, entre elas a submissão dos governadores dos estados ao gover-

no federal e a eliminação dos órgãos legislativos, o que levaria à criação de novas interventorias e departamentos administrativos.”<sup>1</sup>

De fato, sob o pretexto de que estava a assegurar à Nação a sua unidade, o respeito à sua honra e à sua independência, e ao povo brasileiro, sob um regime de paz política e social, as condições necessárias à sua segurança, ao seu bem-estar e à sua prosperidade, o Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil Getúlio Vargas decretou a Constituição de 1937, assumiu a função legislativa e passou a governar pela expedição de Decreto-Lei.

No dizer do preâmbulo constitucional de 1937, estava-se atendendo às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem, resultantes da crescente agravação dos dissídios partidários, que uma notória propaganda demagógica procurou desnaturar em luta de classes e da extremação, de conflitos ideológicos, tendentes a se resolver em termos de violência, colocando a Nação sob a funesta iminência da guerra civil; assim como se estava a atender ao estado de apreensão criado no país pela infiltração comunista, que se tornava dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente.

Então, pela Constituição da República de 1937, mais uma vez, retrocedeu o nosso “Estado de Direito” para voltar a ser um “Estado contra o Direito”, um “Estado Totalitário” sob a ditadura de Getúlio Vargas.

#### *4.7 Da Constituição da República de 1946*

Naqueles dias de fim da Segunda Guerra em que estava sendo derrotado o Nazifascismo, ficou insustentável o “Estado Totalitário” de Getúlio Vargas, que decretou a [Lei Complementar nº 9, de 28 de fevereiro de 1945](#), em que estabelecia novo ambiente eleitoral com eleição direta para presidente da república, tendo sido fixada a data de 2 de dezembro para a realização do pleito. Ainda, em 18 de abril de 1945, pelo [Decreto-](#)

---

<sup>1</sup> <https://www.al.sp.gov.br/noticia/?id=264668>

[Lei nº 7.474](#), o Ditador concedia anistia a todos quantos tivessem cometido crimes políticos desde 16 de julho de 1934.

Mesmo assim, o Presidente Getúlio Vargas renunciou por imposição militar, tendo deixado o poder em 31 de outubro de 1945.

Novamente, restabelecendo o “Estado de Direito” no Brasil, aos 18 de setembro de 1946, a Assembleia Constituinte, composta pelos representantes do povo brasileiro, reunidos, sob a proteção de Deus, para organizar um regime democrático, decretou e promulgou a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, que assegurou os direitos fundamentais e estabeleceu a separação de poderes, tendo sido ordenado a todas as autoridades, às quais couber o seu conhecimento e a execução, que a executasse e fizesse executar e observar fiel e inteiramente como neles se contém.

#### *4.8 Da Constituição de 1967 e Emenda nº 1 de 1969*

Mais uma vez, ocorre no Brasil, em 1 de abril de 1964, uma revolução, na qual pelo [Ato Institucional nº 1](#), de 9 de abril daquele ano, a liderança revolucionária assumia poder constituinte tendo, novamente, retrocedido nosso “Estado de Direito” para “Estado Totalitário”.

Neste contexto, foram entregues ao Brasil a [Constituição de 1967](#) e a [Emenda de 17 de outubro de 1969](#), pelas quais o Governo central mitigou os poderes constituídos, assim, os direitos fundamentais, tendo passado a legislar por Decreto-Lei.

## **5 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988 – A CONSTITUIÇÃO CIDADÃ**

O Brasil se redemocratizou pela busca da restauração de seu “Estado de Direito”. A Presidência da República passa para as mãos de um civil, José Sarney, que toma posse aos 15 de março de 1985.

Sob a presidência de José Sarney, imediatamente foi conquistada a abertura política, pela liberdade de criação de partidos, e a eleição direta

para presidente da república, através de [Emenda Constitucional nº 25, de 15 de maio de 1985](#).

Em seguida, pela [Emenda 26, de 27 de novembro daquele mesmo ano de 1985](#), foi convocada a Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana, com a simultânea concessão da anistia a todos os servidores públicos civis da Administração direta e indireta e militares, punidos por atos de exceção, institucionais ou complementares; igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos, e aos dirigentes e representantes de organizações sindicais e estudantis, bem como aos servidores civis ou empregados que tinham sido demitidos ou dispensados por motivação exclusivamente política.

Enfim, restabelecendo-se o “Estado de Direito”, aos 5 de outubro de 1988, os representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgaram, sob a proteção de Deus, a [Constituição da República Federativa do Brasil](#), na qual, como cláusula pétrea, se assegurou os direitos fundamentais e se confirmou a separação de poderes, independentes e harmônicos entre si, correspondente aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

### *5.1 Da Natureza Originária da Constituição Federal de 1988*

Como pode se ver, a história do constitucionalismo brasileiro é marcada por avanços e retrocessos, nos quais ora é instituído o “Estado de Direito”, ora é reintroduzido o “Estado contra o Direito”, que é o “Estado Totalitário”, que realmente corresponde a um “Estado Fascista” que é aquele que sustenta um regime político concentrado, com prejuízo aos direitos fundamentais e a separação de poderes, nas mãos do líder do governo sob o pretexto de assegurar a eficiência do Estado na condução da vida política e da gestão econômica da Nação.

Realmente, a Constituição de 1988 rompe com o sistema anterior, convolvando no Brasil o “Estado Totalitário” em “Estado de Direito”, o que por si só lhe outorga a natureza de norma constitucional originária e revolucionária, não obstante tenha sido promulgada de forma pacífica e negociada entre os atores políticos da oportunidade, inclusive com a concessão de anistia para os contrarrevolucionários de 1964, como também para os revolucionários.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS: DA REVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL DE 1988**

Mercê desta circunstância, em que pese ter havido uma considerável manutenção e continuidade na ordem jurídica, o Sistema Constitucional de 1988 não é derivado e, assim, não representa um continuísmo do sistema anterior.

A Constituição Federal de 1988 é revolucionária.

A ruptura entre o Sistema Constitucional de 1988 e o anterior está na restauração do “Estado de Direito” no Brasil e o ápice de seu centro de gravidade corresponde à absoluta consagração do componente Democrático e do Humanismo Jurídico, consubstanciado pelo reconhecimento da Dignidade da Pessoa Humana e dos Direitos Humanos.

Nunca antes, uma Constituição Brasileira havia consagrado, como fez a de 1988, que o nosso país é um “Estado Democrático de Direito”, assim como a Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Humanos.

Foi inédito na afirmação histórica do “Estado de Direito” no Brasil, ter a Constituição da República de 1988 instituído o componente Democrático como substância de nosso Estado de Direito e o Humanismo Jurídico como sua luz e direção.

Pela Constituição da República de 1988, o componente Democrático passou a ser substância do nosso “Estado de Direito” a ponto de a Carta proclamar o “Estado Democrático de Direito”, o que significa a representatividade política igualitária radical do povo brasileiro, da qual ninguém fique de fora ou em situação de inferioridade.

Ainda, a um só tempo e por sincronicidade, instituindo uma singularidade jurídica quântica com o “Estado Democrático de Direito”, a Constituição Federal igual e ineditamente consagrou o Humanismo Jurídico pela Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Humanos, de modo que o humanismo deixou de ser uma perspectiva moral e opcional, para passar a ser constitucional e insuperável.

Para o Humanismo Jurídico, a consequência, a partir da Constituição da República de 1988, foi simples, no sentido de que o Sistema Constitucional Brasileiro é humanista.

Concluindo, a partir da revolucionária [Constituição da República de 5 de outubro de 1988](#), todo e qualquer ato antidemocrático ou anti-humanista é inconstitucional, seja por parte do Estado, seja por parte do Particular.

Ser democrata e humanista não é opcional!

## Referências

ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO (ALESP). **Constituições de 1934 e 1937**: a era Vargas. 16 jul. 2002. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/noticia/?id=264668>. Acesso em: 26 out. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 05 out. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 06 out. 2021

BRASIL. **Lei complementar nº 150, de 1º de junho de 2015**. Dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico; [...]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp150.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp150.htm). Acesso em: 06 out. 2021.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Edipro. São Paulo: 2015.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Pilares. São Paulo: 2013.

SAYEG, Ricardo. Os valores do Nove de Julho. **Migalhas de peso**. 14 jun. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/348445/os-valores-do-nove-de-julho>. Acesso em: 14 out. 2021.

# **CAPÍTULO 2: A REGULAÇÃO ECONÔMICA NO BRASIL E OS PRESSUPOSTOS DA ESCOLA AUSTRIACA**

## **CHAPTER 2: ECONOMIC REGULATION IN BRAZIL AND THE BASICS OF AUSTRIACA SCHOOL**

*José Laurindo de Souza Netto*

*Adriane Garcel*

*Karen Paiva Hippertt*

**RESUMO:** O objetivo do trabalho é examinar a regulação econômica no Brasil sob o viés dos pressupostos fundantes da Escola Austríaca. Considerando o espaço de liberalidade que a constituição conferiu ao administrador, a problemática reside em perquirir a ordem econômica atual à luz das correntes de pensamento e dos pacotes econômicos em um contexto interdisciplinar. Para tanto, utilizou-se o método lógico dedutivo, combinado aos precedentes de pesquisa bibliográfica e documental. Como principal contribuição do trabalho, observa-se que, apesar da formação liberal do Ministério da Economia, na prática, houve um distanciamento dos pilares liberais dispostos no plano governamental. Por fim, como resposta à problemática proposta, verifica-se o plano de retomada pós-pandemia como uma tentativa de recobrar a agenda pró-mercado, sem a qual, em um cenário tão crítico, estar-se-ia diante do ponto de não retorno da economia.

**Palavras-chave:** regulação econômica; Brasil; Escola austríaca.

**ABSTRACT:** The objective of the work is to investigate economic regulation in Brazil in the light of the foundations of the Austrian

School. Considering the space of liberality that the constitution gave to the administrator, the problem lies in investigating the current economic order in the light of currents of thought and economic packages in an interdisciplinary context. Therefore, the logical deductive method was used, combined with the precedents of bibliographic and documentary research. As the main contribution of the work, it is observed that, despite the liberal formation of the Ministry of Economy, in practice, there was a detachment from the liberal pillars arranged at the governmental level. Finally, in response to the proposed problem, the post-pandemic recovery plan is seen as an attempt to recover the pro-market agenda, without which, in such a critical scenario, one would be faced with the point of not return of the economy.

**Keywords:** economic regulation; Brazil; Austrian school.

## 1 INTRODUÇÃO

Tamanha é a importância da ordem jurídica constitucional que o constituinte a ela conferiu título específico na [Constituição Federal](#), demarcando os limites, valores e regras a serem observados.

Não obstante a isso, a constituição deixou a encargo do administrador eleito pelas maiorias em cada momento histórico tomar um número considerável de decisões no que se refere a matéria.

Os art.170 a 192, por seu turno, aspiram à salvaguarda de um estado liberal com proteção da livre iniciativa.

Além disso, a ordem econômica é regida pelos princípios da soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, proteção do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e do tratamento diferenciado para as empresas de pequeno porte.

No entanto, não foi sempre assim. A ordem econômica apenas foi incluída nas constituições a partir da percepção, em meio ao Estado Social,

de que se trata de temática central da esfera social, da qual todos os demais direitos dependem para que se concretizem.

Com o Estado Democrático, ela continua a fazer parte do texto constitucional, no entanto, sem a pretensão de delinear a atividade econômica, apenas no intuito de garantir determinados direitos ao indivíduo. Embora não socializante, traz normas que visam à organização jurídica fundamental de determinada ordem econômica.

A importância da economia para as esferas da vida, em especial, às demandas práticas mais prementes ao momento histórico, ditando a qualidade da vida das pessoas, a riqueza e pobreza das nações, inclusive, é refletida na inter-relação que possui com o Direito.

A análise econômica do direito (AED) possibilita a adoção da teoria econômica e seus métodos na construção de uma ciência jurídica com relevância prática, que atenta às consequências. Serve de verdadeiro instrumental para a obtenção de resultados ótimos no contexto de uma sociedade cada vez mais complexa e com recursos escassos. Os ferramentais teóricos e empíricos, econômicos e das demais ciências, são empregados de modo a propiciar o exame dos custos e benefícios probabilísticos, econômicos, sociais e culturais, das diversas alternativas antes da tomada de decisão, segundo as preferências e informações disponíveis, dentro da perspectiva da ética consequencialista.

No entanto, a temática não é assim tão simplória. O objeto de estudo da economia é complexo e diversos são os pensamentos, abordagens e interpretações adotados pelas correntes teóricas, em particular, quanto ao grau de intervenção na economia.

No que se refere à linha liberal adotada na Constituição Federal duas escolas se destacam, a Escola Austríaca de Economia e a Econômica de Chicago, que não resultam, no entanto, de uma coerência geral de um sistema fechado, tornando-se essencial a compreensão dos principais postulados, regulações e experiências práticas oriundas de sua aplicação. Contudo, por uma questão de delimitação de tema, o presente artigo restringe-se a exegese apenas da Escola Austríaca de Economia.

No mundo dos fatos, por sua vez, a história do país revela em muito as opções administrativas e legislativas de cada época, bem como, o cenário econômico, político e ideológico que as impulsionou. Considerando, ainda, o espaço de liberalidade que tem o administrador, a leitura da ordem econômica deve se dar, não destacadamente, à luz do Direito, mas, também, à luz da história e dos planos econômicos.

Partindo destas reflexões, a exposição se desenvolverá em quatro capítulos, para além da introdução e conclusão. Apresentar-se-á, primeiramente, os ditames da ordem econômica constitucional e a análise econômica do direito. Na sequência, analisar-se-á a escola Austríaca à luz de seus fundamentos históricos, postulados, regulação e experiências práticas de aplicação em diferentes países. Por fim, serão investigados os pacotes econômicos brasileiros dentro do contexto histórico que os influenciou, inclusive, o de retomada do país no pós-pandemia.

Para a elaboração, será utilizado o método lógico dedutivo e análise de conteúdo, combinados aos precedentes de pesquisa bibliográfica e documental.

## **2 A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL**

A ordem econômica consiste na “expressão de [...] certo arranjo econômico, dentro de um específico sistema econômico, preordenado juridicamente. É a sua estrutura ordenadora, composta por um conjunto de elementos que confronta um sistema econômico.” (TAVARES, 2006, p. 81).

Trata-se de sistema composto pelas ordens privada, econômica e social que a partir da constitucionalização expressa, regulamentada a temática de modo sistemático, passou a fazer parte da ordem jurídica. (TAVARES, 2006, p. 81).

Destarte, é “o conjunto de normas que realizam uma determinada ordem econômica no sentido concreto, dispondo acerca da forma econômica adotada” no país. (TAVARES, 2006, p. 83).

Conforme esclarece Peña de Moraes (2020, p. 825), dois são os ângulos pelos quais a “ordem econômico financeira” pode ser investigada.

Na ótica do art. 170 da CF a ordem econômica é vista como “conjunto de relações econômicas.” Já na do art. 173, § 5º, da CF, é tratada como “complexo de normas reguladoras do comportamento dos sujeitos econômicos, isto é, conjunto de regras e princípios jurídicos de conformação do processo econômico, mediante o condicionamento da atividade econômica a determinados fins políticos do Estado”.

Não obstante, o fato de o constituinte originário a ela ter dedicado título específico na Constituição Federal revela a importância da temática para o desenvolvimento da democracia. (FERREIRA FILHO, 2015, p. 301).

O *caput* do artigo 170 da Constituição Federal deixa clara a forma com que o Estado deve intervir na economia, delineando os objetivos e fundamentos da ordem econômica.

Os artigos 170 a 192, em síntese, aspiram à salvaguarda do Estado Liberal, com proteção da livre iniciativa enquanto princípio guia da Ordem Econômica, combinada à proteção dos direitos sociais, com tutela da “existência digna, conforme os ditames da justiça social”. Além disso, devem ser observados os princípios da soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, proteção do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e o tratamento diferenciado para as empresas de pequeno porte.

A rigor, o princípio da soberania nacional impõe o autodeterminismo na criação da política econômica, que deverá se dar sem influência de pressão e interesse estrangeiro, respeitada a soberania nacional.

Mormente, considerando a ligação entre soberania e independência econômica, a leitura sistemática, em conjunto com os arts. 3, II, 192, e 219, redefine o princípio fazendo com que corresponda à condução pelo Estado dos “nichos de sua economia em políticas de desenvolvimento socioeconômico sustentável, a fim de alcançar sua plena soberania” (FIGUEIREDO, 2013, p. 245).

A Ordem Econômica traçada na redação conferida à Constituição 1988 reflete a superação de um contexto autoritário, vivido ao longo de décadas, com grande ambição e esperança quanto às atribuições sociais do Direito. (FIGUEIREDO, 2013, p. 245).

As normas constitucionais que tratam da temática vêm contempladas com diversas promessas a serem introduzidas no mundo dos fatos, que vão desde a educação até a livre-iniciativa privada com proteção do trabalho.

Por seu turno, nítido é o caráter econômico da constituição que define “os campos de atuação das iniciativas pública e privada, o regime regente da relação capital/trabalho e os princípios orientadores da atividade financeira.” (BOULOS, 2007, p. 1236).

Hodiernamente, suas dimensões tradicionais foram ampliadas, dividido o título VII em quatro capítulos: **(I)** princípios gerais da atividade econômica (arts. 170 a 181); **(II)** política urbana (arts. 182 e 183); **(III)** política agrícola, fundiária e reforma agrária (arts. 184 a 191); **(IV)** sistema financeiro nacional (art. 192).

Destarte, verifica-se a frequente associação entre as constituições modernas com os sistemas e regimes econômicos, contempladas às pautas econômicas basilares. Inclusive, pode-se falar em uma necessária ligação entre constituição política e econômica.

## *2.1 Análise econômica do direito*

A discussão em torno da relação entre economia e direito não é recente e, aprioristicamente, difícil cogitar qualquer correlação.

Isto porque, “Enquanto a eficiência se constitui no problema fundamental dos economistas, a justiça é o tema que norteia os professores de Direito [...], é profunda a diferença entre uma disciplina que procura explicar a vida econômica (e, de fato, toda ação racional) e outra que pretende alcançar a justiça como elemento regulador de todos os aspectos da conduta humana. Essa diferença significa, basicamente, que o economista e o advogado vivem em mundos diferentes e falam diferentes línguas.” (STIGLER, 1992, p. 462).

Não obstante, como a ciência do dever ser se relaciona com a ciência econômica, cujos objetivos e metodologia são completamente distintos, é o que evidencia a disciplina da Análise Econômica do Direito (AED).

A AED possibilita a adoção da teoria econômica e seus métodos na construção de uma ciência jurídica com relevância prática, que atenta às consequências.

Com efeito, “é o campo do conhecimento humano que tem por objetivo, empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas.” (GICO, 2010, p. 8).

No entanto, não foi sempre assim. Preliminarmente, até o ano de 1960, a AED era relacionada ao Direito da Concorrência, “Antitrust Law”, em particular, ao domínio da regulação de mercados e intervenção do Estado.

Foi apenas com os estudos de Ronald Coase e Guido Calabresi, em 1960, que a investigação se estendeu às áreas de propriedade, contratos, responsabilidade, criminal, processual, família e constitucional. O rigor metodológico e autonomia da disciplina, por seu turno, originaram-se das investigações realizadas nas universidades norte-americanas, sobretudo, por Guido Calabresi, Ronald Coase e Gary Becker.

Desde então, no mundo jurídico, a Análise Econômica do Direito (AED) tem sido crescentemente utilizada como instrumental para obtenção de resultados ótimos no contexto de uma sociedade cada vez mais complexa e com recursos escassos.

Baseada nos métodos da teoria microeconômica, a Análise Econômica do Direito propicia exame dos custos e benefícios probabilísticos, econômicos, sociais e culturais, das diversas alternativas antes da tomada de decisão, segundo as preferências e informações disponíveis, dentro da perspectiva da ética consequencialista.

Os ferramentais teóricos e empíricos são empregados “para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências”. Com eles, o melhor do direito e das instituições legais é alcançado, obtendo-se escolhas excelentes que facilitam o uso eficiente dos recursos escassos. (FUX, 2021, p. 25).

No que lhe concerne, o método consequencialista é fundamental à análise econômica do direito que dele faz uso para investigar os fenômenos do mundo jurídico sob o prisma das consequências, problemas sociais (diagnóstico) e reações das pessoas (prognose). Acerca do panorama traçado, Ivo T. Gico Jr. (2010. p. 8):

De forma geral, os juristas estão preocupados em tentar responder duas perguntas básicas: (i) quais as consequências de um dado arcabouço jurídico, isto é, de uma dada regra; e (ii) que regra jurídica deveria ser adotada. A primeira parte da investigação refere-se à AED positiva (o que é) enquanto a segunda à AED normativa (o que deve ser).

Nesta esteira, o principal atributo da análise econômica consiste em centralizar a investigação nas consequências das normas jurídicas, que é o que realmente importa quando se pretende o cumprimento dos objetivos eleitos pela sociedade de modo eficiente.

Ademais, três são os aspectos que a AED pode assumir: **(1) heurístico**, centrado na identificação da racionalidade que corrobora a formação dos institutos jurídicos conferindo-lhes coesão; **(2) descritivo**, investigar as consequências sociais das normas; **(3) normativo**, precisar as normas mais acertadas, considerando a eficiência alcançada com base na análise dos primeiros aspectos que compõe a chamada análise econômica do Direito positiva. (FUX, 2021).

Assim, a conduta racional maximizadora, adotada pelos agentes econômicos, que leva em consideração que toda escolha implica um custo oportunidade, *trade-off*, dentro da máxima popular de que “tudo na vida tem um preço”, é abarcada pela disciplina que aplica às normas jurídicas a concepção de eficiência, de custo-benefício. (GICO, 2011. p. 22).

A ruptura da visão unidimensional do direito com a, conseqüente, promoção da interdisciplinaridade com as demais áreas do conhecimento, literatura, sociologia, antropologia e, em particular, com a economia, permite a reversão do processo que Garrett Hardin (1968) intitulou de “tragédia dos comuns” — o descompasso entre as necessidades da humanidade e os recursos disponíveis.

Considerando, ainda, que a ciência econômica afeta todas as esferas da vida, fundamentalmente, as demandas práticas mais prementes ao momento histórico, ditando a qualidade da vida das pessoas, a riqueza e pobreza das nações (BOETTKE, 2012), não há como o direito ignorar sua relevância, deixando de lado a análise das consequências quando da tomada de decisões e elaboração das normas, sem que tenda a insensatez.

Dito isto, infinitos são os benefícios fornecidos pela economia ao exame de problemas jurídicos, precisamente, dado o “caráter científico da sua abordagem, suprimindo uma carência estrutural e metodológica que estudiosos do Direito não lograram satisfazer internamente.” (FUX, 2021, p. 25). Inclusive, pode-se falar em uma “análise científica do Direito”, ao invés de econômica, em substituição à imprecisão terminológica. (FUX, 2021, p. 4)

Em conclusão, tem-se que o rigor metodológico da AED serve de sustentáculo à criação de leis gerais, ao passo que vence a aparente complexidade e imprevisibilidade das relações de causa e efeito oriundas do comportamento humano.

Não obstante a isso, dada a complexidade do objeto de estudo da economia, a divergência de pensamentos entre as diversas correntes teóricas é inevitável. Diversas são as abordagens e interpretações, principalmente, no que se refere ao grau de liberalismo ou intervencionismo.

Diante disto, faz-se necessária breve introdução acerca da Escola Econômica Austríaca.

### **3 A ESCOLA ECONÔMICA AUSTRÍACA. FUNDAMENTOS HISTÓRICOS**

Estabelecida no século XIX, com o advento da obra “Princípios de Economia Política”, de Carl Menger (1840–192), professor de Economia Política na Universidade de Viena, a Escola Austríaca de Economia é uma das mais significativas correntes da ciência econômica e a que mais cresce na atualidade. A nomenclatura “Austríaca”, aliás, remete à origem do

nome de seus fundadores, majoritariamente austríacos. Hodiernamente, no entanto, a pesquisa e difusão da escola se espalham por todo o globo.

Diferentemente do que o nome sugere, foram os pós-escolásticos espanhóis nos séculos XIV e XV que lançaram as premissas da Escola Austríaca: subjetivismo da utilidade e custo; individualismo metodológico; inflação e ciclos econômicos como fenômenos causados por distúrbios monetários; defesa da propriedade privada; mercados como processos dinâmicos; princípio da ação humana como guia; interdisciplinaridade, com união entre Ética, Política e Economia; preferências intertemporais; concepção inicial sobre as ordens espontâneas; liberdade de preços; livre comércio; informações insuficientes, dispersas e interpretadas subjetivamente; conceito de tempo real em oposição ao newtoniano (IORIO, 2015).

Ao investigar a compreensão da extensão da ação humana e organização social, os pós-escolásticos evidenciaram a existência de leis da economia dentro da lógica de causa e efeito que explicavam, dentre outras, as leis da oferta e da demanda, causas da inflação e a natureza subjetiva do valor econômico.

Antes mesmo do advento da Escola Austríaca, os teólogos morais já incitavam os governos a seguirem pelo caminho da ética, destacando a importância dos negócios, dos direitos de propriedade, livre comércio e contrato, opondo-se aos impostos, controle de preços e qualquer regulamentação contrária à livre iniciativa. Seus ideais refletem a maioria das características da Escola Austríaca. É o que destaca Soto (2010, p. 41-73):

A pré-história da escola austríaca de economia pode ser encontrada nas obras dos escolásticos espanhóis, em seus escritos no período conhecido como ‘Século de Ouro espanhol’, que decorreu de meados do século XVI até o século XVII. Quem eram estes percursos intelectuais espanhóis da Escola Austríaca de Economia? A maioria deles era formada por escolásticos que ensinavam moral e teologia na Universidade de Salamanca, cidade espanhola medieval localizada a 150 km a noroeste de Madri, perto da fronteira da Espanha com Portugal. Esses escolásticos, principalmente dominicanos e jesuítas, articularam a tradição subjetivista,

dinâmica e libertária a que, duzentos e cinquenta anos depois, Carl Menger e seus seguidores iriam dedicar tanta importância. Talvez os mais libertários de todos os escolásticos, especialmente em seus últimos trabalhos, tenha sido o padre jesuíta Juan de Mariana.

Por seu turno, em 1730, o economista franco-irlandês Richard Cantillon lançou tratado inaugural sobre a economia a partir da obra “Ensaio sobre a natureza do comércio em geral”.

Na sequência, foi a vez de Anne Robert Jacques Turgot (1727-1781) cujos estudos foram seguidos por Jean Baptiste Say (1767-1832) e Claude Frederic Bastiat (1801-1850).

Considerado o fundador da Escola Austríaca, Carl Menger surge no século XIX estruturando, a partir da teoria da utilidade marginal, alguns dos principais pilares da escola de economia, o subjetivismo e a utilidade marginal, que iriam influenciar toda uma sequência de economistas que passariam a compor a escola, refutando a teoria do valor do trabalho defendida, dentre outros, por Karl Marx.

Ainda, com a obra “Princípios de Economia Política” o professor buscava definir os novos fundamentos que tornariam a Ciência Econômica mais densa, “baseada no protagonismo do ser humano em todos os processos e eventos sociais.” (CARNEIRO, 2018) — um contraponto ao objetivismo da escola clássica anglo-saxônica.

Ademais, conjuntamente com Eugen von Böhm-Bawerk (1851-1914), direcionava duras críticas aos teóricos socialistas e às teorias defensoras da intervenção estatal que desconsideravam as influências da ação humana individual, imbuída de desejos e necessidades variáveis, e o tempo. Bawerk, por seu turno, dedicava-se a investigar o valor, preço, capital e o juros. Sua teoria do capital foi essencial à manutenção de um dos pilares da teoria econômica austríaca.

No entanto, foi com Ludwig von Mises e seu discípulo Friederich A. von Hayek, Nobel de Economia em 1974, que a Escola Austríaca assumiu a sua forma mais influente e acabada. (PEREIRA, 2016).

Ludwig Von Mises (1881-1973) sintetizou as ideias dos teóricos precedentes, destacando-se como um dos expoentes da escola ao criar aquilo que ficou conhecido como praxiologia. O método praxiológico compreende o fator econômico como algo complexo, influenciado pela tríade ação-tempo-conhecimento, elementos que deveriam ser considerados quando da realização de qualquer cálculo (BELTRÃO, 2015).

Além disso, Mises advertiu acerca dos desastrosos resultados do intervencionismo estatal e do capitalismo clientelista nas liberdades individuais, economia e sociedade. No ensaio “Socialismo”, publicado em 1921, desmantelou os pilares da economia socialista comprovando sua inviabilidade técnica. Ainda, no livro “Bureaucracy”, publicado em 1944, criticou a ineficiência e barreiras impostas pelo aparato burocrata excessivo, não limitado a determinadas esferas e reflexo do credo socialista, útil apenas aos próprios burocratas. (CONSTANTINO, 2017). Por fim, sua obra “Ação Humana” foi uma das mais importantes produzidas na história da Escola Austríaca.

Ainda, há que se citar Friedrich Hayke (1899-1992), Claude Frédéric Bastiat (1801-1850) e Murray Rothbard (1926-1995).

Prêmio Nobel de Economia, Friedrich Hayke escreveu a obra “The Constitution of Liberty”, na qual traça o conceito objetivo daquilo que entende por liberdade e sua importância para o mundo.

Para Hayke, “somente a ausência de coerção permite o eterno aprendizado e progresso humano, [...]”, já que o “avanço consiste na descoberta do que fizemos de errado” (CONSTANTINO, 2017. p. 61). Para além, considerando a dispersão do conhecimento que, também, encontra-se em evolução e expansão constante, nenhum ente é capaz de reuni-lo em sua totalidade, por isso, em verdade, acaba tendo um conhecimento fragmentário, tornando-se insensatez conferir o planejamento estatal a um grupo tão restrito e centralizado de pessoas, como é o Estado.

Ainda, em uma de suas obras mais famosas, “O Caminho da Servidão”, o economista faz um alerta ao processo de decadência de sociedades que optam pelo caminho da servidão, como o socialismo.

Outrossim, no século XIX, no contexto da revolução francesa, o economista clássico do liberalismo, Claude Frédéric Bastiat, escreveu a obra “A Lei”, uma crítica à legitimidade da lei que acabou se distanciando de sua própria finalidade e voltou-se à consecução de objetivos completamente distintos dos que motivaram sua própria edição, servindo de instrumento de ambição e iniquidade. Para Bastiat, a lei serve de instrumento de injustiças, o Estado é uma “grande ficção através da qual todos se esforçam para viver às custas dos demais” (CONSTANTINO, 2017, p. 134) e o protecionismo, intervencionismo e socialismo refletem a perversão da lei.

Ademais, Murray Rothbard, economista heterodoxo da Escola Austríaca e figura central do movimento libertário do século XX, avançou em pontos fundamentais da teoria de Ludwig Von Mises, além de desenvolver a vertente do anarquismo, centrando toda sua ética política na ideia de autopropriedade e de soberania do indivíduo. Em 1962, escreveu a obra “Man, Economy and State”.

Neste cenário, tem-se que a Escola Austríaca, em verdade, trata-se de “um vasto e formidável campo do conhecimento humano, que transcende a economia para atuar em um âmbito mais abrangente das ciências sociais, nutrindo-se da filosofia e da cultura humanística.” (MODESTO, 2018, p. 103-117).

Além disso, conforme adverte Ubiratan Jorge Iorio (2014), citando Hayek, a Escola Austríaca não resulta de uma coerência geral de um sistema fechado, não é um corpo fechado. Longe disso, compreende um conjunto de “fragmentos colhidos aqui e ali de diversos autores e que, com o passar do tempo, foram formando um corpo uniforme e razoavelmente comum de conhecimentos, compartilhado pelos estudiosos de cada tendência”. Por isso, é tida, como qualquer outra escola, como “um programa de pesquisa progressivo”, daí a necessidade de compreender adequadamente seus postulados e regulações, bem como as experiências práticas oriundas de sua aplicação.

### *3.1 Postulados e regulação*

Partindo de uma concepção geral e ampla acerca da Ciência Econômica enquanto ciência geral da ação humana, a Escola Austríaca de Economia (EAE) possui enquanto pilar paradigmático a tríade básica composta por ação humana, concepção dinâmica de tempo e limitação do conhecimento. (IORIO, 2013, p. 25).

Objeto de estudo da praxeologia que é, a ação humana corresponderia ao agir voluntário e deliberado do agente impulsionado pela insatisfação, desconforto, ou inquietação, após avaliar que a ação fará transitar para um estado mais satisfatório, confortável e de menos frustração. Do mesmo modo, se dá com as ações no mercado, “Ninguém age para piorar.” (IORIO, 2013, p. 25).

Destarte, “o homem, [...] procura constantemente novos fins e meios, aprendendo com o passado e usando a sua imaginação para descobrir e criar (mediante a ação) o futuro”. Por este motivo, os austríacos consideram que “a economia está integrada dentro de uma ciência muito mais geral e ampla, uma teoria da ação humana (e não da decisão ou escolha humana).” (SOTO, 2015).

O axioma universal da praxiologia e o conceito seminal de ação humana, inclusive, resumem todos os atos econômicos e fazem da ciência econômica corolário universal. O axioma praxeológico reconhecido por Mises como o número um permite que as principais leis econômicas sejam deduzidas. Por isso, não haveria a necessidade de teorias específicas direcionadas à cada região, ao passo que o que há é uma “teoria econômica epistemologicamente correta, que é a que [...] monta peça por peça a partir da observação e do estudo sistemático da ação.” (IORIO, 2013, p. 25).

Ato contínuo, o tempo influência sobremaneira as escolhas, acarretando evolução criativa e alterações imprevisíveis. O “fluxo permanente de novas experiências” faz com que o agir humano acumule novas experiências e conhecimentos, modificando constantemente as ações. (IORIO, 2013, p. 25).

Também, não se pode perder de vista a incompletude e a dispersão do conhecimento entre os agentes do mercado econômico, conforme ad-

verte Hayek. A incerteza genuína, presente na ação humana e corolário da ignorância, é característica do processo de escolha, fazendo com que o grau de acerto/erro das decisões nunca seja absoluto. Até mesmo em meio a um cenário ideal de conhecimento equânime, as influências externas gerariam informações e conhecimentos individuais.

A tríade apresentada permite a construção da concepção da economia à luz da EAE, bem como, compreensão do motivo da rejeição do uso de modelos matemáticos para descrever comportamentos reais: “a economia do mundo real, [...] nada mais é do que o conjunto de todas as ações [...], realizadas sob a forma de transações econômicas, que envolvam escolhas ao longo do tempo, realizadas em ambiente de incerteza genuína.” (IORIO, 2013, p. 26).

Para além da tríade básica, o princípio subjetivista é outro aspecto crucial. Para a Escola Austríaca, a ciência econômica deve ser construída a partir do ser humano real, protagonista e agente criativo dos processos sociais. Em função disso, bens, mercadorias, riquezas, noções de conduta e restrições econômicas são componentes da mente humana. Em contrapartida, a produção é fenômeno espiritual. (IORIO, 2013, p. 26).

Conforme destaca Mises, a função do empresário, permanentemente em desequilíbrio, é evento do mundo real que ocupa posição de destaque na teoria econômica austríaca.

O empresário tem a missão precípua de liderar o processo de criação e buscar informações para a tomada de decisão quanto à alocação de recursos. Além disso, o lucro empresarial puro adviria da descoberta de uma oportunidade de ganho pelo empresário, atuando em seu favor para com ela lucrar; na concepção austríaca, isso não tem nada a ver com a ideia neoclássica de que o lucro resulta da assunção de riscos, ao passo que o risco é apenas mais um custo do processo. (IORIO, 2013, p. 26).

Ademais, diferentemente dos neoclássicos, os Austríacos acreditam na possibilidade de ocorrência dos erros empresariais puros, quando uma oportunidade de ganhos passa despercebida pelos empresários no mercado, dando lugar, quando descoberta, ao chamado “lucro empresarial puro”.

Ainda, partem da concepção subjetiva da informação, como conhecimento “prático, relevante, subjetivamente interpretado, conhecido e utilizado pelo agente no contexto de uma ação concreta” de coordenação empresarial. (IORIO, 2013, p. 21).

Quanto à coordenação empresarial, é considerada processo espontâneo e dinâmico que dá origem a novas informações continuamente. Assim, o problema econômico fundamental resultaria da impossibilidade de se conhecer as alternativas existentes e “a intensidade relativa com a qual se deseja tentar alcançar cada uma delas” (IORIO, 2013, p. 21). Além do mais, os problemas econômicos devem ser estudados em conjunto, sem distinções entre macro e microeconomia.

O custo é outro elemento significativo. Longe da objetividade neoclássica, para os austríacos o caráter do custo é subjetivo e sua determinação (assunção) se dá na proporção do valor subjetivo agregado pelo agente aos fins por ele almejados (bens de consumo).

Ainda, os Austríacos são fiéis ao formalismo da linguagem verbal, o único que permite atingir a essência dos fenômenos econômicos. Para eles, a linguagem matemática dos neoclássicos peca neste sentido.

Por fim, há que se destacar o conceito de previsão. Com efeito, a Escola Austríaca parte da concepção de que, no âmbito da economia, apenas podem ser feitas previsões genéricas, de tendências, *pattern predictions*, conforme enuncia Hayek (SOTO, 2010, p. 27). Estas previsões, qualitativas e teóricas, referem-se apenas ao desajuste e à desordem social causados pela coação social do socialismo e intervencionismo sobre o mercado.

Em economia não há fatos objetivos, o que se têm são ideias individuais que apenas podem ser interpretadas historicamente, a partir de um juízo de compreensão não científico, não objetivo, que pode variar a depender de quem o observa. Os fenômenos empíricos, por seu turno, são complexos e se transformam constantemente, o que impossibilita a verificação objetiva e, por conseguinte, a concretização do objetivo tradicional da econometria e do positivismo. Daí a necessidade um arsenal lógico dedutivo que parta de conhecimentos autoevidentes. (IORIO, 2013, p. 26).

Com relação à regulação econômica, a Escola Austríaca (EA) se difere em muito dos neoclássicos. Não imputa a formação de monopólios às falhas de mercado; muito menos, acredita que o mercado tem condições de operar em circunstâncias perfeitas de concorrência, já que composto por indivíduos que constantemente realizam trocas de preferências. (BRASIL; MACEDO, 2016).

Ao passo que se opõe ao sistema socialista dirigindo-lhe duras críticas, a EAE recepciona o sistema capitalista. Aliás, são as críticas ao modelo socialista que dão corpo à escola, inclusive, podendo-se afirmar que a EA perderia sua forma se, por ventura, cessasse a discussão envolvendo o socialismo, especialmente, o mais à esquerda. (MELLO, 2016).

Não obstante a isso, conforme exemplifica MOREIRA (2016), três são as formas de intervenção dos governos na economia, a perspectiva austríaca que se filia à noção de eliminação de barreiras à entrada é uma delas. Ademais, tem-se a concepção neoclássica que se alinha à fiscalidade e a Escolha Pública que crê no uso de incentivos de mercado como motivação.

A corrente de pensamento Austríaca possui pontos de vista divergentes quanto ao monopólio. Primeiramente, Kirzner (1986) adota duas noções que variam a depender do prazo do planejamento empresarial. No curto prazo há a possibilidade de um produtor alcançar posição monopolista de seu insumo, no entanto, isso não assegura competitividade, mesmo que possua exclusividade em sua oferta, outros bens podem surgir em substituição competindo indiretamente.

Por seu turno, para Mises, o monopólio só terá relevância quando resultar em preço monopolístico, fenômeno de mercado prejudicial que se dá quando o monopolista garante “para si maiores receitas líquidas ao disponibilizar no mercado quantidades menores de seu produto a níveis de preço mais elevados, em vez de vender quantidades maiores a preços inferiores”.

Para Hayek (1985), os avanços tecnológicos, oriundos dos desequilíbrios mercadológicos e gerados pela diferença de conhecimento, dão lugar ao monopólio enquanto produto da superioridade das firmas maiores sobre as menores. O surgimento do monopólio é atribuído por Hayek à

“maior eficiência dos métodos de produção em escala: os métodos mais eficientes possibilitam condições de ganhos de produção a custos unitários decrescentes, e isso leva as pequenas empresas (ineficientes) a serem expulsas do mercado” — processo que irá se perpetuar até que reste apenas pequeno número de empresas grandes.

Destarte, Hayek vislumbra no livre mercado a possibilidade de progresso e novas descobertas. À vista disso, os serviços ruins seriam típicos de monopólios regulados, ou estatais, causados pela intromissão extraordinária e forçada no sistema de preços por reguladores que dele nada entendem (BRASIL; MACEDO, 2016).

O acesso ao mercado, por sua vez, é livre aos consumidores soberanos para o acessarem por vontade própria e conforme sua disponibilidade. A competição é determinada pelo consumidor, “é o consumidor que determina o quanto e em quais atividades se deve investir”. Em verdade, se trata do servir ao consumidor a partir da oferta de algo mais barato do que o disponível no mercado.

Neste contexto, tem-se que a Escola Austríaca parte da premissa de uma intervenção estatal mínima e organização democrática. No geral, acredita que o Estado não precisa ser regulamentado. A regulação se origina de uma má compreensão do funcionamento mercadológico e compromete as liberdades individuais, a concorrência e os consumidores.

Além de sequer possuir mecanismos para correções de erro, como possui o Estado, a regulamentação influencia os custos, preços, salários, inibe a descoberta de técnicas inovadoras de produção, estruturas tarifárias eficientes e contratos trabalhistas ajustáveis. Também, desestimula as novas descobertas e oportunidades, com evasão da corrupção, desviando as atividades empreendedoras para segmentos menos desejáveis.

Conforme destaca Kirzner (2016), seus impactos acabam sendo muito mais graves do que os originados pelas falhas mercadológicas que buscavam evitar ao adotar o modelo regulatório. Por isso, o Estado liberal, que não interfere na economia, seria a melhor alternativa para uma sociedade harmônica, dado que a única instituição que respeita a prevalência do indivíduo e sua liberdade de escolha é o próprio mercado.

Ademais, embora surja em resposta as falhas de mercado, a regulação também se sujeita a falhas, as chamadas falhas de governo.

De acordo com Resende (1997), as falhas de governo originam-se de três fatores, “assimetria de informações, custos de transação e restrições administrativas e políticas”.

No caso das tarifas, por exemplo, a assimetria de informações entre empresa regulada e reguladora se faz presente. Considerando que as empresas reguladas detêm muito mais informações acerca de seus custos operacionais e de investimentos, as tarifas adotadas pelo regulador acabam destoando da realidade e falhando em termos de eficiência, o que não aconteceria em um cenário de livre concorrência, em que os preços praticados, eficientemente, corresponderiam aos custos.

Ainda na seara da assimetria de informação, há outro pilar na falha de governo relacionado a implementação e monitoramento dos contratos. É o que explica Resende (1997, p. 114):

Nos setores de infraestrutura, normalmente os contratos firmados são de duração aproximada de 20 a 30 anos. Como o período é longo e as mudanças de governos e interesses se alteram com as mudanças partidárias, ao longo das concessões os contratos se fragilizam e ocorrem os ditos aditivos de contratos ou Termos de Ajustes de Conduta (TAC). Ao realizarem esses TACs, a situação deixa de ser aquela inicialmente “viável” e passa a ser, na maioria das vezes, uma situação igualmente ineficiente. Isso ocorre porque o ajuste contratual desviou o contrato da situação “ótima” inicial, e esse custo político decorrente do novo acordo é repassado aos consumidores, onerando ainda mais a tarifa. Verifica-se que esse custo está mais associado com o monitoramento do contrato, ou seja, são ajustes realizados ao longo dos contratos. Quanto à implementação dos contratos, principalmente nos setores de infraestrutura, onde existem poucos concorrentes, comumente as empresas operadoras de serviços ou detentoras dos bens a serem disponibilizados aos consumidores realizam os contratos de concessões, usualmente mediante um repasse financeiro ao detentor da obrigação de prestar o serviço. Nos

setores de infraestrutura, é baixo o número de ofertantes dos bens e serviços, situação que normalmente facilita as alianças políticas, permitindo às partes a livre definição da taxa de outorga. Não é comum a intervenção da regulação mediar esses valores; conseqüentemente, tem-se uma regulação econômica frágil, pois esse tipo de repasse pode ter um viés político, o que implica, também, o estabelecimento de uma tarifa que não reflete a modicidade tarifária.

O terceiro elemento refere-se à rigidez dos “procedimentos administrativos, dificuldades referentes à definição das esferas de atuação de diferentes agências governamentais e até mesmo ingerências de caráter político” (BRASIL; MACEDO, 2016).

Para além, uma das problemáticas em torno da concepção da Escola Austríaca advém da adoção do individualismo metodológico como premissa e refere-se ao enfoque exclusivo na competição, deixando de lado a cooperação. A Escola Austríaca foca suas bases em indivíduos em particular, no entanto, todas as decisões tomadas pelo coletivo, Estado, empresa, família, resultam das decisões individuais (MELLO, 2016).

### *3.2 Experiências de sua aplicabilidade em diferentes países*

Apresentados os pilares da Escola Austríaca de pensamento a pergunta que fica é quais experiências tem-se ao redor do globo envolvendo sua aplicabilidade.

Antes de mais nada, há que se recobrar que o paradigma austríaco econômico defende a propriedade privada de meios de produção e o respeito aos direitos individuais inexoravelmente.

Dito isto, tem-se que seus pilares foram suficientemente aplicados nos seguintes países: **(1)** continente americano: Canadá, Estados Unidos e, recentemente, Chile; **(2)** Europa: Reino Unido, Holanda, Bélgica, Alemanha, Suíça, França, Áustria, Dinamarca, Suécia, Noruega, Finlândia e, recentemente, República Tcheca, Eslováquia, Polônia e Estônia; **(3)** Ásia: Japão, Hong Kong, Cingapura e, atualmente, Coreia do Sul e Taiwan; **(4)** Oceania: Austrália e Nova Zelândia.

Todos os países citados, ao seu tempo, seguiram substancialmente os princípios fundamentais da Escola Austríaca de Economia ligados ao livre mercado, com progresso satisfatório. (ROQUE, 2010).

A pouca regulamentação da economia de mercado resultou em uma população poupadora de recursos, permitiu uma grande produção de bens e, conseqüentemente, desenvolvimento nas áreas na ciência e tecnologia.

No entanto, todas as mudanças tecnológicas se voltam aos desejos dos consumidores, à satisfação de suas demandas e necessidades — somente empresários capazes de antecipar isso obtêm êxito.

Outro fator de progresso, proveniente da pouca regulamentação, é o poder coordenativo e de cooperação gerado pela divisão do trabalho. Além disso, há uma valorização social e estímulo para que as pessoas se qualifiquem em áreas em que possuam maior aptidão e afinidade, “no sentido de que aqueles que bem servem aos seus consumidores são recompensados com base no valor que seus consumidores dão aos seus produtos” (ROQUE, 2010).

Conforme adverte Leandro Roque (2010), foi o processo permeado pelos pilares da EAE que levou esses países ao enriquecimento. O arranjo moldado pela principiologia austríaca teve por resultado o rápido crescimento da mão de obra, com maiores ofertas de serviços qualitativos e produtos à população. Também, impactou a redução da taxa de mortalidade infantil e aumento da expectativa de vida, com diminuição da jornada de trabalho e eliminação gradativa do trabalho infantil. Além do mais, houve difusão da cultura e educação, tornando-se comum o acesso, por exemplo, à história, livros e música.

#### **4 ALGUNS APONTAMENTOS SOBRE OS PACOTES ECONÔMICOS BRASILEIROS**

Iniciado em 1º de janeiro de 2019, o governo Jair Bolsonaro herdou uma economia melhor do que Temer, no entanto, ainda com problemas estruturais e macroeconômicos.

Ao todo, quatro eram os nós para desatar, conforme explica Roque (2010): **(1)** questão previdenciária, especialmente, no que se refere aos gastos; **(2)** gastos com funcionalismo público; **(3)** contas públicas do governo que contam com elevados déficits de orçamento; e **(4)** queda profunda do investimento produtivo, sem sinais de reação.

Além disso, a pandemia do COVID-19 que se espalhou em 2020 deu indicativos de uma grave depressão, exigindo a adoção de uma série de medidas. Em maio de 2020, o número de pedidos de seguro-desemprego era 53% acima do total apurado no mesmo mês no ano anterior (RODRIGUES, 2020).

O pacote de medidas econômicas adotadas pelo então ministro da economia do governo Bolsonaro, Paulo Guedes, “Plano mais Brasil”, composto pela PEC do Pacto Federativo, a PEC Emergencial e a PEC dos Fundos Públicos, reflete uma cartilha liberal, com um conjunto de propostas visando reequilibrar as finanças públicas.

Destarte, conforme destaca Ubiratan Jorge Iorio (2018), foi a primeira vez em anos que a cadeira da economia de um governo brasileiro ficou “sob a responsabilidade de um economista verdadeiramente liberal: Paulo Roberto Nunes Guedes, conhecido como um dos mais radicais monetaristas de carteirinha”. Apesar de ter se formado dentro das bases do keynesianismo, na Universidade Federal de Minas Gerais, fez mestrado na Escola de Pós-Graduação em Economia da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro e, posteriormente, quando o departamento de economia da Universidade de Chicago contava com nomes como George Stigler, Arnold Harberger, Harry Johnson, Gary Becker, Robert Lucas Jr. e Milton Friedman, fez seu Ph.D. na universidade, tornando-se um monetarista com forte influência da corrente chicaguista, dentro da fronteira da economia dos ditos “novos clássicos”. Apesar de Guedes admirar a Escola Austríaca, em particular, Mises, Hayek e Rothbard, trata-se de um “Chicago boy padrão”, ao passo que compreende que a metodologia adotada pela Escola Austríaca deveria ser abordada nas Ciências Sociais. Joaquim Levy (BNDES), Roberto Castello Branco (Petrobras) e Rubem Novaes (Banco do Brasil), também, seguem os princípios liberais (CAGLIARI, 2019).

Com relação às propostas de emenda apresentadas no plano econômico elaborado pelo governo, em síntese, a **PEC do Pacto Federativo** prevê a adoção de seis medidas (CAGLIARI, 2019): **(1) ordem fiscal:** formação de um conselho fiscal da República que irá avaliar a situação da economia; uniformização da interpretação de conceitos econômicos, garantindo segurança jurídica; previsão orçamentária de programas e obras, evitando a interrupção de recursos; retirada da eficácia das leis e decisões judiciais sem previsão orçamentária; avaliação quadrienal dos benefícios tributários que, a partir de 2026, não poderão ultrapassar 2% do PIB; **(2) autonomia das regiões:** transferência de royalties e participações especiais aos entes da federação; a partir de 2026, a união deixará de ser fiadora das finanças regionais, apenas dando garantias nas operações realizadas com organismos internacionais; vedação à operação de crédito entre os entes, bem como, a partir de 2026, que a União auxilie entes com dificuldades fiscais e financeiras; **(3) desobrigar, desindexar e desvincular:** União fica desobrigada a dar crédito para que os entes paguem precatórios; parcela do FAT (Fundo de Amparo ao Trabalhador) destinada ao BNDES será de 14%; a arrecadação do salário-educação passa a ser repassada aos Estados e municípios que devem definir o seu uso; manutenção dos percentuais mínimos destinados para a saúde e educação, autorizada a administração conjunta de ambos; desindexação das despesas obrigatórias em caso de emergência fiscal, à exceção dos benefícios previdenciários e BPC; desvinculação da receita pública de órgãos, fundo ou despesa, à exceção das taxas de doações, Fundo de Participação dos Municípios, Fundo de Participação dos Estados e vinculação constitucional; **(4) fortalecimento da federação:** incorporação de municípios com arrecadação própria inferior a 10% e menos de 5 mil habitantes; restrição à criação de municípios; **(5) segurança jurídica:** repasse de royalties e participação especial do petróleo, encerrando disputa judicial acerca da Lei Kandir; proibição do uso de fundos de pensão e depósitos judiciais de ações privadas para despesas do ente federado; **(6) estado de emergência fiscal<sup>2</sup>:** vedação à promoção de fun-

---

<sup>2</sup> O estado de emergência fiscal se dará quando, na União, o Congresso autorizar o desequilíbrio da Regra de Ouro; nos Estados, quando a despesa corrente for superior à 95% da receita.

cionários pelos entes, à exceção de serviço exterior, Judiciário, Ministério Público, policiais, militares e quando não implicar atribuição de função, bem como, da reestruturação de carreira, concurso e criação de verbas indenizatórias; autorizada a redução de até 25% da jornada de trabalho e dos salários dos servidores.

A PEC 2 (Emergencial), por seu turno, divide-se em dois blocos de medidas permanentes e temporárias. As medidas permanentes apenas se distinguem daquelas adotadas na primeira PEC no que diz respeito ao mínimo para a saúde e educação que não são precisados. As medidas temporárias, por seu turno, se diferem do Pacto Federativo apenas em dois pontos, 25% do montante economizado será destinado a projetos de infraestrutura, além disso, as medidas temporárias irão vigorar automaticamente por dois anos (JORNAL COMÉRCIO, 2019).

Por fim, a PEC 3 (Fundos Públicos), prevê o pagamento da dívida pública com o dinheiro que ficar parado nos fundos; utilização prioritária de novos recursos nos programas de erradicação da pobreza e reconstrução nacional; extinção da maioria dos fundos ao final do segundo ano subsequente à aprovação da PEC, sendo que a criação de novos se dará apenas por meio da edição de lei complementar (XAVIER, 2018).

Desta feita, ao menos de início, verifica-se que o governo Bolsonaro adotou as teorias liberais como norte. Dentre as quais, Renan Melo Xavier (2018) destaca como exemplo a redução do estado por meio da privatização da Petrobrás e do Banco do Brasil.

Entre os economistas, as diversas correntes divergem entre si acerca dos benefícios e malefícios da nova roupagem adotada. O presidente do Conselho Federal de Economia (COFECON), Wellington Leonardo da Silva, vê a aplicação das teorias chicaguistas no Brasil como algo negativo, já que a população não tem condições financeiras para suprir suas necessidades básicas. Já para José Carlos Oliveira, professor da Universidade de Brasília (UnB), o domínio técnico da equipe econômica é algo positivo, no entanto, ressalta os desafios políticos da adoção do liberalismo (XAVIER, 2018).

Ato contínuo, a pandemia do COVID-19 levou o país rumo a uma grave recessão, com o PIB acumulando resultados insatisfatórios. Inclusive, uma previsão do Banco Mundial indica que o país terá um dos piores desempenhos dentre os 183 países avaliados até o fim de 2021. (RODRIGUES, 2020)

Neste cenário e com a necessidade de retomada do crescimento, a equipe econômica iniciou um plano de retomada do país alinhado à concepção liberal de que “o Estado não é a solução, é o problema.” (COSTA, 2020).

Além disso, duas diretrizes serão seguidas pelo plano. A “ordem”, voltada ao aumento da segurança jurídica e melhoria no ecossistema de negócios do país; e o “progresso”, relativo aos investimentos públicos e privados, em particular, nas áreas de transporte e infraestrutura.

A previsão é que o plano Pró-Brasil dure cerca de dez anos (REDAÇÃO, 2020) e, dentre as medidas previstas, duas ganham destaque, a criação de um imposto sobre as transações financeiras, estudado com alíquota de 0,3% sobre todos os pagamentos, substituindo os encargos previdenciários cobrados sobre a folha de pagamento, e a reedição da medida provisória da carteira de trabalho verde-amarela, para abrir caminho ao primeiro emprego.

Para Eduardo Gomes, “O imposto sobre transações financeiras é um assunto que demanda muitas discussões, não está resolvido”. Ernesto Lozardo, ex-presidente do Ipea, por seu turno, acredita que “A desoneração da folha de pagamentos beneficia empresas com mão de obra intensiva [...]. Mas um imposto sobre transações, por ser cumulativo, produz um efeito cascata prejudicial à produção industrial.” (COSTA, 2020).

Além disso, as medidas econômicas para retomada do país englobam a aprovação do novo marco regulatório do saneamento básico, com expansão das redes de água e esgoto, um dos grandes gargalos na infraestrutura do país. (COSTA, 2020).

No cenário pós-pandemia, o governo pretende aprovar diversas propostas, no sentido de colocar o país nos trilhos novamente: PEC do Pacto Federativo, PEC dos Fundos Públicos, PEC Emergencial, reforma admi-

nistrativa, tributária, [Nova Lei do Gás](#), autonomia do Banco Central, privatização da Eletrobrás, [Nova lei de Recuperação Judicial](#), simplificação da legislação de câmbio, [PL do Governo Digital](#), [Nova Lei de Finanças Públicas](#), [Nova Lei de Concessões](#), [Plano de Equilíbrio Fiscal](#), novo marco legal do setor elétrico, do saneamento, das ferrovias e do petróleo. (SANT'ANA, 2020).

A agenda governamental também prevê: a simplificação, desburocratização e desregulamentação; redução de encargos trabalhistas, com estímulo às contratações; abertura da economia; estímulo ao mercado de crédito; combate à pobreza e ao desemprego; retomada e criação de empresas.

Por arremate, tem-se que o plano não traz nada novo, apenas consiste em uma tentativa de retomada da agenda pró-mercado focada em três áreas: Programa de concessões e investimentos privados, reformas estruturantes e venda de ativos da União.

Ademais, quando o plano de retomada foi apresentado, em 2020, as críticas se direcionavam, principalmente, à falta de estatísticas, cálculos e projeções acerca dos seus impactos (ROUBICEK, 2020).

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ordem econômica constitucional é tão essencial que a ela a Constituição dedicou capítulo específico. No entanto, não delineou a atividade econômica, apenas trouxe normas fundamentais de organização jurídica, deixando a encargo do administrador eleito pelas maiorias em cada momento histórico tomar uma série de decisões no que se refere a matéria.

Os art.170 a 192, por seu turno, aspiram à salvaguarda de um estado liberal com proteção da livre iniciativa. Além disso, são erigidos à categoria de princípios a soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, proteção do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais, sociais, busca do pleno emprego e o tratamento diferenciado para as empresas de pequeno porte.

Ademais, a importância da economia para as esferas da vida, em especial, às demandas práticas mais prementes ao momento histórico, destaca-se a partir de sua inter-relação com o Direito.

A Análise Econômica do Direito (AED) possibilita a adoção da teoria econômica e seus métodos na construção de uma ciência jurídica com relevância prática, que atenta às consequências. Serve de verdadeiro instrumental que propicia o exame dos custos e benefícios probabilísticos, econômicos, sociais e culturais, das diversas alternativas antes da tomada de decisão, dentro de uma perspectiva de ética consequencialista.

Em contrapartida, o objeto de estudo da economia é complexo e diversos são as abordagens adotadas pelas correntes teóricas.

No que se refere à linha liberal adotada na Constituição Federal, a Escola Austríaca de Economia, estabelecida no século XIX, com o advento da obra “Princípios de Economia Política”, de Carl Menger (1840–192), professor de Economia Política na Universidade de Viena, a Escola Austríaca de Economia distingue-se a partir de uma concepção geral e ampla acerca da Ciência Econômica enquanto ciência geral da ação humana, possuindo como pilar paradigmático a tríade básica composta por ação humana, concepção dinâmica de tempo e limitação do conhecimento.

Outras características da Escola são: o individualismo metodológico, rejeição ao uso de modelos matemáticos para descrever comportamentos reais, concepção subjetivista, possibilidade do cometimento de erros empresariais puros, destaque ao papel do empresário, concepção subjetiva da informação, coordenação empresarial, o problema do custo, formalismo da linguagem verbal e conceito de previsão.

No que se refere à regulação, em particular, concentra-se em atacar os pilares do socialismo de modo a evidenciar suas fraquezas. Além disso, filia-se a concepção de eliminação de barreiras à entrada, com intervenção estatal mínima e organização democrática.

Canadá, Estados Unidos, Chile, Reino Unido, Holanda, Bélgica, Alemanha, Suíça, França, Áustria, Dinamarca, Suécia, Noruega, Finlândia, República Tcheca, Eslováquia, Polônia, Estônia, Japão, Hong Kong, Cingapura, Coreia do Sul, Taiwan, Austrália e Nova Zelândia, são alguns

dos países que adotaram os pilares da Escola Austríaca. Os resultados foram satisfatórios.

No Brasil, em 2019, o presidente atual dá início a tentativa da redução do grande Estado com uma equipe liberal ocupando o ministério da economia e o “[Plano mais Brasil](#)”.

No entanto, na prática, o que perfectibilizou foi uma política fiscal e monetária ultra-expansionista e heterodoxa, “claramente inspirada na Teoria Monetária Moderna, que está à esquerda de Keynes e que já foi considerada radical até mesmo por Paul Krugman.” (GELLER, 2020).

A pandemia do COVID-19 levou o país rumo a uma grave recessão, com o PIB acumulando resultados insatisfatórios (RODRIGUES, 2020). Receitas tributárias caíram, os gastos para combate da pandemia aumentaram e, com isso, o déficit orçamentário explodiu — os níveis são inauditos, a dívida pública sem precedentes (GELLER, 2020).

Neste cenário, o governo anunciou um plano de retomada do país que deve durar cerca de dez anos. Além disso, anunciou cerca de dezesseis Projetos de Emenda à Constituição.

Apesar de não inovar, o plano é uma tentativa de retomar a agenda pró-mercado, sem a qual, estar-se-á diante do ponto de não retorno da economia (D’ AVILA, 2020).

## REFERÊNCIAS

- BELTRÃO, Helio. Afinal, o que houve com Paulo Guedes? [mises.org.br](https://www.mises.org.br), 12 ago. 2020. Disponível em: <https://www.mises.org.br/article/3282/afinal-o-que-houve-com-paulo-guedes>. Acesso em: 26 jan. 2021.
- BELTRÃO, Hélio. O que é a Escola Austríaca. [youtube.com](https://www.youtube.com/watch?v=b6GCJBaYkBI..), 16 dez. 2015. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=b6GCJBaYkBI..> Acesso em: 13 jan. 2021.
- BOETTKE, Peter. **Living economics: yesterday, today and tomorrow**. Oakland: Independent Institute, 2012.
- BOULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRASIL, Raphael Gomes; MACEDO, Joel de Jesus. A regulação econômica na ótica da Escola Austríaca. **Revista da FAE**, v. 19, n. 1, 2016. Disponível em: <https://revistafae.fae.edu/revistafae/article/view/95>. Acesso em: 12 jan. 2021

BRASIL. **Decreto-Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019.** Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica [...]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm). Acesso em: 17 out. 2021.

CAGLIARI, Arthur. Entenda os pacotes econômicos anunciados pelo governo Bolsonaro. **folha.uol.com.br**, 5 nov. 2019, 15:56. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/11/entenda-os-pacotes-economicos-anunciados-pelo-governo-bolsonaro-nesta-terca.shtml>. Acesso em: 26 jan. 2021.

CARNEIRO, Fernando Paz. Escola Austríaca: Principais aspectos e diferenças da neoclássica. **Monografia** (Bacharelado em Ciências Econômicas) – Centro de Ciências Administrativas e Econômicas, UFRR, Boa Vista, 2018.

CONSTANTINO, Rodrigo. **Economia do indivíduo: o legado da Escola Austríaca.** LVM Editora, 2017.

COSTA, Machado da. Equipe econômica tem plano para retomada, mas enfrenta barreiras. **veja.abril.com.br**, 12 jun. 2020, 17:39. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/economia/equipe-economica-tem-plano-para-retomada-mas-enfrenta-barreiras/>. Acesso em: 26 jan. 2021.

D’AVILA, Luiz Felipe. O Brasil não tem mais tempo a perder. Estamos à beira do ponto de não retorno. **institutomillennium.org.br**, 25 nov. 2020. Disponível em: <https://www.institutomillennium.org.br/ultima-chance/>. Acesso em: 28 jan. 2021.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional.** 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FUX, Luiz. **Processo civil e análise econômica.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

GELLER, Anthony P. Nosso pesadelo fiscal e monetário não tem fim – e agora em forma de bomba-relógio (atualizado). Três gráficos para trazer você de volta ao mundo – e o que fazer. **mises.org.br**, 6 jan. 2020. Disponível em: <https://www.mises.org.br/article/3284/nosso-pesadelo-fiscal-e-monetario-nao-tem-fim--e-agora-em-forma-de-bomba-relogio-atualizado>. Acesso em: 26 jan. 2020

GICO, Ivo T. Introdução à análise econômica do direito. *In:* RIBEIRO, Marcia Carla Pereira *et al.* **O que é análise econômica do direito.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

GICO, Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **EALR**, v. 1, n. 1, p. 7-32, jan./jun. 2010.

HARDIN, Garrett. The Tragedy of the Commons. **Science**, v. 162, p. 1243-1248, Dec. 1968.

HAYEK, Friedrich A. Direito, Legislação e Liberdade. v. 1. São Paulo: Visão, 1985. Capítulo 2. *In:* IORIO, Ubiratan Jorge. Evitemos os perigos da “mitologia da coerência” no estudo da história. **mises.org.br**, 3 set. 2014. Disponível em: <https://www.mises.org.br/ArticlePrint.aspx?id=1929>. Acesso em: 12 jan. 2020.

IORIO, Ubiratan Jorge. **Dez lições de economia austríaca – terceira lição: ação, tempo e conhecimento.** São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2012. Disponível em: <https://www.mises.org.br/article/1410/dez-licoes-de-economia-austriaca--terceira-licaoo-acao-tempo-e-conhecimento>. Acesso em: 26 jan. 2021.

IORIO, Ubiratan Jorge. **Dez lições fundamentais de economia austríaca.** São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2013.

IORIO, Ubiratan Jorge. Qual deve ser a postura dos austríacos em relação ao ministro “monetarista”? **mises.org.br**, 7 nov. 2018. Disponível em: <https://www.mises.org.br/article/2960/qual-deve-ser-a-postura-dos-austriacos-em-relacao-ao-ministro-monetarista>. Acesso em: 26 jan. 2021.

IORIO, Ubiratan. **Ação, tempo e conhecimento: a Escola Austríaca de economia.** São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2011. Disponível em: <https://mises.org.br/ArticlePrint.aspx?id=959>. Acesso em: 26 jan. 2021.

IORIO, Ubiratan. Dos Pós Escolásticos a Menger uma Pequena História da Escola Austríaca Ubiratan Iorio. **youtube.com**, 17 jun. 2015. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Ms5RbYMuI3U>. Acesso em: 12 jan. 2021.

JORNAL COMÉRCIO. Entenda as medidas econômicas anunciadas pelo governo Bolsonaro. **jornaldocomercio.com**, 6 nov. 2019, 2:16. Disponível em: [https://www.jornaldocomercio.com/\\_conteudo/economia/2019/11/710913-entenda-as-medidas-economicas-anunciadas-pelo-governo-bolsonaro.html](https://www.jornaldocomercio.com/_conteudo/economia/2019/11/710913-entenda-as-medidas-economicas-anunciadas-pelo-governo-bolsonaro.html). Acesso em: 26 jan. 2021.

KIRZNER, Israel Meir. **Competição e atividade empresarial.** Tradução de Ana Maria Sarda. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1986.

KIRZNER, Israel Meir. The perils of regulation: a market-process approach. Miami: University of Miami School of Law, 1979. *In*: BRASIL, Raphael Gomes; MACEDO, Joel de Jesus. A regulação econômica na ótica da Escola Austríaca. **Revista da FAE**, v. 19, n. 1, 2016. Disponível em: <https://revistafae.fae.edu/revistafae/article/view/95>. Acesso em: 12 jan. 2021.

MELLO, João. Ciro Gomes e a Escola Austríaca de Economia. **jornalggm.com.br**, 11 jul. 2016. Disponível em: <https://jornalggm.com.br/analise/ciro-gomes-e-a-escola-austriaca-de-economia-por-marcos-villas-boas/>. Acesso em: 12 jan. 2021.

MISES INSTITUTE. A posição das escolas austríaca, de Chicago, keynesiana e marxista em 17 questões econômicas. **mises.org.br**, 15 out. 2020. Disponível em: <https://www.mises.org.br/article/1349/a-posicao-das-escolas-austriaca-de-chicago-keynesiana-e-marxista-em-17-questoes-economicas>. Acesso em: 26 jan. 2021.

MODESTO, Leonardo Luiz Cardozo. Tributação e Estado: A Visão da Escola Austríaca de Economia Sobre o Tema. **Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento**. Ano 3, ed. 6, v. 4, p. 103-117, jun. 2018. ISSN:2448-0959. Disponível em: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/contabilidade/tributacao-e-estado>. Acesso em: 1 jan. 2021.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MOREIRA, José Manoel. Regulação e Escola austríaca. **jornaleconomico.sapo.pt**, 28 out, 00:10. 2016. Disponível em: <https://jornaleconomico.sapo.pt/noticias/regulacao-escola-austriaca-83788>. Acesso em: 17 jan. 2020.

PEREIRA, Vitor Moreno Soliano. Constituição de 1988, economia e desenvolvimento: crítica ao intervencionismo a partir da escola austríaca de economia. **XXV Encontro Nacional do CONPEDI – BRASÍLIA/DF**. 2016. Disponível em: <http://conpedi.dani-lolr.info/publicacoes/y0ii48h0/dasuj89a/DDJx08t7CHOJ92sJ.pdf>. Acesso em: 1 jan. 2020.

PINTO, Tales dos Santos. Neoliberalismo e liberdade econômica. **mundoeducacao.uol.com.br**. Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/historiageral/neoliberalismo.htm>. Acesso em: 26 jan. 2021.

REDAÇÃO. Pró-Brasil: Entenda o plano sugerido por Bolsonaro para aquecer economia. **fdr.com.br**, 23 abr. 2020, 14:27. Disponível em: <https://fdr.com.br/2020/04/23/pro-brasil-entenda-o-plano-sugerido-por-bolsonaro-para-aquecer-economia/>. Acesso em: 26 jan. 2021.

RESENDE, Marcelo. Regimes regulatórios: possibilidades e limites. **Pesquisa e Planejamento Econômico**, Rio de Janeiro, v. 27, n. 3, p. 641-664, 1997.

RODRIGUES, Eduardo. Brasil registra 960 mil pedidos de seguro-desemprego em maio, com alta de 53%. **economia.estadao.com.br**, 9 jun. 2020, 11:36. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-registra-960-mil-pedidos-de-seguro-desemprego-em-maio-com-alta-de-53,70003329379>. Acesso em: 26 jan. 2021.

ROQUE, Leandro. A escola austríaca e um tal Renatão. **mises.org.br**, 19 jul. 2010. Disponível em: <https://www.mises.org.br/article/729/a-escola-austriaca-e-um-tal-renatao>. Acesso em: 26 jan. 2021.

ROQUE, Leandro. Os quatro nós que Bolsonaro e sua equipe terão de desatar. **mises.org.br**, 1 jan. 2019. Disponível em: <https://www.mises.org.br/Article.aspx?id=2957>. Acesso em: 26 jan. 2021.

ROTHBARD, Murray N. Elucidando Milton Friedman e a Escola de Chicago. **mises.org.br**, 5 ago. 2011. Disponível em: <https://www.mises.org.br/article/1065/elucidando-milton-friedman-e-a-escola-de-chicago>. Acesso em: 21 jan. 2021.

ROUBICEK, Marcelo. A ausência de Guedes no plano econômico do pós-pandemia. **nexojornal.com.br**, 23 abr. 2020, 14:20. Disponível em: <https://fdr.com.br/2020/04/23/pro-brasil-entenda-o-plano-sugerido-por-bolsonaro-para-aquecer-economia/>. Acesso em: 26 jan. 2020.

SANT'ANA, Jéssica. O plano de retomada da economia na visão do governo – e o que economistas pensam dele. **gazetadopovo.com.br**, 17 maio 2020. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/república/o-plano-de-retomada-da-economia-na-visao-do-governo-e-o-que-pensam-os-economistas/>. Acesso em: 26 jan. 2021.

SOTO, Jesus Huerta de. **A Escola Austríaca: mercado e criatividade empresarial**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

SOTO, Jesús Huerta de. Escola Austríaca. **rothbardbrasil.com**, 19 out. 2015. Disponível em: <https://rothbardbrasil.com/escola-austriaca/>. Acesso em: 26 jan. 2021.

STIGLER, George. Law or Economics? **The Journal of Law and Economics**, v. 35, n. 2. 1992. p. 462.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 2. ed. rev. São Paulo: Método, 2006.

XAVIER, Renan Melo. Escola de Chicago: teorias liberais nortearão o governo Bolsonaro. **metropoles.com**, 24 nov. 2018, 5:30. Disponível em: <https://www.metropoles.com/brasil/economia-br/escola-de-chicago-teorias-liberais-nortearao-o-governo-bolsonaro>. Acesso em: 26 jan. 2021.

# **CAPÍTULO 3: DOS INCENTIVOS FISCAIS DA LINHA BRANCA NA MITIGAÇÃO DOS EFEITOS DA “BOLHA IMOBILIÁRIA” AMERICANA DE 2008 NO MERCADO DE EMPREGO BRASILEIRO**

## **CHAPTER 3: WHITE LINE TAX INCENTIVES IN THE MITIGATION OF THE EFFECTS OF THE 2008 AMERICAN REAL ESTATE BUBBLE ON THE BRAZILIAN EMPLOYMENT MARKET**

*Gustavo Luiz de Matos Xavier*

*Giovani Clark*

**RESUMO:** A crise imobiliária norte-americana de 2008 arrebatou a economia global, provocando forte aumento nas taxas de desemprego em dezenas de países. No Brasil, o governo lançou mão de incentivos fiscais – dentre outros, para a chamada linha branca – na expectativa de que a manutenção da temperatura do comércio iria provocar efeitos positivos na manutenção de postos de trabalho. Este estudo procura avaliar se estas medidas foram efetivas, tendo por base a análise dos índices de emprego do período em comparação com outros países, para averiguar, ao fim, se as medidas fiscais cumpriram seu papel de salvar postos de trabalho ou se apenas representaram uma melhora na rentabilidade das empresas em face da redução da tributação.

**PALAVRAS-CHAVE:** crise imobiliária; desemprego; incentivos fiscais; linha branca.

**SUMMARY:** The 2008 north american real estate bubble affected the global economy and thereafter raised significantly the unemployed number of people. In Brazil, the federal government adopted some strategies to keep the mood of the industry and sales market, specially with tax benefits to products of the known as white line sector. This study aims to verify, thru the comparison with the unemploed index of another countries, the effectivity of this actions to verify if the tax beneficts achivied the main purpose of saving jobs, instead of just raise the profits of the companies due to the reduce of the taxation.

**KEYWORDS:** real state bubble, unemployment, tax benefits, white line products.

## 1 INTRODUÇÃO

O trabalho em condições dignas e sua respectiva remuneração é um direito fundamental do homem. E mais: na medida em que umbilicalmente ligado à sua própria subsistência, o trabalho – independente do ideário econômico adotado pelo Estado – é ingrediente essencial do plexo de direitos que formam e amoldam sua própria condição de cidadão, ou seja, do homem inserido em uma sociedade sobre a qual paira o poder garantidor, regulador e moderador do Estado, conforme nos ensinam, cada um à sua forma, os contratualistas Hobbes, Locke e Rousseau.

No Brasil não seria (e não é) diferente. A [Constituição da República Federativa do Brasil](#) prevê, em seu Título II, texto que consagra os Direitos e Garantias Fundamentais do cidadão, o trabalho como um Direito Social. Além disso, a Constituição fixa condições básicas de subsistência aos cidadãos, também como corolário dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade e do próprio direito à vida. Ademais, estabelece ainda a valorização do trabalho humano como um dos fundamentos da ordem econômica (art. 170 *caput* da CR) e a busca do pleno emprego como um de seus princípios (art. 170, VIII da CR).

Por conseguinte, todo Estado brasileiro deve promover políticas públicas estruturantes que propiciem aos seus cidadãos o acesso ao emprego digno, em condições salubres e com justa remuneração, na medida em que estas ações estão totalmente alinhadas com a “ideologia constitucionalmente adotada” de nossa Lei Maior de 1988, conforme os ensinamentos de Washington Peluso Albino de Souza. Não é um *plus* do Estado em favor dos seus tutelados. É obrigação, é *múnus*. Não deve ser uma política econômica de governo voltada ao trabalho, sobretudo da sua espécie emprego; mas sim, deve ser política de Estado, produzida de forma planejada, objetivando o mundo laboral transformado para uma evolução tecnológica, sempre tão reclamada pelas pandemias (Ebola, Aids, Covid19).

Em setembro de 2008, o estouro do que ficou conhecido como a “bolha imobiliária” americana ou crise do *subprime* americano abalou as estruturas da economia mundial. Em 2009, 47% das nações tiveram retração do PIB, segundo relatório do Fundo Monetário Internacional (FMI, 2010). Uma das consequências mais diretamente sentida mundo afora foi o desemprego, que, segundo a OIT – Organização Mundial do Trabalho, no relatório Tendências Mundiais de Emprego 2010, atingiu o maior nível global até então (OIT, 2010).

A União, buscando estancar a sangria socioeconômica que se instalava naquele momento, tomou uma série de ações para incentivar as atividades produtivas, voltando sua atenção notadamente para o consumo. Através, especialmente, de medidas de desoneração tributária de setores e/ou produtos, o objetivo final da União era manter aquecida a economia e induzir/fortalecer o mercado interno (art. 219 da CR) – à revelia da crise e da queda praticamente global do produto interno bruto das nações –, de tal sorte que, uma vez mantido o consumo (ainda que incentivado pela “possível” redução de preços decorrente da diminuição da carga tributária), a produção industrial e o comércio pudessem manter os postos ativos de emprego.

Há muito questionamento sobre a eficácia destas medidas de política econômica e neste breve estudo faremos uma verificação (objeto), primeiro, da legitimidade das políticas econômicas adotadas com o fito de

manter os postos de trabalho no Brasil em face da crise global decorrente da bolha imobiliária americana. E, em um segundo momento, faremos uma verificação acerca da eficácia das ditas medidas de política econômica. Analisando o comportamento da taxa de desemprego interna (números gerais) e também em comparação com outras nações (Estados Unidos da América, França, Itália e Espanha), buscaremos inferir, a partir desta metodologia, se as desonerações tributárias atingiram seu intento maior: proteger a cidadania do brasileiro através da manutenção dos empregos.

Ademais, esclarecemos que a pesquisa é documental, baseada na doutrina e em dados de entidades como do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), e nosso referencial teórico são as lições sobre “ideologia constitucionalmente adotada” e de intervenção estatal no domínio econômico do introdutor do Direito Econômico no Brasil, o saudoso jurista mineiro Washington Peluso Albino de Souza.

## **2 A RECESSÃO ECONÔMICA NORTE-AMERICANA E SEUS REFLEXOS NO BRASIL**

Em 2007 o mundo experimentou a primeira desaceleração acentuada da economia neste século, com a ruína do mercado de financiamento imobiliário norte-americano. O site *The Federal Reserve History*<sup>3</sup> descreve que esta crise foi desencadeada pela expansão desenfreada do crédito imobiliário em favor de “pagadores duvidosos”, que comprometiam grande parte da sua renda com as parcelas dos financiamentos.

O site afirma que, historicamente, estes devedores não conseguiam obter empréstimos expressivos para comprar seu imóvel residencial, já que, com frequência, mesmo estas operações de menor valor acabavam sendo suportadas por seguros ou mesmo por programas de incentivo à economia do governo norte-americano, pois os tomadores de empréstimos enfrentavam recorrentes dificuldades para adimplir suas “hipotecas imobiliárias”.

---

<sup>3</sup> <https://www.federalreservehistory.org/>

Esclarece ainda que, através da utilização de uma espécie de securitização dos recebíveis de alto risco em fundos de investimentos – o que a princípio teria o objetivo de diluir o risco das operações de financiamento imobiliário –, vários compradores passaram a ter acesso a crédito de maior valor e passaram a adquirir imóveis mais caros. O aumento da demanda fez com que os preços dos imóveis subissem desordenadamente, na mesma medida da elevação da alavancagem dentro do setor imobiliário, especialmente através da renovação da dívida hipotecária, usualmente com aumento do valor tomado em empréstimo.

Noutras palavras, os financiamentos eram concedidos para quitar empréstimos anteriores em uma espécie de espiral no qual o devedor sempre comprometia mais sua renda para endividamento. Tal espiral foi sendo alimentada até sua autodestruição. Em um dado momento, os cidadãos comuns não mais possuíam condições de pagar os financiamentos imobiliários, tendo em vista o comprometimento quase integral de suas rendas; e os bens garantidores dos empréstimos – os próprios imóveis adquiridos – estavam com avaliações superdimensionadas pelo aquecimento do mercado provocado pela facilidade do crédito teoricamente a baixo custo.

Então, em 2007, o mercado imobiliário sofrera uma espécie de “choque de realidade”, acerca do tamanho da alavancagem dos devedores e da supervalorização dos imóveis que deveriam garantir os empréstimos, quando empresas de securitização de empréstimos imobiliários começaram a entrar em processo de falência, arrastando também para a crise todo o sistema bancário norte-americano.

Neste momento, a fragilidade do instrumento financeiro de securitização das dívidas imobiliárias veio à tona: os mutuários não mais conseguiam pagar os empréstimos imobiliários e os imóveis dados em garantia pelos empréstimos não possuíam valor para arcar com a dívida dentro de um mercado com precificação real. A perda foi estimada em 1.3 trilhão de dólares, segundo artigo publicado por Adrian Blundell-Wignall, intitulado *The SubprimeCrisis: Size, Deleveragingand Some PolicyOptions*.

Isso fez com que se instalasse uma enorme crise de confiança entre as instituições financeiras e o mercado. Temendo que outros bancos to-

massem o mesmo caminho do tradicional Lehmann Brothers, que requereu processo de falência em face da bolha imobiliária, os grandes investidores institucionais iniciaram um grande movimento de desinvestimento, mirando abruptamente a liquidez do mercado.

E esta ausência de liquidez, ou seja, a falta de disponibilidade de recursos em uma economia na qual um dos seus pilares é o consumo decorrente da facilidade de crédito (baixo custo de capital em função da inflação e do juro básico próximo a zero) provocou um verdadeiro colapso no mercado na economia americana.

Da noite para o dia, o crédito deixou de estar disponível aos consumidores. As renegociações de dívidas – prática comum não apenas no mercado imobiliário – foram enrijecidas. A falência de instituições financeiras causou o grande temor de que a economia americana iria “quebrar”, pois está umbilicalmente conectada ao crédito e ao consumo. A crise atingiu empresas sólidas, “símbolos” do poder econômico estadunidense e do dito liberalismo. A bolsa de valores composta pelas 500 maiores empresas norte-americanas chegou a cair mais de quarenta por cento e o desemprego passou dos dez por cento. O PIB americano caiu 6,7% somente no quarto trimestre de 2008, demonstrando que a atividade comercial e industrial americana estavam em franco declive. (THE FINANCIAL CRISIS RESPONSE IN CHARTS).

Como sói acontecer sempre nestas situações – vide o que temos presenciado no último ano com a crise causada pela pandemia de COVID-19 – fora necessária a intervenção do Estado com o aporte direto de recursos no setor bancário e com a aquisição de participações societárias em grandes grupos empresariais para evitar uma crise sistêmica. Somente em 2010 e 2011, a injeção de recursos no sistema financeiro para recompra de títulos “podres” e alongamento de dívidas das securitizadoras e instituições financeiras passou da casa dos seiscentos bilhões de dólares.

Since the end of the Great Recession, the Fed has continued to make changes to its communication policies and to implement additional LSAP programs: a Treasuries-only purchase program of \$600 billion in 2010-11 (commonly called QE2) and

an outcome-based purchase program that began in September 2012 (in addition, there was a maturity extension program in 2011-12 where the Fed sold shorter-maturity Treasury securities and purchased longer-term Treasuries). Moreover, the increased focus on financial stability and regulatory reform, the economic side effects of the European sovereign debt crisis, and the limited prospects for global growth in 2013 and 2014 speak to how the aftermath of the Great Recession continues to be felt today. (RICH, 2013).

Obviamente que o “colapso” da maior economia do planeta não iria passar despercebido no Brasil. Após o anúncio da bancarrota do Lehmann Brothers, conhecido como a “segunda-feira negra” – 15 de setembro de 2008 –, as bolsas de valores ao redor do mundo começaram a registrar perda expressiva de valor. O medo tomou conta dos investidores, que, àquela altura, perderam sua confiança no sistema financeiro, nas empresas de *rating* (severamente criticadas por não terem sido minimamente eficientes e/ou por terem sido omissas ao não alertarem para a bolha especulatória do mercado imobiliário americano) e o movimento de desinvestimento acabou afetando todo o sistema financeiro mundial.

A redução de liquidez do mercado interno brasileiro com a fuga do capital estrangeiro, aumento do custo de capital e a retração mundial dos investimentos impactou negativamente o consumo e comprometeu a saúde financeira da nossa indústria e comércio. A tendência era que aqui também se instalasse uma recessão sem precedentes e que o desemprego atingisse patamares extremamente preocupantes.

No final de 2008 e início de 2009, o PIB dos setores de serviços e agronegócios experimentaram queda próxima a três e cinco por cento, respectivamente (BACEN, 2016). De 2008 para 2009 houve uma retração de 13% no ritmo de crescimento das vendas do seguimento de móveis e eletrodomésticos, após um período anterior de cinco anos consecutivos de crescimento, segundo dados da Pesquisa Mensal do Comércio – PMC (IBGE, 2008a; 2009). Ou seja, a crise já mostrava a que veio aqui também no Brasil, afinal, o comércio sempre foi considerado termômetro da economia (MASCARENHAS, 2005).

A União, porém, buscando controlar e amenizar os efeitos da crise econômica global internamente, lançou mão de várias ferramentas e ações visando manter aquecido os setores produtivos e os empregos. Dentre elas, procurou-se incentivar o consumo de equipamentos eletrodomésticos através da concessão de incentivos fiscais para o setor que ficou conhecido como “linha branca” – geladeiras, fogões, freezers etc., – ou seja, o Estado brasileiro lançou mão de uma política econômica setorial enquadrada dentro do Direito Regulamentar Econômico (SOUZA, 2017).

A medida consistiu na desoneração fiscal da fabricação e venda destes produtos, através da isenção total ou parcial do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) e do Imposto sobre Operações Financeiras (IOF) incidentes sobre a industrialização dos ditos produtos e sobre os financiamentos concedidos para a sua aquisição. Os tributos escolhidos para este “programa de aceleração da economia” – IPI e IOF – são aqueles que, justamente pelo caráter extrafiscal, podem ter suas alíquotas alteradas por ato unilateral do Poder Executivo, sem que isso represente ofensa ao Princípio da Estrita Legalidade Tributária, já que prevista dita possibilidade na própria Constituição da República de 1988.

Estas ações foram tidas como acertadas à época, sendo certo que o Brasil, na contramão da tendência mundial, experimentou um crescimento de seu PIB – Produto Interno Bruto tanto no ano de 2008, como nos anos imediatamente subsequentes. Atualmente são alvos de críticas daqueles que atribuem a recessão econômica que experimentamos desde 2014 justamente às ações implementadas pela União naquela oportunidade. Salomão Quadros e André Braz, em publicação de seu Boletim Macro IBRE da Fundação Getúlio Vargas dispõe que tais isenções foram generosas, populistas e não combateram o cerne do problema da baixa competitividade do mercado: o ajuste fiscal. (QUADROS; BRAZ, 2017).

Esta discussão é da mais alta complexidade e tem por detrás uma reflexão muito maior que diz respeito ao papel que deve assumir o Estado na economia através da adoção de políticas públicas, sobretudo a econômica.

Milton Friedman é um dos expoentes da corrente defensora do chamado Estado mínimo (FRIEDMAN, 1977), dentro do qual sua atuação

deve limitar-se ao controle das ações ou omissões que diretamente interfiram nos elementos básicos da condição humana. Por conseguinte, não seria papel do Estado a intervenção no mercado através de políticas econômicas, quando muito nas conjunturais. Ele é um dos representantes do neoliberalismo de regulação implementado no Brasil a partir dos anos 90 do século passado (CLARK, CORRÊA, NASCIMENTO, 2020).

De outro lado, John Maynard Keynes defende que deve haver uma relação de complementaridade entre o Estado e mercado e que, nesta relação, a intervenção estatal é necessária, em função da incapacidade da autorregulação do sistema (KEYNES, 1996), inclusive em tempos de crise. Neste sentido, a adoção de medidas fiscais e monetárias para neutralizar os efeitos adversos de crises cíclicas do capitalismo fazem parte do papel do próprio Estado. A partir desta linha, as teorias de Keynes foi um dos sustentáculos para a construção dos Estados Sociais e do neoliberalismo de regulamentação (CLARK, CORRÊA, NASCIMENTO, 2020).

O trabalho, porém, não pretende mergulhar neste debate. Buscaremos, outrossim, avaliar se os benefícios da desoneração tributária da linha branca se alinhavam com a ideologia constitucionalmente adotada no âmbito das políticas públicas econômicas (SOUZA, 2017) e se foram, de fato, responsáveis especificamente pela manutenção do emprego, da renda aos trabalhadores brasileiros.

Vale lembrar que a eficácia de tais medidas de política econômica pode ser mensurada sob vários parâmetros: aumento ou queda do produto interno produto (PIB), do consumo, da importação e exportação de bens de capital, assim como pela taxa de desemprego, que foi o critério escolhido para nossa análise.

### **3 DO DIREITO FUNDAMENTAL AO EMPREGO E À RENDA EM FACE DA IDEOLOGIA CONSTITUCIONALMENTE ADOTADA**

Maria Sylvia Zenelladi Pietro ensina que, muito embora a Constituição da República Federativa do Brasil opte expressamente por

denominar o Brasil como um Estado Democrático de Direito, na prática ainda há, no próprio texto constitucional, influências, diretrizes, determinações – implícitas e explícitas – para adoção de políticas públicas próximas a de um Estado Social.

Em meados do século XIX, começaram as reações contra o Estado Liberal, por suas consequências funestas no âmbito econômico e social; as grandes empresas tinham se transformado em grandes monopólios, aniquilando as de pequeno porte; surgira uma nova classe social – o proletariado – em condições de miséria, doença, ignorância, que tendia a acentuar-se com o não intervencionismo estatal pregado pelo liberalismo.

Os princípios do liberalismo, voltados para a proteção da liberdade e da igualdade, tinham se mostrado insuficientes para debelar a profunda desigualdade que geraram. (DI PIETRO, 2011. p. 9)

Além do insucesso dos princípios do Estado Liberal em promover materialmente a liberdade e a igualdade dos cidadãos, a referida autora cita outro fator que, naquele momento, fora determinante para mudança das bases conceituais do Estado moderno: as grandes guerras mundiais. (DI PIETRO, 2011).

As duas grandes guerras mundiais (1914 a 1918 e 1939 a 1945), afirma, deixaram um legado de destruição, pobreza, desvalidos, doentes, deficientes físicos que reclamava do Estado uma atuação efetiva e direta (atuação material e não meramente formal) no processo de proteção dos direitos individuais. Os princípios do liberalismo em momento algum mostravam-se suficientes para reparar o estado de desigualdade criado pelo espólio dos grandes confrontos. Surge o Estado Social, também chamado de Estado do Bem-Estar, Estado Providência, Estado do Desenvolvimento (DI PIETRO, 2011). Ademais, outros motivos também geram a necessidade estatal de intervir no domínio econômico e social, tais como: as crises cíclicas do sistema capitalista, as demandas sociais dos trabalhadores e suas pressões, as causas ambientais e consumeristas etc.

Nesta nova concepção, o Estado assume a missão de buscar essa igualdade material entre as pessoas e, para atingi-la, passa a intervir, de forma ativa, contínua e coercitiva, na ordem econômica e social. A preocupação maior desloca-se da liberdade para a igualdade, que deixa de ser vista como mera formalidade (possibilidade de acesso aos direitos individuais) e torna-se um programa de Estado (promoção efetiva da igualdade entre os homens). Ser igual não é apenas possuir à disposição as mesmas possibilidades de acesso a bens e direitos. Ser igual é, enquanto ser único com particularidades e potencialidades próprias, ter garantida a capacidade efetiva de usufruir, da forma mais isonomicamente possível, destes mesmos bens e direitos. A igualdade, assim, não se atinge a partir de uma ótica formalista dos direitos fundamentais, mas sim a partir de uma ordem material de possibilidades concretas (MELLO, 2003).

Giovani Clark, fundado no referencial teórico de Washington Albino Peluso de Souza, em artigo intitulado Política Econômica e Estado, destaca este período que restou marcado pelas políticas econômicas de regulamentação.

Durante a guerra fria, no século passado (1945 a 1990), imperou-se na economia de mercado as políticas econômicas neoliberais de regulamentação onde o Estado Nacional, transfigurou-se em Social, realizando a sua atuação direta, via empresa pública, sociedade de economia mista e fundações; ou indireta, através das normas legais de direito, no domínio econômico, em nome do desenvolvimento ou do crescimento (CLARK, 2006, p. 105).

Muito embora após a Constituição brasileira de 1988 o Estado brasileiro tenha iniciado um processo de “descentralização” de poder e de privatização das estruturas de serviço públicos e de atividade econômicas estratégicas, dentro do qual a iniciativa privada passou a participar ativamente dos respectivos setores, ou seja, implantou-se do neoliberalismo de regulação (SOUZA, 2017), todavia a nossa Lei Maior ainda prevê, dentro dos ditames constitucionais para o nosso Estado Democrático de Direito, um plexo robusto de direitos fundamentais e garantias individuais aos cidadãos.

E, neste contexto, o Estado manteve consigo o dever essencial na busca de uma situação real e concreta de isonomia entre seus cidadãos, atuando na vida da população especialmente através da adoção de políticas públicas e a intervenção estatal no domínio econômico.

No fim do século XX e no início do século XXI, as políticas neoliberais de regulamentação passaram a restringir a expansão e a mobilidade do capital. O novo ambiente mundial de fim da guerra fria, queda do socialismo real e de alta evolução tecnológica resultam em pressões por outras políticas econômicas ao gosto dos donos do capital. Os Estados nacionais passam a executar o neoliberalismo de regulação transferindo serviços e atividades à iniciativa privada (via privatização e desestatização) agora, atraentes ao capital, em face da “redução” dos ganhos com a indústria bélica da guerra fria e dos avanços científicos. A tecnologia tornou lucrativo setores que anteriormente tinham baixa lucratividade, ou não tinham, e estavam nas mãos do Estado.

A partir da regulação, usada como único remédio salvador do mundo e protegida de grandes contestações pela mídia dos “donos do poder” (FAORO, 2000), o Estado passou a adotar uma nova técnica de ação na vida econômica, ou seja, o neoliberalismo de regulação. O poder estatal continuou a intervir indiretamente no domínio econômico, através das normas legais (leis, decretos, portaria), e intermediária, via agências de regulação. Diferentemente das empresas estatais, as agências não produzem bens nem prestam serviços à população, mas somente fiscaliza e regula o mercado ditando “comandos técnicos” de expansão, qualidade, indicadores de reajuste de preços, etc.

Todavia, é prudente frisar, que a técnica intervencionista de regulação permite a existência de algumas empresas estatais, em menor número, atuando no âmbito do mercado. Contudo, sem desempenhar o papel anterior e possuindo uma reduzida capacidade de ingerência na vida econômica (CLARK, 2006, p. 106).

Ou seja, o Estado, dentro da Constituição de 1988, manteve seu mister de garantir cidadania ao seu povo, indistintamente. José Murilo de Carvalho, em sua obra *Cidadania no Brasil – o Longo Caminho* (2008), dispõe que o termo cidadania está conectado à obrigação do Estado em garantir condições para o exercício de liberdades básicas (em determinadas situações) ou mais sofisticadas (em outras), bem como à participação do povo na “riqueza coletiva” de forma tão igualitária quanto possível. (CARVALHO, 2008).

Este autor continua pontuando sobre o tema ao discorrer que o termo “cidadania” é complexo justamente porque “o exercício de certos direitos, como a liberdade de pensamento e o voto, não geram automaticamente o gozo de outros, como a segurança e o emprego. O exercício do voto não garante a existência de governos atentos aos problemas básicos da população” e que “[...] a cidadania inclui várias dimensões e que algumas podem estar presentes sem outras. Uma cidadania plena, que combine liberdade, participação e igualdade para todos, é um ideal desenvolvido no Ocidente e talvez inatingível. Mas ele tem servido de parâmetro para o julgamento da qualidade da cidadania em cada país e em cada momento histórico.” (CARVALHO, 2008).

A despeito da fluidez e do dinamismo do tema, conforme vimos nas lições de José Murilo de Carvalho, nos parece possível, nesta visão mais pragmática de cidadania (há outras que enfocam o conceito sobre a ótica da porção pública de cada indivíduo<sup>4</sup>) conectar, com conforto, seu significado à ideia de gozo dos direitos fundamentais, começando pelo relativo à dignidade da pessoa humana, e à proteção das garantias individuais dos cidadãos, tudo em alinhamento com os objetos fundamentais da República trazidos no artigo 3º da Constituição brasileira.

Contrário senso, quando nos referimos à existência no Brasil de uma espécie de vácuo de cidadania, isso quer significar que nas diversas situações quando o cidadão é desamparado pelo Estado na concretização de

---

4 Vide artigo publicado pela professora Maria Victória de Mesquita Benavides disponível no endereço eletrônico [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451994000200002](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451994000200002) (acesso em 12/08/2020).

seus direitos mais comezinhos, normalmente conectados à própria dignidade da pessoa humana (moradia, alimentação, acesso à água potável, à rede de tratamento de esgoto, a um trabalho digno com remuneração justa etc.<sup>5</sup>), ou seja, quando o Estado se desalinha de seus objetivos fundamentais (dentre os quais o de erradicar a pobreza), este indivíduo é jogado em uma completa ausência de pertencimento a um *locus* de poder que seja capaz de propiciar-lhe condições minimamente dignas de sobrevivência.

Ele experimenta este vácuo de cidadania, esta ausência de conexão com o Estado, esta falta de “ser aí”, dentro de uma ideia heideggeriana de analítica existencial. Este “não ser-aí” é a inexistência ontológica do Estado para o indivíduo – não pela ausência de linguagem, mas pela ausência de pertencimento. É o “cidadão fora”, o “vazio existencial estatal”, o vácuo de cidadania.

Isaiah Berlin trabalha duas dimensões do conceito de liberdade: a positiva, que diz respeito ao direito do indivíduo de tomar decisões e encaminhar seu destino dentro de um leque de opções razoáveis e, tanto quanto possível, isonômicas. Já a “liberdade negativa” refere-se ao espaço “não público” do indivíduo, dentro do qual ao Estado não é dado intervir (BERLIN 1998).

Estas duas dimensões, ao contrário do que pode fazer pensar suas denominações, não são antagônicas. Em grande medida se complementam e de alguma forma também se autolimitam, sem, contudo, entrar em conflito. As duas têm ao fundo a atuação estatal. A positiva trata do Estado promotor da liberdade, ou seja, do agente que possibilita (ou deve possibilitar) ao indivíduo a possibilidade de tomar decisões e direcionar sua existência. Já a dimensão negativa regula a própria atuação do Estado em face do cidadão, garantindo uma esfera privada.

Tanto a dimensão positiva quanto a negativa inserem o cidadão em uma posição de “credor” perante o Estado, que deve tanto promover-lhe

---

5 Segundo dados da ONU Habitat, 1,6 mil milhões de pessoas não tem habitação adequada e 25% da população mundial vive em bairros informais sem infraestruturas nem saneamento básico, sem acesso a serviços públicos, com escassez de água e de eletricidade. (SANTOS, Boaventura de Souza. **A cruel pedagogia do vírus**. Almedina, 2020, p. 18.)

as oportunidades de escolha e direcionamento do próprio destino, como também limitar seus atos diante do “não público” que cada indivíduo carrega consigo.

O autor português André Barata em interessante obra – Sentidos de Liberdade –, desenvolvendo raciocínio similar, faz a distinção entre os termos “liberdade de” e “liberdade para”, assinalando que o primeiro se refere efetivamente a um sentido libertação. Gozar de “liberdade de” significa, em síntese, estar apto para fruir dos direitos básicos e fundamentais do cidadão, concatenados, em última instância, com a própria dignidade da pessoa humana. A “liberdade de” garante o afastamento do indivíduo de situações que atentem contra prerrogativas mais básicas da condição humana, dentre as quais, a própria vida, usufruída com dignidade (BARATA, 2008).

Já a “liberdade para” introduz o plano de escolhas na vida do indivíduo, colocando-o não somente em condição de gozar dignamente da vida, mas também de ser, em alguma medida, o “dono de seu destino”, porquanto opções razoáveis, igualitárias, foram-lhe concretamente (e não apenas potencialmente) ofertadas ao longo de sua existência (BARATA, 2008).

É o Estado, portanto, quem deve prover liberdade ao cidadão em todas as suas dimensões: desde a liberdade necessária para não ter ofendido seus direitos básicos e fundamentais, especialmente conectados à vida dignamente usufruída, até a liberdade para autodeterminação, de acordo com um plexo real de opções que se traduzam na experiência concreta de cidadania. Logicamente formulando e realizando políticas socioeconômicas de forma planejadas e dentro dos ditames e objetivos constitucionais.

Dentre vários fatores que se possa considerar crucial para que o indivíduo experimente a liberdade (preferencialmente a liberdade plena, mas ao menos a “liberdade positiva” de Isayah Berlim ou a “liberdade de” trabalhada por André Barata), podemos afirmar, com conforto, que o emprego em condições dignas e com remuneração justa possui uma importância incomensurável. Ademais, aqui emprego é visto como vínculo formal entre trabalhador e empregador, e alias, em face dos comandos constitucionais

(arts. 6 e 170 *caput* e VIII da CR) fica vedado qualquer política econômica pública ou privada destinada ao desemprego (GRAU, 2010).

Umbilicalmente conectado à ideia de subsistência, que por sua vez está totalmente inserida no contexto da dignidade da pessoa humana, o direito ao trabalho em condições dignas e sua justa remuneração pode ser alçado, sem esforço, ao rol dos direitos fundamentais do homem.

O Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, prevê taxativamente:

Artigo 23

I) Todo o homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.

II) Todo o homem, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.

III) Todo o homem que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como a sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.

IV) Todo o homem tem direito...

Por sua vez, um Estado cuja constituição expressamente objetiva a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza, o desenvolvimento humano, a defesa de dignidade da pessoa etc., é natural concluir que o direito ao emprego (mantê-lo ou conquistá-lo), com estabilidade, segurança, previsibilidade, remuneração justa e compatível com o trabalho desenvolvido pode ser considerado um direito fundamental, tal como aqueles esculpidos expressamente no artigo 5º da Constituição de 1988.

Demais disso, conforme já mencionado, a Constituição de 1988 assenta o direito ao trabalho em seu artigo 6º, que consagra os Direitos Sociais – Capítulo II do Título II intitulado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Tal fato reforça, também pela lógica topológica de construção da nossa Lei Maior, a conclusão acerca de tratar-se efetivamente

de um direito fundamental; conclusão a que chegamos também quando avaliando sob um aspecto sistemático, donde extrai-se que o trabalho é imprescindível para qualquer nível de vida digna, de cidadania, sendo impossível afastar a natureza fundamental (estrito senso) deste direito. Ademais, o citado art. 170, *caput* da Constituição, fixa como um dos fundamentos da ordem econômica a valoração do trabalho humano, além do seu inciso VIII prever o pleno emprego como um dos seus nove princípios, gerando assim a necessidade de políticas públicas destinadas ao trabalho a fim de dar concretude ao pluralismo constitucional construído pela “ideologia constitucional adotada” (SOUZA, 2017)

O saudoso Professor mineiro Washington Peluso Albino de Souza (2017), de fato, inaugurou forte conceito acerca da ideologia constitucionalmente adotada, que busca realizar um processo de transformação de ideologias políticas econômicas puras, tais como o capitalismo, o socialismo, o nacionalismo, em uma ordem jurídica positivada e interpretada de acordo com os valores constitucionais axiológicos, derivados, especialmente, dos princípios explícitos e implícitos contidos na Constituição.

Não se trata do sentido filosófico ou político amplo, de ideologia, nem mesmo de cada ideologia política geralmente referida, tal como a capitalista, a socialista, a comunista, etc. Independentemente dessa configuração, referimo-nos aos princípios que sejam fundamentais na ordem jurídica considerada, mesmo que isoladamente se identifiquem com alguma daquelas ideologias políticas acima referidas. A ideologia a que nos referimos é aquela definida, em Direito Positivo, no Estado de Direito, pela Constituição vigente, em cada época e em cada país. Por isso, a definimos como “ideologia constitucionalmente adotada”. Fica estabelecida, pois, a diferença entre esta e a que se possa entender por ideologia dos modelos teóricos tradicionais, ou seja, conjuntos de ideias, de princípios ou de teorias destinados a explicar, abstratamente, a organização social, a estrutura política e assim por diante (SOUZA, 2017, p. 28-29).

Os princípios da ordem jurídica implementada pela nossa Constituição, como vimos, não deixam dúvidas de que, de acordo com a ideologia constitucionalmente adotada pela nossa Lei Maior de 1988, o trabalho, sobretudo a sua espécie emprego, e sua justa remuneração, conquanto pilares essenciais da estrutura que conforma o próprio princípio da dignidade da pessoa humana, devem estar no centro das políticas públicas do Estado e do setor privado, notadamente quando eventos diversos, aleatórios e imprevisíveis colocam em risco grande parte de sua oferta aos cidadãos.

Nos parece claro, assim, que as ações adotadas pela União na ocasião da crise financeira mundial de 2008, provocada, como visto acima, pela bolha imobiliária do mercado norte-americano, que visavam sobretudo manter aquecido o mercado interno, fazendo girar a economia através da roda da oferta e demanda, mostraram-se, na essência, alinhadas com a ideologia constitucionalmente adotada pela Constituição de 1988, dentro da qual o emprego e sua remuneração condigna configura verdadeiro e inarredável direito fundamental.

Tratou-se de uma intervenção no domínio econômico por indução, conforme nos ensina Eros Roberto Grau (2010). Para o emérito professor, o Estado pode intervir no domínio econômico por absorção ou participação, quando o poder público intervém enquanto empresário, seja em regime de monopólio, seja de participação, essencialmente presenciada nos tempos do chamado neoliberalismo de regulamentação (SOUZA, 2017). O Estado pode também intervir por direção, quando através de normas impositivas e proibitivas dita, por exemplo, o planejamento socioeconômico da nação ou o controle de preços privados. E ainda a administração pública pode intervir no domínio econômico por indução (GRAU, 2010), ou seja, através de uma ação sedutora concedendo alguma vantagem ou prêmio normalmente ao setor privado com a exigência de algumas contrapartidas em regra.

Ultrapassada a verificação da correção e acerto axiológico e ontológico da medida política econômica, resta verificar se, de fato, estas ações

atingiram seus objetivos e novos empregos foram gerados ou, ao mínimo, os então existentes foram mantidos.

Ademais, entendemos tratar-se, neste caso em tela, de uma típica norma premial (SOUZA, 2017) e Giovani Clark, Simone Bento Martins Cirilo e Leonardo Alves Corrêa, em artigo que tratava de semelhante questão – os incentivos fiscais concedidos ao setor automobilístico ao longo das últimas décadas – trouxeram esclarecedoras lições sobre a natureza desta norma jurídica.

Dentre as normas de conteúdo econômico destacam-se as normas premiaiais, aplicadas aos estímulos e incentivos, com o objetivo de induzir o comportamento dos agentes. Nesses casos, a sanção prevista no consequente da norma é premial, isto é, as normas se fundamentam numa consequência positiva em razão da prática de uma conduta desejável pelo Estado, com o objetivo de concretizar os comandos constitucionais.

As normas premiaiais representam uma modalidade de ação do Estado sobre o domínio econômico, sendo classificada como uma intervenção orientadora, como ensina Clark (2001, p. 31)

[...]

E para que as normas premiaiais cumpram a sua função dentro do Direito Econômico, assegurando a harmonia dos interesses individuais e coletivos, devem se conformar à ordem jurídica-política-econômica vigente, corporificada pela ideologia da Constituição Econômica (artigos 170 a 192 da Constituição Federal de 1988 – núcleo central da Ordem Econômica Constitucional). No caso brasileiro, tal ideologia tem sido definida constitucionalmente com ênfase no desenvolvimento, na valorização do trabalho humano, na livre iniciativa e na justiça social, ou seja, trata-se de uma ideologia plural, mesclando comandos normativos complexos e diretivos de opções/visões políticas e econômicas distintas (CIRILO, CLARK, CORRÊA, 2020, p. 259-260).

Deste modo, muito embora estejamos diante de uma intervenção no domínio econômico através de uma norma de indução, é perfeitamente cabível a análise do alinhamento do conteúdo de seus objetivos ontológi-

cos com os resultados obtidos na prática, de forma a verificar se além do alinhamento constitucional (que guarda consonância com a legitimidade de sua própria instituição), sua aplicação prática apurou os resultados esperados e próprios de uma norma premial.

É o que passamos a analisar.

#### **4 DAS ISENÇÕES TRIBUTÁRIAS DA LINHA BRANCA NA GERAÇÃO E/OU MANUTENÇÃO DE EMPREGOS NA CRISE DE 2008**

Os benefícios concedidos pela União em 2008 para a chamada linha branca (eletrodomésticos, eletroeletrônicos e produtos afins) foram inaugurados pelo Decreto nº 6.691, de 11 de dezembro de 2008 (BRASIL, 2008), que alterou a alíquota do IOF de 0,0082%, aprovada pelo [Decreto no 6.306, de 14 de dezembro de 2007](#) (BRASIL, 2007), para 0,0041% ao dia. Anualmente representa redução de 3% para 1,5%.

Em 2009, deu-se início a uma série de alterações das alíquotas de IPI para os eletrodomésticos da linha branca. Em 17 de abril de 2009, foi publicado o [Decreto nº 6.825](#) que alterou as alíquotas previstas na TIPI pelo [Decreto nº 6.006, de 28 de dezembro de 2006](#) (BRASIL, 2009). As alterações consistiram na isenção do IPI para fogões e redução de dez pontos percentuais para freezers, máquinas de lavar roupas e refrigeradores. Essa desoneração tributária tinha vigência prevista para até 16 de julho de 2009. Mas antes de finda sua vigência, a União editou o [Decreto nº. 6.890](#) que prorrogou até 31 de outubro de 2009 as referidas desonerações, retirando apenas os *freezers* da lista dos equipamentos. Em outubro daquele mesmo ano, o Governo aprova outro decreto, reduzindo as alíquotas do IPI para os produtos a depender de sua eficiência energética.

Em 2011, a União novamente reduziu o IOF – que já havia tido reestabelecida sua alíquota aos patamares originais – para 2,5% ao ano. No mesmo ato, o governo central renovou a redução de IPI para produtos da linha branca com eficiência energética “A” ou “B” segundo a classificação

do INMETRO, criando até mesmo incentivos maiores para outros itens, como o fogão, por exemplo, que teve zerada sua alíquota.

Ao longo dos anos seguintes, várias modificações na legislação tributária foram implementadas, sempre visando uma espécie de revezamento entre os bens que eram foco da desoneração. Vale mencionar, ainda, que outros incentivos fiscais foram também concedidos para o setor automobilístico, para a compra de bens de capital etc., todos visando, como já mencionado, estimular o mercado interno, manter/aumentar os empregos e acelerar as atividades produtivas que sentiam os reflexos da crise financeira global.

Para a análise da eficácia das medidas de política econômica adotadas faremos um estudo comparativo dos dados de desemprego obtidos junto ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), especificamente dentro do Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (CAGED), relativamente a 2008 (primeiro ano de sua elaboração) e os anos seguintes. Além disso, faremos uma análise comparativa com os números da taxa de desemprego nos Estados Unidos da América – principal país atingido pela crise, que se instalou no seu próprio mercado – da França, Itália e Espanha. Concluímos, nesta análise comparativa específica, que a despeito de uma piora não tanto significativa dos índices internos, o impacto da crise foi menor do que comparado com outras nações. Todavia, alertamos que a comparação é meramente exemplificativa e seria necessário outros dados complementares a fim de consolidar/aprofundar nossas reflexões, o que fugiria do objeto do artigo.

Segundo informações do CAGED, em agosto de 2008, ou seja, no mês imediatamente anterior ao “estouro da bolha” americana, o Brasil apresentava uma taxa de desemprego de 6,23%. Nos meses subsequentes, a despeito de um decréscimo do PIB, conforme já mencionado, a taxa de desemprego caiu. E este índice fechou o ano de 2008 com a mínima histórica até então verificada: 7,8%. O desemprego entre homens atingira o menor patamar desde quando começou o controle nacional, 5,2%, e o desemprego entre as mulheres idem, 9,6%.

Analisando mês a mês, verificamos que em novembro – mês em que entraram em vigor as desonerações, houve um aumento do desemprego para a faixa de 7,27%. Mas, já em dezembro daquele mesmo ano, houve uma acentuada queda deste índice para 5,01%.

Em 2008, verificamos um acréscimo nominal de 16,69% entre os meses de agosto e novembro na taxa de desemprego, seguida, em dezembro, no mês imediatamente subsequente à entrada em vigor das medidas de desoneração, de uma queda de 31,09% neste índice. Esta diminuição acentuada, porém, não pode ser totalmente atribuída às medidas fiscais. Dezembro, historicamente, é um mês de significativo aumento do emprego formal, motivado, sobretudo, pelas vendas de Natal e pelo setor de turismo que sempre cresce na época do *réveillon*. Mas, com segurança podemos afirmar que o decréscimo forte do desemprego naquele mês decorreu, em alguma medida, das desonerações tributárias, mesmo porque o aumento do nível de emprego no mês de dezembro dos anos anteriores sempre permaneceu na faixa dos 15% (aumento nominal).

Em 2009, ano em que a crise foi mais fortemente sentida no Brasil, a taxa de desemprego, contrariando a tendência de queda de dezembro de 2008, apresentou pequeno aumento e encerrou o ano na casa dos 8,1% – um aumento nominal de 3,85%. Esta variação, segundo relatórios do próprio Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), mostra praticamente uma estabilidade na oferta de empregos no país em 2009.

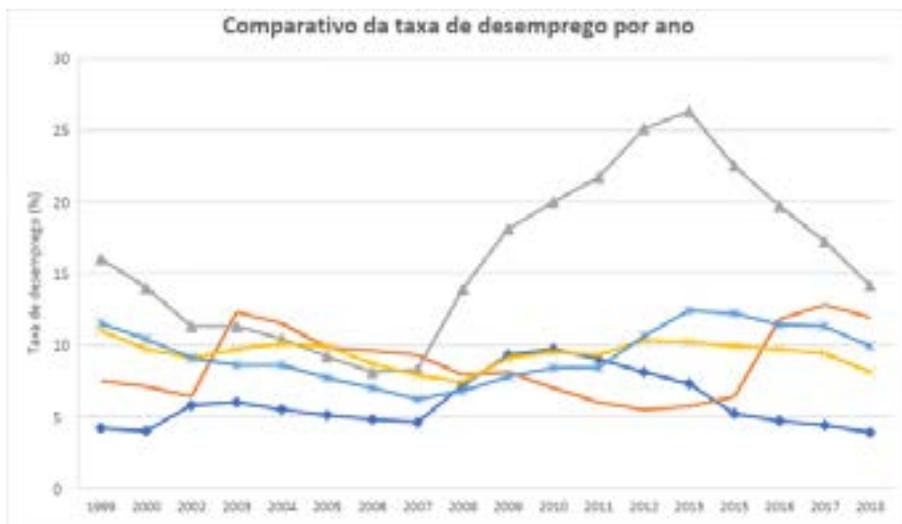
E nos três anos subsequentes, a geração de vagas formais cresceu consistentemente e a taxa de desemprego encerrou em 7, 6 e 5,5% em 2010, 2011 e 2012, respectivamente. Nos anos seguintes, a taxa voltou a crescer, mas em aumentos nominais não muito significativos até 2016, quando houve um aumento, comparado ao ano anterior, de quase 50%. Ou seja, nos anos de 2009 a 2015 a taxa de desemprego no Brasil reduziu e permaneceu nesta tendência até a crise de 2014/2015, na qual, para muitos estudiosos, ainda nos encontramos mergulhados, especialmente devido às políticas do neoliberalismo de austeridade (CLARK, CORRÊA, NASCIMENTO, 2020).

Portanto, pela análise do comportamento do índice de desemprego (metodologia escolhida neste trabalho), podemos concluir que os objetivos de manutenção e/ou criação dos postos de trabalho no Brasil dentro do cenário da crise do *subprime* americano foram atingidos.

A comparação do comportamento dos números de empregabilidade do Brasil com o de outras nações, reforçam ainda que, de fato, nossa nação andou na contramão da tendência dos países desenvolvidos – o que acaba por corroborar a conclusão de que medidas de políticas econômicas implementadas naquele momento, dentro das quais, as desonerações tributárias, se mostraram acertadas, pelo menos no que diz respeito à meta de manutenção do emprego e da renda em nosso território. Apesar de não existir instrumentos de contrapartidas específicas das normas premiais (SOUZA, 2017) editadas, nem dados específicos de empregabilidade do setor produtivo pesquisado, nem muito menos estarem dentro de um planejamento global ou setorial (art. 174 da CR).

O gráfico abaixo demonstra que o Brasil, historicamente, sempre manteve taxa de desemprego superior aos Estados Unidos da América (significativamente superior, inclusive), à Espanha, à França e à Itália. Todavia, nos anos subsequentes ao estouro da bolha imobiliária americana esse quadro se inverteu.

O Brasil, de 2010 a 2015 registrou o menor índice de desemprego entre as nações estudadas – o que, em grande medida, autoriza-nos concluir que os efeitos da depressão econômica mundial daquele período foram de fato sentidos de maneira mais branda em nossa nação, comparativamente a EUA e aos Estados europeus analisados.



**Fonte:** Elaboração própria com dados extraídos do site <https://www.indexmundi.com> – Acesso em: 23 jan. 2021.

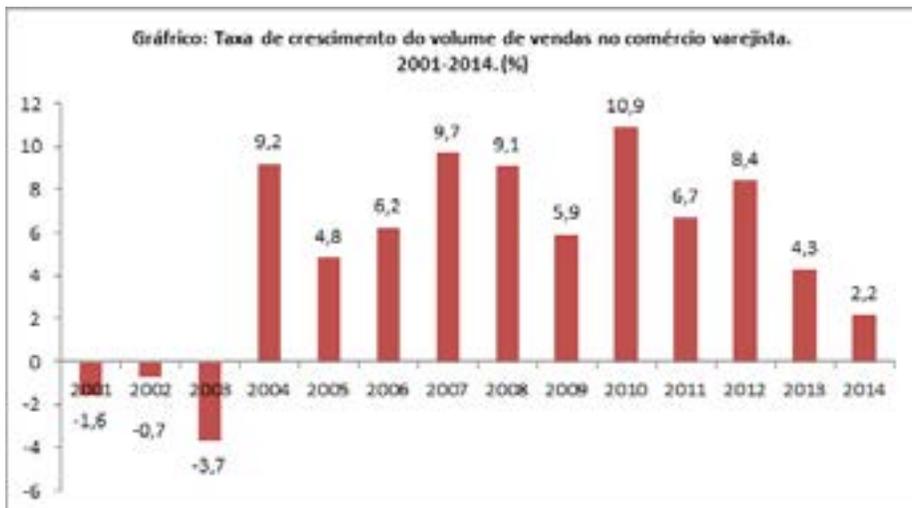
A comparação indica que o Brasil, em relação aos Estados Unidos da América, à França, à Itália e à Espanha foi a nação que menos teve seu mercado de trabalho afetado no período compreendido entre 2009 e 2015 – os anos mais diretamente sacrificados pela crise da bolha imobiliária americana. O Brasil foi a única nação a manter, mesmo após estourada a crise global, a tendência de queda na taxa de desemprego que já vinha sendo uma realidade naquela década entre todas as nações estudadas.

É claro que a análise feita a partir apenas deste indicador – nível de desemprego – não permite uma conclusão mais apurada sobre qual a parcela deste cenário positivo deve ser creditada às políticas de desoneração tributária da linha branca. Houve também, à época, desoneração do setor automotivo, incentivo à concessão de créditos, aumento de liquidez do mercado com a diminuição do compulsório do sistema bancário de 8 para 5,5%, além de outras medidas políticas econômicas e financeiras dentro do pacote de incentivo à economia adotado pela União.

De toda sorte, as desonerações da linha branca tinham um importante objetivo dentro do pacote de incentivo à economia e considerando o

objetivo naquele momento que era manter a economia aquecida, o nível de consumo em alta, de tal forma que indústria e comércio pudessem superar a crise, sem sofrer maiores impactos especialmente do mercado de emprego, podemos confirmar, dentro da metodologia aqui adotada, que ele foi atingido.

Apenas para corroborar estas conclusões, já que o índice escolhido para avaliação da eficácia das medidas adotadas pela União foi o índice de desemprego, como já mencionado, registramos que Pesquisa Mensal do Comércio (PMC) realizada mensalmente pelo IBGE mostra uma taxa de crescimento sempre superior a 5% (chegando a ultrapassar 10% em 2010) nos anos entre 2009 e 2014, o que reforça a conclusão no sentido de que, mesmo diante da crise global vivida naqueles tempos, a economia brasileira se manteve fortemente aquecida especialmente até 2012.



Fonte: Lacerda, 2015.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a crise econômica global decorrente do estouro da bolha imobiliária americana, em 2008, o Estado brasileiro se viu diante do desafio

de manter aquecida a economia, para evitar o sacrifício, especialmente, do emprego e da renda do trabalhador.

Lançou mão, então, de medidas de política econômica visando, sobretudo, “blindar”, tanto quanto possível, o mercado interno brasileiro e, desta forma, garantir a manutenção dos postos de trabalho. Para tanto, dentre as ações executadas, instituiu uma série de desonerações tributárias que atingiam produtos de grande impacto no comércio: eletrodomésticos essenciais – medida que ficou conhecida como *desoneração da linha branca*.

Analisada as ações da União sob a ótica da própria medida implementada, concluímos inicialmente pelo seu acerto e legitimidade, tendo em vista que sua teleologia – a manutenção do direito fundamental ao emprego digno e à justa remuneração – encontra-se perfeitamente alinhada com a ideologia constitucionalmente adotada pela Constituição Econômica, que reclama políticas econômicas públicas e privadas com o objetivo de concretizar o dever ontológico do Estado de garantir os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Todavia, as normas premiaias no setor analisado (linha branca) não tinham contrapartidas, como geralmente exige esse tipo de norma utilizada, inclusive o que dificulta uma análise mais aprofundada da questão, pois poderia ser um dos itens de exigência ao setor a manutenção e ampliação dos empregos, nem muito menos a referida política econômica foi concebida dentro de um planejamento estatal setorial ou global prévio, mas via medidas conjunturais imediatas.

Ademais, verificamos que a desoneração tributária da linha branca atingiu sua missão inicialmente, pois, muito embora não seja possível neste breve estudo a quantificação do papel efetivamente exercido pela política econômica no setor estudado, é certa sua importância na manutenção do emprego e da renda do trabalhador brasileiro – comprovada pela manutenção ou, até mesmo, queda da taxa desemprego nos anos posteriores a 2008 e ainda pelo crescimento do volume de vendas do varejo – comprovada pela PMC realizada mensalmente pelo IBGE – no mesmo período.

## REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo: Editora Ícone, 2007.
- BRASIL, Banco Central. **Relatório da Administração**. 2016. Disponível em <https://www.bcb.gov.br/Pre/Surel/RelAdmBC/2016/RA2016.html>. Acesso em: 27 out. 2021.
- BARATA, André. **Sentidos de Liberdade**. Covilhã, Portugal: Tapragmata. 2008.
- BENEVIDES, Maria Victória de Mesquita. Cidadania e democracia. **Lua Nova**, n. 33, ago. 1994. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-64451994000200002>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/LTSGRTDqFD4X74DxLsw9Krz/?lang=pt#>. Acesso em: 27 out. 2021.
- BERLIN, Isaiah. 1958. “Dois conceitos de liberdade”. In: BERLIN, I. **A busca do ideal**. Trad. Teresa Curvelo. Lisboa: Bizâncio/Leviatã, 1998.
- BLUNDELL-WIGNALL, Adrian. The subprime crisis: size, deleveraging and some policy options. **Financial Market Trends**. OECD, 2008. Disponível em <https://www.oecd.org/daf/fin/financial-markets/40451721.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2021.
- BOBBIO, N.; BOVERO M. **Sociedade e estado na filosofia política moderna**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1986.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BRASIL. **Constituição: República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília/DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 27 out. 2021.
- BRASIL. **Decreto nº 6.306, de 14 de dezembro de 2007**. Regulamenta o Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários – IOF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/decreto/d6306.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6306.htm). Acesso em: 27 out. 2021.
- BRASIL. **Decreto nº 6.825, de 17 de abril de 2009**. Altera a Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados - TIPI, aprovada pelo Decreto nº 6.006, de 28 de dezembro de 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/D6825.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/D6825.htm). Acesso em: 27 out. 2021.
- BRASIL. **Decreto nº 678**, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em: 27 out. 2021.
- CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 11. ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.
- CIRILO, Simone Bento Martins; CLARK, Giovani; CORREA, Leonardo Alves. O desenho institucional das políticas industriais: incentivos fiscais concedidos ao setor auto-

mobilitário e suas contrapartidas. **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 1, p. 256-276, jan./abr. 2020.

CLARK, Giovani. CORRÊA, Leonardo Alves. NASCIMENTO, Samuel Pontes do. **Constituição econômica bloqueada: impasses e alternativas**. Teresina, PI: Edufpi, 2020.

CLARK, Giovani. Política econômica e estado. *In*: GALUPPO, Marcelo Campos. **O Brasil que queremos: reflexões sobre o estado democrático de direito**. Belo Horizonte: PUCMINAS. 2006. p. 239-248.

CLARK, Giovani; CORRÊA, Leonardo Alves; NASCIMENTO, Samuel Pontes do. Ideologia constitucional e pluralismo produtivo. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Edição especial em memória do Professor Washington Peluso Albino de Souza, 2013, p. 265-300.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FEDERAL RESERVE HISTORY. **The Federal Reserve's History**. Disponível em: <https://www.federalreservehistory.org/>. Acesso em: 27 out. 2021.

FRIEDMAN, M. **Capitalismo e liberdade**. São Paulo: Editora Artenova, 1977.

GODOI, Marciano Seabra de. Finanças Públicas Brasileiras: Diagnóstico e combate dos principais entraves à igualdade social e ao desenvolvimento econômico. **Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento**, v. 5, n. 5, 2017. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfptd/article/view/25565>. Acesso em: 27 out. 2021.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

HOBBS, T. **Do cidadão (1642)**. Tradução Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 1992. (Coleção Clássicos).

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Pesquisa Mensal do Comércio (PMC)**. dez 2008a. In: Indicadores IBGE. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/230/pmc\\_2008\\_dez.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/230/pmc_2008_dez.pdf) Acesso em: 18 nov. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Pesquisa Mensal do Comércio (PMC)**. dez 2009. In: Indicadores IBGE. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/230/pmc\\_2009\\_dez.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/230/pmc_2009_dez.pdf) Acesso em: 18 nov. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Pesquisa Mensal do Comércio (PMC)**. dez 2011. In: Indicadores IBGE. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/230/pmc\\_2011\\_dez.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/230/pmc_2011_dez.pdf) Acesso em: 18 nov. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Pesquisa Mensal do Comércio (PMC)**. dez 2013. In: Indicadores IBGE. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/230/pmc\\_2013\\_dez.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/230/pmc_2013_dez.pdf). Acesso em: 18 nov. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/industria/pimpf/br/srmincon-jind.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Indicadores Conjunturais da Indústria – Produção. Série de Relatórios Metodológicos**. v. 31. Rio de Janeiro: 2004a. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?id=294589&view=detalhes>. Acesso em: 18 nov. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Pesquisa de orçamentos familiares 2008-2009**: despesas, rendimentos e condições de vida. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv45130.pdf>. Acesso em: 27 out. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Pesquisa Industrial Mensal – Produção Física (PIM/PF)**. dez.2008c. In: Indicadores IBGE. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/economicas/industria/9294-pesquisa-industrial-mensal-producao-fisica-brasil.html?edicao=21593&t=downloads>. Acesso em: 18 nov. 2021.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Banco do Brasil, BNDES e Caixa Econômica Federal**: a atuação dos bancos públicos federais no período 2003-2010. Comunicados do IPEA. n. 105. IPEA, 10.ago.2011. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110810\\_comunicadoipea105.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110810_comunicadoipea105.pdf). Acesso em: 27 out. 2021.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Impactos da redução do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) de automóveis**. Nota técnica. Diretoria de Estudos Macroeconômicos/Dimac, [2009?]. Disponível em: [http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/2009\\_nt015\\_agosto\\_dimac.pdf](http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/2009_nt015_agosto_dimac.pdf). Acesso em: 18 nov 2021.

INTERNATIONAL MONETARY FUND. **Annual Report 2010**: supporting a balanced global recovery. Disponível em: <https://www.elibrary.imf.org/view/books/011/11063-9781616350215-ru/11063-9781616350215-ru-book.xml>. Acesso em: 27 out. 2021.

KEYNES, J. M. A. **Teoria geral do emprego, do juros e da moeda**: os economistas. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

LACERTA, Ricardo. O consumo em 2014 e em 2015. **Cenários de Desenvolvimento**, 20 fev. 2015. Disponível em: <http://cenariosdesenvolvimento.blogspot.com/2015/02/o-consumo-em-2014-e-em-2015.html>. Acesso em: 27 out. 2021.

LOCKE, J. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

MASCARENHAS, Henrique Ribeiro. **O setor de eletrodomésticos de linha branca**: um diagnóstico e a relação varejo-indústria. 2005. 238 p. Dissertação (Mestrado) – Programa de PósGraduação em Finanças e Economia Empresarial, Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV/EESP), São Paulo, 2006. Disponível em: [https://btd.d.ibtet.br/vufind/Record/FGV\\_bb1ddd1246d9e4bf8084b3b24e04b22b](https://btd.d.ibtet.br/vufind/Record/FGV_bb1ddd1246d9e4bf8084b3b24e04b22b). Acesso em: 27 out. 2021.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA O TRABALHO (OIT). **GLOBAL EMPLOYMENT TRENDS**. Disponível em [https://www.ilo.org/empelm/pubs/WCMS\\_120471/lang--en/index.htm](https://www.ilo.org/empelm/pubs/WCMS_120471/lang--en/index.htm). Acesso em: 18 nov 2021.

QUADROS, Salomão; BRAZ, André. **Inflação**. Depois de surpresa positiva em 2016, desaceleração dá sinais de continuar em 2017. p. 12-13. *In*: FGV IBRE. Um alento nos balanços de riscos. Boletim Macro IBRE. Fundação Getúlio Vargas, jan. 2017. Disponível em: [https://portalibre.fgv.br/sites/default/files/2020-11/boletimmacroibre\\_1701.pdf](https://portalibre.fgv.br/sites/default/files/2020-11/boletimmacroibre_1701.pdf). Acesso em: 27 out. 2021.

RICH, Robert. **The Great Recession**: Dec. 2007 – June 2009. Federal Reserve History, 22 nov. 20103. Disponível em: <https://www.federalreservehistory.org/essays/great-recession-of-200709>. Acesso em: 27 out. 2021.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social (1757)**. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A cruel pedagogia do vírus**. Coimbra: Almedina, 2020.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2017.

THE FINANCIAL CRISIS RESPONSE IN CHARTS. Apr. 2012. Disponível em: [https://www.treasury.gov/resource-center/data-chart-center/Documents/20120413\\_FinancialCrisisResponse.pdf](https://www.treasury.gov/resource-center/data-chart-center/Documents/20120413_FinancialCrisisResponse.pdf). Acesso em: 27 out. 2021.

# **CAPÍTULO 4: O EMPREENDEDORISMO INOVADOR BRASILEIRO, NEUTRALIDADE TRIBUTÁRIA E INTERVENÇÃO ECONÔMICA**

## **CHAPTER 4: BRAZILIAN INOVATIVE ENTREPERNEUSHIP, TAX NEUTRALITY AND ECONOMIC INTERVENTION OF STATE**

*Mateus Bertoncini*

*Marcelo Reviglio Bertoncini*

*Danna Catharina Mascarello Luciani*

**RESUMO:** A presente pesquisa tem como objetivo compreender o papel da neutralidade tributária na garantia de um ambiente propício ao empreendedorismo no Brasil. Para tanto, por meio do método dedutivo, o artigo é estruturado em três objetivos específicos: (i) analisar a relação entre Regulação, Mercado e Inovação, com foco na intervenção estatal por meio da tributação; (ii) estruturar a noção de neutralidade tributária e os impactos de sua ausência para o mercado; (iii) perceber a relevância da neutralidade tributária para a garantia de uma estrutura mercadológica livre e igual. A partir dos argumentos explorados, compreende-se que a observância da neutralidade tributária na política fiscal nacional é o caminho para a garantia de um ambiente saudável e competitivo para o surgimento e consolidação de agentes econômicos e da inovação inerente à atividade empreendedora, aplicando-se a Constituição do Brasil, inclusive considerando-se sua natureza dirigista.

**Palavras-chave:** desenvolvimento; tributação; neutralidade tributária; empresa; intervenção do Estado.

**ABSTRACT:** This research aims to understand the role of tax neutrality in ensuring a good environment to entrepreneurship in Brazil. Therefore, through the deductive method, the article is structured in three specific objectives: (i) to analyse the relationship between Regulation, Market and Innovation, with a focus on state intervention through taxation; (ii) to explain the notion of tax neutrality and the results of its absence to the market; (iii) provide a tax neutral ambient for a free and equal market structure. From the arguments explored, it is understood that the observance of tax neutrality in the national fiscal policy is the way to guarantee a healthy and specific environment for the emergence and consolidation of economic agents and innovation inherent to entrepreneurial activity, applying the Constitution of Brazil, even considering its directing nature.

**Keywords:** development; taxation; tax neutrality, entrepreneurship, economic intervention.

## 1 INTRODUÇÃO

Em um ambiente de livre mercado, agentes econômicos reagem a incentivos, que podem ser promovidos pelos próprios agentes, pela estrutura de mercado, pela regulação estatal ou pela política tributária aplicável. Considerando isso, o presente artigo tem como objetivo compreender o papel da neutralidade tributária na garantia de um ambiente propício ao empreendedorismo no Brasil, considerando a relevância dessa como incentivo para a promoção da inovação e consequente benefícios para o desenvolvimento socioeconômico nacional.

Para tanto, a pesquisa será estruturada em três itens. No primeiro, será analisada a relação entre as regulações do mercado e a consolidação de um ambiente propício às trocas voluntárias e a inovação dessas decorrente. Em seguida, é estruturada a noção de neutralidade tributária e o impacto da ausência dessa para o mercado. Por fim, são trazidas considerações acerca da relevância da neutralidade tributária para a garantia de uma estrutura mercadológica livre e promissora.

O empreendedorismo inovador brasileiro, neutralidade tributária e intervenção econômica são temas de importância indiscutível, especialmente levando-se em conta o fato de que contemporaneamente tramita no Congresso Nacional uma reforma tributária, cuja interferência na vida dos administrados e das empresas não pode ser ignorada, em respeito aos princípios constitucionais da Ordem Tributária, da Ordem Econômica e aos objetivos fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil.

A partir de pesquisa bibliográfica e do emprego do método dedutivo, objetiva-se demonstrar a correlação entre as categorias que formam o título do inédito artigo, com especial foco na neutralidade tributária, trabalho que ora se apresenta à comunidade acadêmica.

## **2 REGULAÇÃO DO MERCADO E INOVAÇÃO**

Em uma estrutura de Economia de Mercado, a alocação de ativos ocorre por meio de trocas voluntárias realizadas por indivíduos independentes e livres, sendo estruturada a partir das noções de livre iniciativa e propriedade privada (TRINDADE, 2020, p. 1.980). Ainda, Mercado é a arena de interação social (BECKERT, 2009, p. 248), sendo o único ambiente onde o indivíduo pode alcançar grande fortuna a partir do mérito próprio sem ser impedido por terceiros de tentar (HAYEK, 2010, p. 114).

Mesmo nesse contexto de protagonismo do indivíduo, o Estado ocupa relevante papel na manutenção da igualdade entre os participantes da Economia de Mercado. Afinal, a estrutura governamental preserva a cooperação social, impedindo ações que enfraqueçam a liberdade de escolha para os cidadãos, evitando-se a tirania e a concentração do poder em poucos indivíduos (VON MISES, 2010, p. 340). Nesse sentido, cumpre ressaltar os ensinamentos de Friedman (2014, p. 14-17), no sentido de que a Liberdade é composta de dois núcleos: a Liberdade Política e a Liberdade Econômica. Enquanto a Política pressupõe a ausência de “coerção das pessoas entre si” com a possibilidade de participação, em igualdade, do cidadão nas decisões referentes à organização socioeconômica, a Econômica engloba a liberalidade para promover trocas voluntárias com outros indi-

vídus para aprimorar sua situação particular. Além de relevantes de forma isolada, os mecanismos de garantia de Liberdade Econômica também protegem a Liberdade Política, e vice-versa, segregando os poderes econômico e político e evitando a utilização de um para domínio do outro (FRIEDMAN, 2014, p. 11).

Com a transição do Estado de Direito para o Estado Social, consolidada no Estado Democrático de Direito, Liberdade e Igualdade – dois conceitos aparentemente opostos – passaram a ser percebidos de forma integrada, a partir da noção de autonomia da vontade do indivíduo, considerando que a autodeterminação do cidadão é limitada pelos direitos dos demais membros da sociedade (FRAZÃO, 2020, p. 105-106). Essa ideia relaciona-se de certo modo com uma outra de maior amplitude, consistente na dimensão econômica dos direitos humanos, o chamado “Capitalismo Humanista”, que tenta solucionar a “tensão dialética entre a liberdade e a igualdade na seara econômica”, por intermédio da fraternidade (SAYEG; BALERA, 2019, p. 280-281).

Entretanto, considerando que o lucro decorre do desequilíbrio do mercado (BECKERT, 2009, p. 257), e buscando reduzir a incerteza do lucro em um ambiente de concorrência, os agentes econômicos tendem a adotar medidas que singularizam seus produtos, seja por meio de condutas antissociais – como monopólios e cartéis, que enfraquecem a estrutura mercadológica –, seja por meio da diferenciação dos produtos e serviços para fidelização ou alcance de novos consumidores (BECKERT, 2009, p. 258). Tanto que “a industrialização, o desenvolvimento dos meios de transporte, das telecomunicações e dos tratamentos de saúde são fenômenos que decorrem, em maior ou menor grau, de um mercado livre, em que as pessoas possuem a licença para buscar a inovação e o lucro” (POMPEU; MELO, 2016, p. 194).

Schumpeter (1997, p. 76) ensina que as novidades não aparecem no mercado em virtude de novas necessidades criadas espontaneamente pelos consumidores: pelo contrário, é o produtor que apresenta a necessidade, educando os consumidores a querer e depender do novo. Para o autor, a produção depende da combinação de materiais e forças disponíveis, e, quando essas combinações derivam de um ajuste contínuo de

pequenas etapas, estar-se-á diante do crescimento econômico. Por outro lado, quando surge, descontinuamente, uma combinação diferenciada desses materiais e forças, levando a novos produtos ou novos métodos, ocorre o desenvolvimento (SCHUMPETER, 1997, p. 76). Essa inclusão de novidades pode ocorrer por meio de (i) introdução de um novo bem ou de uma nova qualidade do bem; (ii) introdução de um novo método de produção; (iii) abertura de um novo mercado; (iv) conquista de uma nova fonte de oferta de matérias-primas; ou (v) estabelecimento de uma nova organização de indústria (ex. criação ou fragmentação de um monopólio) (SCHUMPETER, 1997, p. 76).

Compreende-se, portanto, que a teoria de Schumpeter percebe o “desenvolvimento como um processo de destruição e reconstrução a partir do processo de inovação” (KALIL; GONÇALVES, 2016, p. 502): a denominada “destruição criativa”, que acontece quando “Novos setores atraem e desviam recursos dos antigos. Novas empresas absorvem os negócios daquelas já estabelecidas. Novas tecnologias tornam obsoletas as competências e equipamentos existentes” (ACEMOGLU; ROBINSON, 2012, p. 88). Assim, empresas já consolidadas no mercado tornam-se defasadas em relação às novidades de mercado, percebendo-se incapazes de acompanhar os avanços promovidos por empresas que não necessariamente eram vistas como suas concorrentes diretas<sup>6</sup>.

É nesse sentido que Christensen (2012, p. 18) destaca que mesmo empresas consolidadas em seus mercados, bem administradas e competitivas perdem o domínio do mercado quando da ocorrência de mudanças tecnológicas no ramo, em especial quando trata-se de tecnologia de ruptura. Essas tecnologias apresentam menor desempenho em relação ao que os consumidores tradicionais estão acostumados, mas alcançam interesses de clientes marginais por serem, frequentemente, mais simples, mais baratas e mais convenientes de usar. Assim, primeiro ingressam no

---

<sup>6</sup> Como exemplo, pode-se citar a transição dos serviços de TV por assinatura para plataformas de *streaming*: se antes a concorrência era entre as operadoras de TV a cabo, atualmente a audiência é dividida entre aqueles que preferem a plataforma *on demand* e aqueles que continuam utilizando serviços de grade de canais.

mercado, alcançando consumidores antes não abrangidos, para depois dos investimentos necessários, estabelecerem-se controlando inclusive os velhos mercados, fornecendo desempenho satisfatório tanto para os consumidores tradicionais quanto os marginais (CHRISTENSEN, 2012, p. 298).

O surgimento de inovações, inerentes ao empreendedorismo, depende de um ambiente institucional favorável. De acordo com Cassi (2020, p. 113-114), tais inovações somente ocorrerão se: (i) os custos de transação forem baixos, (ii) houver incentivo à cooperação entre agentes e (iii) houver proteção de direitos de propriedade, inclusive de bens imateriais (como as patentes). Assim, as Instituições possuem reflexo direto na capacidade de os indivíduos gerarem e disseminarem os resultados decorrentes da inovação, afinal, são as restrições que moldam a interação humana e estruturam incentivos para o intercâmbio (NORTH, 2018, p. 13).

O papel das Instituições é reduzir os custos de transação, garantindo direitos de propriedade e o cumprimento de acordos prévios, viabilizando a realização de acordos (NORTH, 2018, p. 69; 111). Considerando que o processo de inovação possui custos que por vezes inviabilizam sua realização, a estrutura institucional pode ser utilizada para fomentar a conduta empreendedora. É nesse sentido que Hayek ressalta – traçando paralelo com a doutrina de Adam Smith – que a atuação estatal possui um campo “vasto e indisputável” (HAYEK, 2010, p. 60) no que tange a criação e mantimento de obras e instituições públicas cujos custos para indivíduos impediriam que estes, isoladamente, realizassem tais investimentos, embora os benefícios compensem quando alcançam um maior número de pessoas (SMITH, 1996, p. 170).

Nesse sentido, destaca-se três formas que o Estado pode agir enquanto agente de incentivo à inovação: (i) como criador de tecnologias; (ii) por meio da concessão de subsídios a um projeto privado (como incentivos fiscais, financeiros ou creditícios); ou (iii) como demandante de ideias, ou seja, como comprador das invenções tecnológicas (FONSECA, 2001, p. 76). Nessas três hipóteses o Estado estabelece um ambiente propício ao surgimento de inovações, por meio de incentivos aos agentes econômicos (KALIL; GONÇALVES, p. 503).

Percebe-se, portanto, que as estruturas mercantis possuem como característica precípua a volatilidade, a ausência de perenidade. De modo semelhante devem ser as regulações aplicáveis ao mercado, inclusive àquelas que integram a política tributária. Como as medidas governamentais se prestam a reduzir as injustiças decorrentes das crises periódicas do sistema capitalista, evitando que as estruturas sociais sejam afetadas de forma permanente, as mudanças nas regulações aplicáveis decorrem desse caráter cíclico da intervenção estatal na economia. Entretanto, não há medida científica, ideológica ou dogmática que defina as balizas dessa intervenção, de modo que deve ser realizada em “um movimento contínuo de avanços e recuos”, seguindo a lógica do mercado (COELHO, 2020, p. 432). Afinal, a observância do princípio fundamental dos valores sociais da livre iniciativa depende de a presença do Poder Público no domínio econômico ser pautada nas “opções políticas de cada momento, respeitados os limites e exigências constitucionais” (BARCELLOS; BARROSO, 2018, p. 112).

No que diz respeito à tributação, uma estrutura tributária ineficiente e incerta apresenta altos custos de transação para a formalização de negócios (CALIENDO, 2009, p. 211), interferindo no processo de tomada de decisão do indivíduo sobre praticar ou não determinada conduta (KALIL; GONÇALVES, 2016, p. 506). Assim, a política tributária nacional deve ser desenhada a fim de incentivar a solução dos problemas brasileiros por meio do desenvolvimento do sistema produtivo, tornando o tratamento tributário favorável ao desenvolvimento tecnológico, como ocorre, por exemplo, nos Estados Unidos e Europa (CALIENDO; MUNIZ, 2014, p. 185-186).

A intervenção estatal por meio da tributação eficiente é fundamental para que a função estatal – de reduzir incertezas – seja realizada, de modo a promover um ambiente em que as trocas possam ocorrer de forma livre e de acordo com a vontade das partes. Friedman (2014, p. 30) traz a ressalva de que “as trocas são efetivamente voluntárias só quando existem alternativas quase equivalentes”, ou seja, a presença de monopólios ou do controle do mercado por poucos agentes leva à ausência de alternativas, ferindo a liberdade das trocas. Além desse já ser um grave problema para a estrutura mercantil, por vezes os monopólios decorrem do apoio gover-

namental, o que desvirtua os interesses inicialmente buscados por meio da intervenção estatal.

Isso se torna ainda mais grave quando esse apoio garante ao particular forças excessivas que desequilibram o mercado, o que, além de desestruturar os concorrentes já existentes, acaba por impedir a entrada de novos agentes econômicos, violando a livre concorrência, princípio da Ordem Econômica Brasileira, conforme artigo 170, inciso IV da Constituição Federal. É nesse sentido que o artigo 146-A da Constituição Federal traz a ideia de que a intervenção do governo na economia não ocorra de modo a reduzir a concorrência, garantindo a participação de agentes em grau de igualdade<sup>7</sup>. Além disso, os tributos devem afetar o mínimo possível as condições naturais do mercado, não interferindo na decisão do agente econômico. Trata-se da noção de neutralidade tributária, a ser abordada no item a seguir.

### 3 NEUTRALIDADE TRIBUTÁRIA

O princípio da neutralidade tributária advém da Economia, e tem por ideia geral que a tributação não deve afetar a escolha dos agentes econômicos. Assim, a neutralidade impõe ao Estado um dever negativo: a tributação não pode desencorajar a atuação daqueles (SHU-CHIEN, 2018, p. 36) em suas interações no mercado. Ainda, a base para identificar a neutralidade de um sistema tributário é comparar a situação em concreto como se a atividade tivesse sido exercida sem tributo cobrado (SHU-CHIEN, 2018, p. 36).

Adam Smith apontava que (i) igualdade, (ii) certeza, (iii) conveniência e (iv) eficiência seriam os quatro atributos fundamentais para um sistema tributário adequado (SMITH, 1981, p. 420-421). Com efeito, “igualdade” seria entendida do exemplo de como ocorreria o custeamento de despesas de dois coproprietários: “à medida dos frutos que cada um

---

<sup>7</sup> A literalidade do artigo é: Art. 146-A. Lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo.

percebe do bem, ou seja, proporcionalmente aos benefícios que obtêm” (MOREIRA, 2019, p. 35). “Certeza” seria a definição clara e objetiva de quando, como e onde pagar um tributo, a fim de evitar arbitrariedades. “Conveniência” representaria a ideia da cobrança de tributos da maneira que menos onere o contribuinte. Em outras palavras, seria o recolhimento após a prática de um fato tributável. Por fim, a “eficiência” para Smith seria a cobrança de montantes do sujeito passivo próximos às despesas estatais (MOREIRA, 2019, p. 35-37).

Ainda, poder-se-ia diferenciar a neutralidade horizontal da vertical, posto que a primeira veda diferenciações desmotivadas, de maneira a respeitar ao preceito da capacidade contributiva, enquanto a segunda abarca a criação de mecanismos que impedem a tributação em cascata, sobretudo com a utilização de créditos após a circulação de mercadorias, por exemplo (MOREIRA, 2019, p. 37). A primeira é exclusiva dos IVA’s e diz respeito à possibilidade de compensar o imposto pago recolhido na etapa anterior, para que a “alíquota efetiva da exação seja sempre equivalente àquela nominalmente fixada em lei.” (MOREIRA, 2019, p. 27-28). Já a neutralidade horizontal predica a isonomia, impondo o dever de se tributar com alíquotas iguais bens idênticos ou similares (MOREIRA, 2019, p. 29).

Mas, outras são as avaliações possíveis quanto à neutralidade tributária, especialmente quanto a que ela se direciona e da importância que exerce na classificação da intervenção do Estado na Economia. Nesse caso, tendo como premissa básica que é impossível, como afirmam André Mendes Moreira (MOREIRA, 2019, p. 38), citando Thomas Malthus, e Jennifer Chen Shu-Chien (SHU-CHIEN, 2018, p. 36), citando Rothbard, haver neutralidade plena, um tributo puramente neutro.

Ora, enquanto para Malthus a instauração de tributos fatalmente implica em impactos às Economias Públicas e Privadas, para Rothbard, um tributo jamais será neutro pois qualquer intervenção estatal na vida em sociedade deve ser repelida. Em harmonia com Malthus, ele afirma que qualquer tributo causará uma perturbação na Economia.

No Direito, a conceituação de neutralidade não equivale, necessariamente, àquela apresentado pela Economia, ainda que estas duas áreas

do conhecimento possuam diversos pontos de contato. Assim, a neutralidade pode ser compreendida juridicamente como instrumento na busca pela igualdade positiva, tendo em vista os princípios e regras informadores da Constituição de 1988 na organização econômica brasileira: livre concorrência, livre iniciativa e o livre mercado (MOREIRA, 2019, p. 43-44).

O estudo da neutralidade tributária pode ser conduzido de forma específica, com a sua aplicação sobre uma exação em particular dentro de um sistema tributário, ou de forma ampla, como um dos princípios regentes de um ordenamento tributário específico, seja nacional ou internacional.

A pesquisa pontual leva a um juízo específico para o tributo perquirido, com o intuito de afirmar a contemplação do princípio em questão na aplicação daquele. Exemplos de pesquisas de tal escopo são as apresentadas pelas obras acima mencionadas de Moreira e Shu-Chien.

O professor mineiro estuda com grande verticalização a neutralidade incidente sobre os tributos de valor acrescido, especialmente sobre o consumo, afirmando que não existem somente dois modelos de imposto sobre valor acrescido (IVA), o tradicional (europeu) – com alíquotas maiores e variáveis, mas possibilitando isenções – e o moderno (neozelandês) – alíquota única e de percentual menor, mas sem a possibilidade de isenções –, mas, sim, diversos “impostos plurifásicos não cumulativos sobre o consumo instituídos por 168 países – que se assemelham aos modelos acadêmicos do imposto em maior ou menor grau.” (MOREIRA, 2019, p. 24).

Da citação acima, destaca-se a principal nota de neutralidade tributária que o mencionado autor compreende como núcleo central: a não cumulatividade. Dessa observação, denota-se que a tributação neutra e não cumulativa faz com que o número de vezes da circulação dos bens não intervenha sobre o valor devido. Portanto, não implicando sobre a formação de preços e garantindo a livre circulação de bens, mirando a inexistência de influência do consumidor final na escolha do bem a adquirir (MOREIRA, 2019, p. 26).

Shu-Chien, por sua vez emprega pesquisa sobre a proposta do *Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)*, tributo que incidiria sobre as empresas domiciliadas em países integrantes do mercado comum europeu.

Como sua análise se dá sobre um sistema legal comum entre países, mas que se relaciona com legislações de cada um daqueles, fala-se em importação de capital e exportação de capital como elementos avaliativos da neutralidade fiscal, que devem ser comparados ao final para verificação do cumprimento do princípio estudado (SHU-CHIEN, 2018, p. 36).

Já que tais elementos são excludentes entre si, não é possível sua ocorrência simultânea. Isto, juntamente com outros elementos de neutralidade, como neutralidade do mercado e neutralidade incidente sobre os detentores de riqueza, são diferentes meios de se direcionar a política escolhida por um país, por uma sociedade, em específico (SHU-CHIEN, 2018, p. 37).

Referida lição tem importância ímpar para o que se desenvolverá adiante, e pode ser assim resumida, nas palavras da citada autora chinesa:

O princípio da neutralidade na literatura econômica requer que também se combine com uma ‘base de neutralidade’, tais como importação de capital, exportação de capital, posse do capital, competição de mercado, etc. Portanto é interessante demonstrar que esses elementos de neutralidade não são por si só ‘neutros’, porque cada um tem uma direção política específica. (SHU-CHIEN, 2018, p. 38).<sup>8</sup>

Portanto, a adoção de política fiscal deve levar em consideração o ordenamento jurídico vigente tentando eliminar distorções que a tributação como naquele momento emoldurada é prescrita, querendo que as externalidades sobre a atividade de mercado influam o mínimo possível. Isso com força na eficiência do mercado e na busca pela justiça fiscal – esta última com forte carga do estudo do Direito, como acima descrito – contemplando-se “as quatro características ideais de um sistema tributário (igualdade, certeza, conveniência e eficiência)” (MOREIRA, 2019, p. 37).

Daqui a importância da análise ampla, que se propõe.

---

<sup>8</sup> Tradução do Autor. Original em inglês: “The neutrality principle in the economic literature also has to be combined with a ‘neutrality ground’, such as capital import, capital export, capital ownership market competition, etc. Therefore it is quite interesting to show that, these neutrality principles are not ‘neutral’ themselves, because each of them has a distinct policy direction”.

Estabelecidos os marcos teóricos quanto à neutralidade, passa-se à compreensão da neutralidade no Direito Tributário brasileiro, que, conforme alude Ricardo Diefenthaler, ganhou *status* de norma positivada no texto constitucional com a edição do art. 146-A<sup>9</sup>, inserido pela Emenda Constitucional nº 42/2003, prescrevendo o estabelecimento especial de critérios para evitar que a tributação provoque desequilíbrios na concorrência (DIEFENTHAELER, 2012, p. 187).

Logo, é possível afirmar que a neutralidade, ainda que anteriormente pregada pela doutrina, passou a integrar a ciência do Direito Tributário pátrio de forma definitiva, tornando-se mais uma baliza ao poder de tributar, com o fim de proteger o mercado brasileiro e os direitos dos contribuintes em desfavor de tributação que interfira excessivamente na escolha dos agentes econômicos.

Entretanto, ressalte-se que questões de política fiscal devem levar em consideração o projeto de cada sociedade. No Brasil, a Constituição determinou programas que visem o desenvolvimento nacional, erradicando a miséria e diminuindo desigualdades sociais e regionais, por isso, para compreender o alcance da neutralidade fiscal no Brasil, para além de eventuais limites dogmático-normativos do Direito Tributário e sua ciência, convém dar destaque ao viés dirigista da Constituição do Brasil (MOREIRA, 2019, p. 45).

#### **4 POLÍTICA TRIBUTÁRIA, NEUTRALIDADE E O EQUILÍBRIO DA ESTRUTURA MERCADOLÓGICA BRASILEIRA**

Dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil encontra-se “garantir o desenvolvimento nacional” (inciso II, art. 3º da CRFB). Esse objetivo pode ser considerado tanto a partir do plano estatal (com o equilíbrio da estruturação organizacional e financeira do Estado)

---

<sup>9</sup> Art. 146-A. Lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo.

quanto do plano individual (com a existência de condições materiais de existência digna) (FACHIN, 2010, p. 180; 193).

Ao analisar a estrutura de escalonamento dos Estados em “desenvolvidos”, “em desenvolvimento” e “subdesenvolvidos”, Ursula Hicks (1957, p. 4-6) percebeu cinco características inerentes aos países subdesenvolvidos, que são: (i) o baixo padrão de vida da média da população; (ii) a escassez de recursos necessários ao desenvolvimento; (iii) a falta de empreendedorismo espontâneo; (iv) grande taxa de mortalidade; (v) crescente taxa de natalidade, mas sem aumento da expectativa de vida. Para o presente artigo, destaca-se a falta de empreendedorismo espontâneo, que leva a um processo contínuo de produção, que tem como consequência o aumento da intervenção estatal na economia para suprir as ausências (CASSI, 2020, p. 64).

Mesmo assim, a realidade brasileira pode ser promissora. A Taxa de Empreendedorismo Total no Brasil em 2019 foi de 38,7%. Esse número é formado por todos os indivíduos relacionados com atividade empreendedora em relação ao total da população adulta (de 18 a 64 anos). Isso significa que, aproximadamente, 53 milhões de brasileiros adultos realizavam alguma atividade empreendedora, como o envolvimento na criação ou na consolidação de um novo negócio ou na manutenção de um empreendimento já estabelecido (GLOBAL ENTREPRENEURSHIP MONITOR BRASIL, 2019, p. 29). Em 2020, esses números sofreram impactos significativos, como demonstrado por Melles:

Em 2020, a taxa de empreendedorismo total no Brasil caiu 20% e atingiu o menor patamar dos últimos oito anos, motivada, principalmente, pela saída de empreendedores mais antigos e experientes do mundo dos negócios. Apesar da taxa de empreendedorismo inicial, aquela que mede os negócios com até 3,5 anos, ter apresentado um ligeiro aumento passando de 23,3% para 23,4% e atingindo a maior taxa histórica da série que teve início em 2002, a forte redução na quantidade de empreendedores estabelecidos, os que empreendem há mais de 3,5 anos, derrubou a taxa total, ao passar de 16,2% para 8,7%, uma redução de quase 50%. Ao

fim, o número de empreendedores estabelecidos ficou abaixo do registrado em 2004 (2021, s.p.).

Percebe-se que a situação epidemiológica, provocada pela pandemia do Covid-19, teve impactos na entrada e consolidação de novos agentes no mercado, entretanto, para além disso, outros fatores igualmente impactam nessa realidade.

O Brasil encontra-se na 143<sup>a</sup> colocação no 2021 [Index Of Economic Freedom](#), que avaliou 180 países, principalmente em virtude dos baixos índices de liberdade de trocas, volume de obstáculos burocráticos, ineficiência das intervenções jurisdicionais, altos gastos do governo para financiar a máquina pública e alta carga tributária a ser suportada para a prática da atividade empresária (THE HERITAGE FOUNDATION, 2021). Conforme demonstrado pela pesquisa, a má colocação do Brasil decorre do fato de as estruturas governamentais serem insuficientes para consolidação de um ambiente livre para promoção de trocas e estável para correta definição dos direitos de propriedade.

Afinal, quando o Estado intervém na economia, o faz a partir de um planejamento que, por vezes, desconsidera a imprevisibilidade mercadológica, de modo que custos decorrentes dessa atuação acabam sobrecarregando os particulares direta e indiretamente, seja por meio das barreiras ao empreendedorismo, seja por meio do aumento de tributos para custear eventuais erros cometidos (POMPEU; MELO, 2016, p. 192).

Assim, o respeito à neutralidade tributária – com especial atenção à que se nominou horizontal – garante um ambiente propício à consolidação de agentes de mercado, o que também promove a inovação, tendo impactos diretos e positivos no desenvolvimento nacional. Com a aplicação da neutralidade tributária pretende-se garantir a igualdade de chances para os agentes econômicos explorarem determinada atividade produtiva (FERRAZ JUNIOR, 2005, p. 733), sem que o Estado, no exercício da regulação, privilegie determinado grupo de concorrentes em detrimento de outros, em consonância com os princípios “da proibição de vantagens tributárias fundadas em privilégios” (CARRAZA, 2017, p. 90-93) e da “não

discriminação tributária, em razão da procedência ou do destino dos bens” (CARVALHO, 2017, p. 188).

A incidência da tributação de forma que o agente econômico a ela submetida não a considere para fins de tomada de decisões econômicas contribui para o estabelecimento de condições competitivas em igualdade (FREITAS, 2019, p. 218). É nesse sentido que a neutralidade fiscal serve para aplinar o campo do desenvolvimento empresarial e inovador nas sociedades, inclusive na brasileira.

É preciso destacar um aspecto interessante da neutralidade tributária, em especial em um Estado caracterizado pelo dirigismo, como o brasileiro. Inobstante se conhecer que neutralidade tributária significa não influência do tributo sobre a escolha econômica do agente. Do que decorreria uma atuação negativa do Estado no que diz respeito à utilização da política fiscal para promoção do interesse público, sabe-se que deve se considerar a característica constitucional brasileira da busca pelos objetivos republicanos estampados no art. 3º da Constituição do Brasil. Apesar de parecer contraditória tal colocação, Leonardo Buissa Freitas (2019, p. 217) apresenta solução para o conflito principiológico que se colocou: será necessário utilizar-se da ponderação de valores, tendo em vista que a neutralidade deriva do princípio da livre concorrência e a intervenção econômica pela tributação do princípio do interesse público (FREITAS, 2019, p. 217).

Portanto, a aplicação da neutralidade tributária deve ser embebida dos valores da Constituição do Brasil, visando dar cumprimento aos objetivos republicanos encartados (MOREIRA, 2019, p. 49). O que não necessariamente implica em desconfiguração da ideia de neutralidade tributária, tendo em vista que esta será a regra para a orientação das políticas fiscais, salvo quando o Estado precisar utilizar das ferramentas regulatórias para conformar realidades desiguais a ponto de equalizá-las socialmente (FREITAS, 2019, p.218).

Nessa última afirmação está insculpida a subsidiariedade da atuação estatal na economia, o que, para fins de estudo do direito tributário, representa consequência lógica do que se classifica como Estado Fiscal pela doutrina (ROCHA, 2020, p. 12), como aquele que é majoritariamen-

te subsidiado pelos impostos para o sustento dos direitos que promove e protege, mas que garante a liberdade econômica às pessoas para exploração inovadora e criativa. Sendo esse o perfil brasileiro de Estado, como descrito no art. 173 da Constituição do Brasil<sup>10</sup>.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta do capítulo é apresentar a neutralidade tributária como instrumental para o desenvolvimento do empreendedorismo no Brasil, em especial por preconizar a não intervenção direta da atuação estatal na escolha do agente econômico.

Foram apresentadas as características do capitalismo e como sua funcionalização implica na necessidade de permitir aos agentes interações livres e em pé de igualdade para o desenvolvimento econômico dentro do mercado. Mas, sem descuidar da necessária atuação estatal para assegurar que as trocas entre os agentes econômicos sejam idôneas, no sentido de se dar liberdade ao consumidor, por exemplo, de escolher o melhor produto dentre aqueles que pode adquirir. Ou seja, viabilizando-se o maior número de concorrentes dentro de um nicho específico.

Em seguida, dissertou-se sobre a neutralidade tributária e sua conceituação econômica e jurídica. Isto para conceituar o instituto estudado e apresentar características que permitissem chegar ao capítulo seguinte, em especial a classificação da neutralidade tributária horizontal, aquela que determina o estabelecimento de igualdade na tributação entre bens ou atos e fatos semelhantes.

Isso para apresentar a característica de que a neutralidade tributária pode ser considerada consequência do princípio da livre concorrência, em especial para o estabelecimento de igualdade entre agentes já consolidados em determinado nicho de mercado, e aqueles que pretendem introduzir-se neste com novidades. Contemplando-se, tanto a proposta capitalista

---

10 Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

de liberdade e inovação para maior participação no mercado (maior oferta), quanto a necessidade de respeito e deferência à característica dirigista do estado brasileiro.

Dessa forma, é possível afirmar que a neutralidade tributária é instrumento idôneo para a persecução de objetivos republicanos, em especial de atingimento do desenvolvimento, sem jamais se olvidar da dimensão econômica dos direitos humanos.

## REFERÊNCIAS

ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James A. **Why nations fail: the origins of power, prosperity and poverty**. New York: Crown Business, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. BARROSO, Luis Roberto. Os Valores Sociais da Livre-Iniciativa. In: CANOTILHO, J. J. SARLET, Ingo Wolfgang. STRECK, Lenio Luiz.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BECKERT, Jens. The Social Order of Markets. **Theory and Society**, v. 38, n. 3, Springer: Mayo, 2009. DOI: doi.org/10.1007/s11186-008-9082-0. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007%2Fs11186-008-9082-0>. Acesso em: 27 out. 2021.

CALIENDO, Paulo. Direitos fundamentais, direito tributário e análise econômica do direito: contribuições e limites. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre, v. 3, n. 7, abr./jun. 2009. DOI: <https://doi.org/10.30899/dfj.v3i7.486>. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/486>. Acesso em: 27 out. 2021.

CALIENDO, Paulo; MUNIZ, Veyzon. Política fiscal e desenvolvimento tecnológico-empresarial: uma análise crítica sobre inovação e tributação. **Revista de Direito Brasileira**, v. 8, n. 4, p. 179-196, 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2014.v8i4.2889>. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2889>. Acesso em: 27 out. 2021.

CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário** 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CASSI, Guilherme HelfenbergerGalino. **Quarta Revolução Industrial: a influência da matriz institucional à promoção da inovação tecnológica no Brasil**. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, 2020.

CHRISTENSEN, Clayton M. **O dilema da inovação: quando as novas tecnologias levam empresas ao fracasso**. São Paulo: M. Books do Brasil, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. Princípios constitucionais na interpretação das normas de direito comercial. *In*: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Boas;

FRAZÃO, Ana. **Lei de liberdade econômica e seus impactos no direito brasileiro**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.

DIEFENTHAELER, Ricardo. As pautas fiscais o regime de substituição progressiva do ICMS e a neutralidade tributária. **Revista da AJURIS**, v. 39, n. 125, p.159-194, 2012. Disponível em: <http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/800>. Acesso em: 29 jun. 2021.

FACHIN, Melina Girardi. Direito fundamental ao desenvolvimento: uma possível resignificação entre a Constituição Brasileira e o Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos. *In*: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (coord.). **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Obrigação tributária acessória e limites de imposição: razoabilidade e neutralidade concorrencial do Estado. *In*: FERRAZ, Roberto Catalano Botelho (coord.). **Princípios e limites da tributação**. São Paulo: QuartierLatin, 2005.

FONSECA, Renato. Inovação tecnológica e o papel do governo. **Parcerias Estratégicas**, v. 6, n. 13, p. 64-79, 2001. Disponível em: [http://seer.cgee.org.br/index.php/parcerias\\_estrategicas/article/view/195](http://seer.cgee.org.br/index.php/parcerias_estrategicas/article/view/195). Acesso em: 27 out. 2021.

FRAZÃO, Ana. Liberdade econômica para quem? a necessária vinculação entre a liberdade de iniciativa e a justiça social. *In*: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Boas; FRAZÃO, Ana. **Lei de liberdade econômica e seus impactos no direito brasileiro**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.

FREITAS, Leonardo Buissa. **Tributação sobre o consumo, indução econômica e seletividade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

FRIEDMANN, Milton. **Capitalismo e Liberdade**. Tradução Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: LTC, 2014.

GLOBAL ENTREPRENEURSHIP MONITOR BRASIL. **Empreendedorismo no Brasil. 2019**. Curitiba: Instituto Brasileiro da Qualidade e Produtividade, 2020.

HAYEK, Friedrich August. **O caminho da servidão**. 6. ed. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010.

HICKS, Ursula K. Learning about economic development. **Oxford Economic Papers**, v. 9, n. 1, 1957.

KALIL, Gilberto Alexandre de Abreu; GONÇALVES, Oksandro Osdival. Incentivos fiscais à inovação tecnológica como estímulo ao desenvolvimento econômico: o caso das Start-ups. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 17, n. 113, p. 497-520, out. 2015-jan. 2016. DOI: <https://doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2016v17e113-1170>. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1170>. Acesso em: 27 out. 2021.

MELLES, Carlos. **O recuo do empreendedorismo brasileiro**. 22 jun. 2021. Disponível em: <https://www.agenciasebrae.com.br/sites/asn/uf/NA/o-recuo-do-empreendedorismo-brasileiro,0af99bb1c733a710VgnVCM100000d701210aRCRD>. Acesso em: 27 out. 2021.

MOREIRA, André Mendes. **Neutralidade, valor acrescido e tributação**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

NORTH, Douglass. **Instituições, mudança institucional e desempenho econômico**. Tradução de Alexandre Morales. São Paulo: Três Estrelas, 2018.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio; MELO Rafael Veras Castro. A contraditória relação entre livre-mercado e desenvolvimento humano: possíveis soluções a partir do conceito de capacidades em Amartya Sen. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro,

PUCRJ, n. 49, p. 188-207, jul./dez. 2016. Disponível em: [http://direitostadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Direito%2049\\_artigo%207,2.pdf](http://direitostadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Direito%2049_artigo%207,2.pdf). Acesso em: 27 out. 2021.

ROCHA, Sergio André. **Fundamentos do direito tributário brasileiro**. Belo Horizonte: Letramento, 2020.

SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **Fator CapH capitalismo humanista a dimensão econômica dos direitos humanos**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2019.

SCHUMPETER, Joseph A. **A teoria do desenvolvimento econômico**: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico. Tradução de Maria Possas. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

SHU-CHIEN, Jennifer Chen. Neutrality as tax justice: the case of common consolidated corporate tax base under the EU law. **EuropeanStudies**, v. 5, p. 33-66, 2018. Disponível em: <https://repub.eur.nl/pub/118576/Neutrality-as-Tax-Justice.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2021.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações**. Volume II. Investigação Sobre Sua Natureza e Suas Causas. Tradução de Luiz João Baraúna. Coleção Os Economistas. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996.

SMITH, Adam. **Uma investigação sobre a natureza e a causa da riqueza das nações**. Tradução Norberto de Paula Lima. 2. ed. São Paulo: Hemus, 1981.

THE HERITAGE FOUNDATION. **Index Of Economic Freedom 2021. BRAZIL**. Disponível em: <https://www.heritage.org/index/country/brazil>. Acesso em: 15 set. 2021.

TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. Economia de plataforma (ou tendência à bursatilização dos mercados): ponderações conceituais distintivas em relação à economia compartilhada e à economia colaborativa e uma abordagem de análise econômica do direito dos ganhos de eficiência econômica por meio da redução severa de custos de Transação. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**. Ano 6, n. 4, p. 1977-2013, 2020. Disponível em: [https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/4/2020\\_04\\_1977\\_2013.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/4/2020_04_1977_2013.pdf). Acesso em: 27 out. 2021.

VON MISES, Ludwig. **Ação humana**: um tratado de economia. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010.

# **CAPÍTULO 5: OS *NUDGES* E A ARQUITETURA DE ESCOLHA COMO FORMA DE REGULAÇÃO DA ECONOMIA DE MERCADO**

## **CHAPTER 5: THE *NUDGES* AND THE ARCHITECTURE OF CHOICE AS A FORM OF REGULATING THE MARKET ECONOMY**

*Demetrius Nichele Macei*

*Klaus Almeida Struecker*

**RESUMO:** O objetivo do presente estudo é analisar os *nudges* e a arquitetura de escolha como ferramentas essenciais na regulação da economia de mercado. A partir de uma revisão bibliográfica multidisciplinar de livros e artigos científicos, tendo natureza essencialmente teórica, é possível verificar que o *nudge* pode ser compreendido como um “empurrão”, um “cutucão”, uma espécie de “indicação” não explícita e não vinculativa de opções previamente programadas pelo agente público. Trata-se de instrumento que atua como uma ferramenta influenciadora de escolhas individuais visando ao incremento do bem-estar em diversas esferas sociais, como saúde, educação, finanças e segurança. O *nudge* é um mecanismo de sugestão. Não sendo obrigatório, o incentivo funciona como uma estrutura prévia de persuasão colocada à avaliação do agente no momento da escolha. O objetivo do Estado, nesta situação, é buscar os melhores incentivos comportamentais para evitar que os agentes econômicos sejam prejudicados em razão de suas próprias escolhas.

**Palavras-chave:** *nudges*; arquitetura de escolha; Estado; economia de mercado.

**ABSTRACT:** The aim of this study is to analyze nudges and choice architecture as essential tools in the regulation of the market economy. From a multidisciplinary bibliographic review of books and scientific articles, essentially theoretical in nature, it is possible to verify that nudge can be understood as a “push”, a “puzzle”, a kind of non-explicit and non-binding “indication” of options previously programmed by the public agent. It is an instrument that acts as an influencing tool for individual choices aimed at increasing well-being in various social spheres, such as health, education, finance and security. Nudge is a suggestion mechanism. Not being mandatory, the incentive works as a prior persuasion structure placed on the agent’s assessment at the time of choice. The State’s objective, in this situation, is to seek the best behavioral incentives to prevent economic agents from being harmed due to their own choices.

**Keywords:** nudges; choice architecture; State; market economy.

## 1 INTRODUÇÃO

O foco do presente trabalho é estudar os nudges e a arquitetura de escolha como instrumentos essenciais na regulação da economia de mercado. A arquitetura de escolha (também conhecida como nudging) é a estruturação do contexto no qual as pessoas tomam decisões, com o intuito de influenciá-las de forma previsível. Trata-se de uma condução que modifica o comportamento das pessoas de forma previsível, sem proibir nenhuma opção nem mudar significativamente seus incentivos econômicos. A economia comportamental, neste sentido, rejeita a ideia de que o processo de tomada de decisão é baseado na lógica pura e singular.

Este comportamento irracional, que se manifesta nas decisões, pode ser previsível, incitado ou estimulado. Com efeito, a arquitetura de escolha consiste em intervenções comportamentais, visando influenciar o comportamento das pessoas, com foco no contexto, com sustentação científica e fazendo uso de um pensamento projetual. Desta maneira, a noção geral de arquitetura da escolha propõe organizar o ambiente que as pessoas se

relacionam para melhorar suas decisões e, conseqüentemente, sua produtividade, progresso e bem-estar.

A teoria clássica da economia pressupõe que as pessoas são racionais. Sendo assim, tomam decisões segundo as informações disponíveis e escolhem a opção que vai melhor servir a elas. Em outras palavras, o campo da economia clássica aborda um padrão de decisões feito de maneira racional e lógica, enquanto a economia comportamental abre discussão para ações irracionais e busca entender o motivo dessas ações. Os nudges fazem parte disso, assinalando para o fato de que as pessoas tendem a fazer mais escolhas instintivas do que racionais.

Trata-se de uma indicação, um mecanismo sugestivo que influencia a tomada de decisões dos indivíduos para o incremento de objetivos específicos nos mais variados setores, públicos ou privados. Com efeito, a medida parte da ideia econômica comportamental de que as pessoas nem sempre escolhem as melhores opções para si, pois suas decisões sofrem influência de várias vertentes. Se o comportamento humano irracional pode ser previsto, poderá ser influenciado ou fomentado.

Deste modo, é possível a implementação de nudges nas políticas públicas por meio de intervenções suaves nas decisões dos indivíduos. Por se tratar de uma ação que intervém em processos decisórios, deve haver uma atenção redobrada sobre a vontade do cidadão de maneira a garantir que o agente influenciador (responsável pelo nudge) encontra-se, realmente, na busca do bem-estar social. Apenas com este tipo de cuidado, considera-se essa intervenção legítima e plausível. (FEITOSA; CRUZ, 2019).

Os empurrões, por sua vez, podem ser definidos como pequenas alterações de design que podem afetar o comportamento individual. Estas técnicas se baseiam em insights da ciência comportamental e, quando utilizadas, podem ser muito úteis. Entretanto, é preciso ter certeza de que os nudges não estão sendo utilizados para convencer as pessoas a tomarem decisões ruins das quais se arrependarão.

É possível a intervenção de um Estado Regulador na função de ampliar a qualidade de vida dos cidadãos de maneira a influenciar o comportamento das pessoas para fazer determinadas escolhas, sem excluir

a consciência dessas decisões, ou seja, não se busca um Estado controlador, mas sim, um Estado mais eficiente na vida social das pessoas.

## 2 DEFINIÇÕES E OBJETIVOS

A investigação acadêmica ora proposta será pautada pelo método dedutivo, a ser empreendido a partir de uma revisão bibliográfica multidisciplinar de livros e artigos científicos, tendo natureza essencialmente teórica.

Proceder-se-á a um estudo que envolva as principais obras sobre o tema e que enfrentem devidamente a complexidade do objeto de estudo em questão. Com este método, será possível, num primeiro momento, revelar-se conceitos teóricos, tanto jurídicos quanto econômicos, pertinentes e necessários ao entendimento do tema.

A noção geral e a expressão foram criadas no livro “Nudge: o empurrão para escolha certa”, dos economistas comportamentais Richard Thaler e Cass Sunstein. O objetivo dos autores é abordar os princípios da estrutura visual centrada no usuário com as ideias das ciências comportamentais na forma da arquitetura de escolha para a elaboração de políticas governamentais públicas visando o aprimoramento das decisões dos cidadãos no que tange a questões como saúde, riqueza e felicidade.

Um nudge remete a qualquer aspecto da arquitetura de escolha que altere o comportamento das pessoas de uma maneira previsível, sem proibir nenhuma opção ou alterar significativamente seus incentivos econômicos. Esta intervenção, por sua vez, deve ser fácil e barata de evitar. Em outras palavras, nudges não são mandatos. O significado do nudge é procurar compreender como será o comportamento de uma determinada pessoa em um processo decisório.

Com efeito, um nudge oferece uma estrutura para alterar a arquitetura de escolha das pessoas, a fim de obter mudanças significativas em seus comportamentos e atitudes, o que constituiria melhorias para eles próprios e para a sociedade. Neste sentido, um nudge de certa maneira aponta certas descobertas da Economia Comportamental, que se baseiam em suposições da psicologia sobre heurísticas e vieses e que foram aplicadas

a diversos problemas da sociedade atual, como a compreensão das contribuições para os programas de pensão.

“Arquitetos de escolhas” podem contribuir para a sociedade ao desenhar ambientes mais amigáveis para seus usuários. Neste sentido, um determinado nudge pode ser aplicado nos mais variados segmentos. Os seus benefícios podem ser aproveitados não só por empresas, mas também por escolas, pessoas físicas e até mesmo pelos governos. Assim, como o nudge compreende estudos realizados pela economia em paralelo com a psicologia, a sua aplicação prática parte do pressuposto de que os seres humanos são fortemente influenciados pelas coisas e situações que os cercam.

Ora, as pessoas, de certo modo, tomam decisões de maneira nem sempre racional, mas sendo influenciadas por cores, aromas, iluminação, formatos e até mesmo uma simples alteração de ordem na apresentação das palavras em um discurso. O nudge trabalha tanto o emocional quanto o sensorial do seu público-alvo.

É neste ambiente que se desenvolve o conceito de nudge, este considerado uma ferramenta com potencial de influenciar as decisões dos cidadãos, a baixo custo, mas sem interferir na consciência da liberdade de escolher do agente econômico. Nesta lógica, os cidadãos podem tomar decisões mais eficientes, com maior disponibilidade de informações e com menor probabilidade de tomarem decisões influenciadas por vieses cognitivos equivocados.

O intuito é deixar claro os elementos essenciais para a tomada de decisão no contexto das possibilidades apresentadas ao cidadão, porque alguns indivíduos, quando têm fácil acesso às informações e são bem esclarecidos sobre suas escolhas pelo Estado, tendem a colaborar com o bem-estar social.

### **3 A ECONOMIA DE MERCADO E O COMPORTAMENTO**

A economia do comportamento busca incorporar ideias de outras ciências sociais, especialmente da psicologia, para enriquecer o modelo padrão. O interesse pela psicologia do comportamento humano é um

retorno da economia a suas origens. Adam Smith mencionou conceitos-chaves como a aversão à perda, o excesso de confiança e o autocontrole. A economia do comportamento encontrou resistência entre economistas que preferiram manter o modelo neoclássico padrão e argumentavam que a psicologia podia ser ignorada. (THALER, 2016, p. 1578).

A economia comportamental (behavioral economics) é um ramo de estudo que observa os fundamentos da ciência econômica sob determinadas perspectivas da psicologia. Fazendo uso em grande parte de experimentos controlados, questiona o paradigma da racionalidade, do homem econômico, que trabalha para ampliar o seu próprio bem-estar. Assim, a economia comportamental incorpora aspectos psicológicos, fisiológicos, neurológicos e sociais à economia e, principalmente, às questões que envolvem as tomadas de decisões, reafirmando as conjunturas culturais do comportamento humano.

Atualmente, as pessoas são mais propensas a usar o pensamento racional para eventos casuais e menos racionais para eventos de ordem repetitiva. (KAHNEMAN, 1991, p. 2). Ao utilizar os nudges com um determinado objetivo político, o Estado almeja incentivar comportamentos mais centralizados com objetivos socialmente desejáveis. Nudges são usualmente utilizados para fomentar condutas ambientalmente sustentáveis, mais saudáveis (como reduzir o consumo de cigarros ou açúcares) e mais previdentes (como a vinculação a programas de aposentadoria).

A Economia Comportamental e o uso de nudges é uma importante estratégia a ser adotada pelas autoridades públicas para mudar o comportamento das pessoas. Nesta lógica, os formuladores de políticas públicas podem ser bem-sucedidos em levar os cidadãos ao comportamento cívico se avaliarem a arquitetura cognitiva da escolha que os cidadãos enfrentam no dia a dia. Assim, os formuladores de políticas públicas devem trabalhar com os vieses e as heurísticas.

Visto que o nudge busca influenciar o consumidor procurando englobar economia e psicologia, na prática esta influência se dá por meio de uma união de elementos. A racionalidade, a força de vontade e o interesse próprio das pessoas, segundo a economia comportamental, são limi-

tados (bounded rationality, bounded willpower e bounded self-interest). (JOLLS, 1998, p. 1476-1480).

As decisões tomadas no dia a dia são marcadas por vieses cognitivos (heurísticas), que, de certa forma, dificultam a ampliação do bem-estar dos tomadores de decisão. Assim, é possível afirmar que, segundo a economia comportamental, se as pessoas se pudessem ver de fora e com tempo suficiente para pensar, agiriam de maneira diferente. Não tomariam, por exemplo, empréstimos a juros muito altos e poupariam mais do que realmente o fazem para a aposentadoria.

Diversas vezes, as escolhas realizadas sob a influência de processos mentais obscuros conduzem as pessoas a tomar decisões deletérias. Estas decisões, tomadas por impulso de problemas de cognição, compõe um padrão de repetição contrária ao interesse dos próprios agentes. Quando somadas, estas armadilhas mentais provocadas por vieses e heurísticas da condição humana, reduzem, de maneira significativa, a condição de bem-estar social. (RIBEIRO, 2018, p. 458).

Com efeito, nudges são fatores que as pessoas geralmente levam em conta na hora de realizar uma escolha, mas que não deveriam ser considerados do ponto de vista racional. Os nudges são inclusive utilizados como parte de políticas públicas para incentivar as pessoas a fazer o que é melhor para elas mesmas, quando a tendência seria elas fazerem uma escolha pior.

A simplificação das maneiras de auxílio financeiro pode ter o mesmo efeito benéfico no aumento do acesso à universidade que milhares de dólares em auxílios adicionais (por aluno). Informar as pessoas sobre o seu consumo de eletricidade e como compará-lo ao de seus vizinhos pode criar os mesmos aumentos no racionamento que uma elevação significativa no custo da eletricidade. Se devidamente concebida, a propagação de informações pode tanto economizar dinheiro, quanto vidas. A abertura no governo, revelando dados e desempenho, pode combater a ineficiência e até a corrupção. (SUNSTEIN, 2017, p. 6).

Neste sentido, nos EUA, quando os programas de aposentadoria das empresas se tornaram mais complexos e organizados, com várias modalidades de valor de contribuição e tipos de investimento, a taxa de adesão a

esses planos caiu drasticamente. As pessoas deviam preencher longos formulários e solicitar a adesão, o que é um obstáculo para a preguiça mental. Para ampliar a adesão aos planos, foi necessário somente trocar a ordem dos fatores. Se os empregados não preenchessem os formulários, eles seriam automaticamente inscritos num plano padrão, com a contribuição mínima. Se não quisessem ficar no plano padrão, teriam que optar ativamente por sair. A adesão subiu para 90%. Os 10% restantes foram as desistências.

Desta maneira, auxiliando os indivíduos a fazerem escolhas mais apropriadas e inteligentes, a economia comportamental pode ampliar o bem-estar dos agentes econômicos, levando em consideração, para isso, a racionalidade limitada dos indivíduos, e, se necessário for, pode conduzir o planejamento de possíveis intervenções.

É necessário conciliar o racional, cognitivo, emocional, sentimental e desejos do indivíduo na tomada de decisão, visto que estes fatores também determinam o arrependimento, sofrimento e ansiedade do ser na decisão tomada e isto deve ser objeto de maiores estudos no futuro. (KAHNEMAN, 1991, p. 5).

A economia comportamental tem como desafio a ampliação da divulgação das informações para a população em geral, dada a relevância de seus resultados, bem como a elaboração de um modelo que viabilize a incorporação do realismo psicológico, sem corromper a abrangência de casos especiais existentes na economia.

## **4 A TRANSPARÊNCIA E EFETIVIDADE DOS NUDGES**

Os nudges devem ser transparentes e abertos ao invés de ocultos e encobertos. A transparência deve ser incorporada à prática básica. Suponha que um governo (ou um funcionário privado) adota um programa que automaticamente registra pessoas em um programa de pensão, ou suponha que uma grande instituição (uma cadeia de lojas privadas, ou aqueles que dirigem cafeterias em prédios do governo) decide tornar os alimentos saudáveis mais visíveis e acessíveis. Em ambos os casos, a ação relevante não deve ser escondida de qualquer forma. As decisões do governo, em parti-

cular, devem estar sujeitas ao escrutínio público e revisão. Uma vantagem principal dos toques ou cutucadas, em oposição aos mandatos e proibições, é que eles evitam a coerção. (SUNSTEIN, 2017, p. 5).

A terminologia “libertária” contrapõe o conceito intrusivo da palavra paternalismo, exatamente para ressaltar que uma das bases na utilização de técnicas de nudges é o respeito à liberdade de escolha, desde que haja transparência e publicidade na forma de expor as opções ao cidadão.

É importante salientar que o objetivo de diversos nudges é tornar a vida mais simples, mais segura ou mais fácil para as pessoas. Considere placas de trânsito, obstáculos de velocidade (“quebra-molas”), divulgação de informações relacionadas à saúde ou às finanças, campanhas educacionais, redução no consumo de papel e avisos públicos. Quando agentes públicos reduzem ou eliminam as questões burocráticas e fomentam a simplicidade e a transparência, estão reduzindo os encargos das pessoas. Certos dispositivos (como telefones celulares e tablets) são intuitivos e simples de usar. Da mesma maneira, muitos nudges são destinados a garantir que as pessoas não se esforcem tanto para interagir com o governo ou para alcançar seus objetivos. (SUNSTEIN, 2017, p. 5).

Permeados por diversos fatores, dentre eles os cognitivos, sociais, emocionais, fisiológicos e neurológicos, ao avaliar as interações e decisões dos indivíduos contidos em um modelo complexo e dinâmico, a racionalidade e o processo decisório das pessoas podem ocasionar em um certo grau de abstração e imprevisibilidade quando analisados, tornando difícil de ser aceita a ideia de que o ser humano é racional e toma decisões baseado somente na melhor estratégia possível, ou no conjunto de melhores estratégias.

O Estado exerce a função de um “arquiteto de escolha”, buscando orientar e estimular o bem-estar social. De uma forma geral, consideram-se viáveis os programas que contemplem ferramentas indutivas de comportamento, como disposição de informações em ordem de interesse e incentivos comportamentais com ou sem contrapartida financeira para a tomada de decisões.

Os vieses mais estudados parecem ser os da forte submissão às normas sociais, inércia, ancoragem, disponibilidade, representatividade, evocação, otimismo excessivo, aversão à perda, contabilidade mental e comportamento de manada. (MORAES, 2018, p. 619).

Nesta ocasião, destacam-se contribuições que reforçam a necessidade do nudge estar claro e manter a liberdade de escolha das pessoas, não havendo obrigação ou coerção, mas sim uma espécie de persuasão que direcione a decisão para aquilo que produza o melhor resultado para o agente.

Esta é a lógica que compõe o nudge, o empurrãozinho para a escolha certa. Trata-se da arquitetura de escolha, ou seja, de um incentivo para as pessoas fazerem as melhores escolhas através de pequenas alterações no contexto no qual elas (as escolhas) se apresentam. Todavia, o nudge é capaz de influenciar o comportamento dos agentes tanto para um comportamento positivo quanto para algo negativo.

O exemplo mais significativo é o do buffet de um restaurante numa escola. A ordem dos alimentos no buffet influencia quais alimentos e o quanto deles os alunos consomem. O empurrãozinho consiste em organizar o buffet visando um consumo dos alimentos mais saudáveis. Nenhum alimento seria retirado do buffet. Apenas se mexeria na ordem, na disposição dos alimentos. Como não há comando e controle a estipular a tomada de uma decisão (o consumo de alimentos saudáveis) em prejuízo de outra, apenas indução, o nudge não seria classicamente paternalista: seria paternalista de maneira libertária, pois o regulado teria a chance de formular a sua escolha. E mesmo que tome a decisão induzida, sugerida pelo regulador, concluirá ao final que aquela foi mesmo a melhor opção. (THALER, 2009, p. 1-4).

Uma vantagem importante dos nudges, em contraponto com as imposições e proibições, é evitarem a coerção. Nesta ocasião, eles nunca devem assumir a forma de manipulação ou trapaça. O público tem de ser capaz de observar e investigar os nudges tanto quanto quaisquer outros tipos de ações do governo. O interesse crescente em nudges deve-se ao fato de que eles geralmente impõem um baixo custo e às vezes produzem re-

sultados imediatos (incluindo economia significativa de recursos econômicos), mantêm a liberdade e podem ser altamente eficazes.

Certas políticas assumem a forma de mandatos e proibições, como a lei penal que proíbe o roubo e a lesão corporal. Outras políticas assumem a feição de incentivos econômicos (incluindo desincentivos), como subsídios para combustíveis renováveis, taxas para exercer determinadas atividades ou impostos sobre a gasolina e produtos de tabaco. Já outras políticas assumem a forma de nudges, ao preservar a liberdade de abordagens que orientam as pessoas em direções determinadas, mas que também as permitem seguir o seu próprio caminho. Atualmente, as instituições públicas e privadas têm demonstrado um crescente interesse no uso de nudges, já que estes têm baixo custo econômico e potencial para atingir objetivos econômicos e de outra natureza (inclusive a saúde pública). (SUNSTEIN, 2017, p. 4).

Para todas as políticas, inclusive a de nudges, é relevante basear-se em evidências e não em intuições, narrativas sobre casos isolados, desejos irrealistas ou dogmas. Todavia, certas políticas, inclusive alguns nudges, parecem promissoras no plano abstrato, mas acabam falhando na prática. Testes empíricos são indispensáveis. Neste ponto, é necessário enfatizar que podem surgir surpresas desagradáveis, inclusive consequências adversas impremeditadas, e os formuladores de políticas com sensibilidade devem procurar prever estas ocorrências (e repará-las caso venham a ocorrer). Às vezes, testes empíricos demonstram que a maneira planejada daria bom resultado, mas que alguma mudança, ou alguma alternativa, funcionaria ainda melhor.

A arquitetura das escolhas ou nudge implica uma intervenção no desenho de organização de possibilidades de escolha de uma pessoa, que fomenta um certo comportamento, sem, todavia, restringir a liberdade de decisão desta. A proposta de um nudge pode ser concebida de maneira privada a fim de se ter alcance individual e/ ou coletivo ou, ainda, por meio de ações governamentais ou políticas públicas para se estimular condutas positivas ou negativas, da sociedade ou de um determinado segmento social específico.

Destarte, mesmo quando se está tratando de agentes limitadamente racionais, a noção geral de autonomia não pode ser integralmente afastada. Em outras palavras, atingido um certo nível mínimo de racionalidade, o respeito à autonomia individual deve garantir a liberdade do indivíduo em tomar decisões que possam não ser totalmente racionais. A liberdade de escolha, assim sendo, revela a autonomia do indivíduo em proceder do modo como entender mais conveniente.

## **5 OS NUDGES COMO INSTRUMENTO DE REGULAÇÃO**

É justificável a intervenção estatal no domínio econômico para conduzir os comportamentos individuais a um nível socialmente desejado. Isso porque, invariavelmente, todo programa jurídico-político concede ao Estado essencial papel em relação à promoção da economia e do bem-estar geral da sociedade. (BARON, 1997, p. 78-88). A diferenciação entre procedimentos de controle que objetivam influenciar de maneira mais direta a formação de preferências (e restringir a autonomia do indivíduo) e aqueles modelos que tem por objetivo mitigar erros cognitivos (de modo a que os agentes possam tomar suas decisões a partir de um conjunto mais amplo e/ou mais transparente de opções) é essencial, devendo a primeira modalidade regulatória estar sujeita a maior controle em sua implantação e utilização.

Neste sentido, o estudo desenvolvido por Kahneman e Tversky a respeito do processo da tomada de decisão, levando o primeiro a ganhar o prêmio Nobel de Economia neste mesmo ano e a escrever o livro “Thinking fast and slow”, demonstra a existência do funcionamento da mente humana por dois sistemas distintos: o Sistema 1 sendo rápido, intuitivo e emocional, trabalhando com pouco esforço e nenhuma percepção de controle voluntário, e o Sistema 2, sendo o mais lento, entretanto, mais lógico, sendo necessário atividades mentais mais complexas, ligadas a concentração e a escolhas. O Sistema 1, conhecido como Sistema

Automático, é aquele que inclui capacidades inatas, instintivas, compartilhadas com outros animais.

O Sistema 2, por sua vez, chamado de Sistema Reflexivo, sugere que apesar das operações serem diversificadas, há um padrão, sendo que todas exigem atenção. Todavia, quando esta é desviada, a atividade é interrompida. Tarefas como procurar uma mulher de cabelos brancos, contar as ocorrências da letra “A” numa página de texto, são exemplos de momentos que o Sistema 2 precisa ser ativado, ou seja, ele precisa trabalhar quando a operação exige raciocínio e organização, em situações que não é possível atividades serem feitas de maneira automática.

O Sistema 1 tem grande influência sobre as decisões das pessoas. Por mais que estes prefiram a outra opção e tenham uma maior satisfação, a inércia age de maneira automática no comportamento humano, fazendo com que eles se mantenham no status quo, ou seja, optam por se manter no estado atual.

Os erros sistemáticos estariam dentro das “heurísticas e vieses” e fariam alusão ao primeiro sistema que, ao elaborar “atalhos mentais” para chegar a acertos rápidos perante escolhas, pode cometer erros. Estas “heurísticas e vieses” possuem importância de análise diante do processo de decisão do indivíduo, uma vez que revelam, por meio desses erros sistemáticos, uma discrepância com os princípios axiomáticos do homem racional, visto que, diversas vezes, são ligadas com concepções próprias dos indivíduos.

Se, por um lado, as pessoas fazem suas escolhas de maneira equivocada, causando a diminuição da sua própria qualidade de vida, compete ao Estado de bem-estar social providenciar ferramentas para que as pessoas façam melhores escolhas. Defende-se, dessa forma, um planejamento eficiente como forma de influenciar o processo de formação das preferências. Logo, toda uma composição de técnicas normativas é criada para influenciar o comportamento das pessoas. (RIBEIRO, 2018, 458).

Tanto o nudge, quanto a arquitetura de escolhas, seriam ferramentas para serem utilizadas por entes públicos e privados para vencer os resultados tidos como ruins, resultantes das decisões embasadas nessas heu-

rísticas e vieses, sem, ainda, comprometer as decisões tomadas de forma deliberada por outros indivíduos. As medidas relativas à arquitetura de escolhas e aos nudges devem atender decisões em que os indivíduos podem cometer erros.

Os nudges, por sua vez, respeitam a liberdade individual, assim como podem ser elaborados tanto por governos quanto por entes privados, podendo haver benefícios para ambos, assim como para a sociedade, nos termos dos ganhos dessas arquiteturas de escolhas, sendo também importante enfatizar este aspecto, pois se pode contestar o papel do governo ou do mercado perante a determinar quais escolhas seriam as mais indicadas. (RAMIRO; FERNANDEZ, 2017).

Os nudges e a arquitetura de escolha são instrumentos de política pública que podem ser utilizados para induzir a alteração do comportamento dos cidadãos, auxiliando a melhorar a esfera social. Nesta ocasião, a utilização de alertas dramáticos podem ser uma maneira de conscientização dos indivíduos e da sociedade. Medidas como essas podem alcançar resultados concretos. Entretanto, precisam ser bem planejadas, estruturadas, aplicadas, continuadas e monitoradas para avaliar os seus resultados. A informação, por sua vez, precisa chegar de modo fácil e acessível a todos.

A arquitetura dos programas de integridade pública, sobretudo a jurídica, deve ser pensada e discutida coletivamente. Não apenas a maneira como essa nova realidade pode ser inserida dentro das instituições públicas brasileiras, mas também o que os programas passarão a representar para o setor público em termos de efetividade e legitimidade dos seus atos são, sem dúvida, pontos de alta relevância para o regime democrático brasileiro. (BINDILATTI, 2020, p. 3).

Os nudges possuem como objetivo o aperfeiçoamento da vida dos indivíduos e o auxílio na resolução de diversos dos principais problemas da sociedade, com pouco ou nenhum custo direto e de forma a preservar a autonomia dos cidadãos. A diferença é que os nudges viabilizam a liberdade de escolha, enquanto outras maneiras de fomento à tomada de decisão são mais impositivas.

Deste modo, os nudges podem abordar diversas áreas, como a educação, saúde, meio-ambiente, dinheiro, paternalismo libertário e a arquitetura de escolhas, a qual faz alusão à ferramenta pela qual um indivíduo, no papel de formulador de uma situação, como, por exemplo, um *policy maker*, que recorre para criar um ambiente de escolhas.

No paternalismo libertário, esta arquitetura de escolhas deve ser esquematizada em uma conjuntura para facilitar que os indivíduos e a sociedade atinjam seus objetivos em termos de bem-estar, fazendo uso, inclusive, dessas orientações em forma de nudges, mas também por meio de informações mais claras e consistentes que correspondam à capacidade de racionalidade limitada das pessoas.

A complexidade do comportamento humano e, principalmente, seus reflexos nos segmentos sociais exigem novas abordagens políticas para tratar dos riscos e efeitos sociais de escolhas trágicas. As políticas públicas organizadas pelo Estado de bem-estar social devem buscar a mais verossímil aproximação do que efetivamente busca modificar ou estimular incentivos de natureza neurocomportamental. Algumas vezes, pequenas transformações de natureza legislativa podem alterar a forma como as pessoas reagem aos incentivos. (RIBEIRO, 2018, 463).

Objetivando preservar a autonomia dos cidadãos, os nudges estruturados pelo governo nunca devem ser ocultos. Eles precisam ser transparentes e tão passíveis de análise pela opinião pública quanto qualquer outra atividade governamental. Neste sentido, a vantagem do nudge em relação a ações impositivas, além de melhorar a regulação evitando a restrição de direitos, é seu baixo custo em paralelo ao grau de efetividade, pois diversas vezes engloba medidas tão simples quanto o mero fornecimento de dados e informações.

Tanto os nudges quanto a arquitetura de escolhas seriam meios para serem adotados por entes públicos e privados para obter os resultados tidos como ruins, provenientes das decisões embasadas nas heurísticas e vieses, sem, ainda, comprometer as decisões tomadas de forma deliberada por outros cidadãos.

## 6 OS NUDGES EM PARALELO COM OS SETORES PÚBLICO E PRIVADO

Em determinados cenários, a teoria da escolha racional erra. Nesta ocasião, economistas antitruste continuam a confiar nas teorias da escolha racional. Os teóricos da escolha racional, por sua vez, caracterizam o comportamento real como irracional, pois estão implicitamente argumentando sobre um ideal normativo de racionalidade que inclui a maximização da riqueza como uma preferência uniforme estável. (STUCKE, 2007, p. 5).

Nudge e paternalismo libertário são ideias distintas. O nudge é a indução a uma escolha. O paternalismo libertário, por sua vez, é a ideia que está por trás, que move o indutor. Se o indutor toma em conta os interesses do induzido, promovendo-lhe o bem-estar, é então paternalista. O paternalismo aqui é, porém, libertário, porque a pessoa induzida sempre tem a possibilidade de decidir em sentido contrário. É fato que os nudges encontram-se na esfera da Economia Comportamental que reconhece a parcela de irracionalidade humana como um dos elementos que também envolve suas escolhas na sociedade.

O objetivo é desenvolver a ideia das pessoas que criam os ambientes para que as pessoas tomem suas próprias decisões. (THALER, 2016, p. 4). O crescente interesse em fazer uso de nudges deve-se ao fato dos baixos custos com a sua utilização e, certas vezes, produzem resultados imediatos e altamente eficientes. Por exemplo, verificou-se que simplificações e mudanças nas regras padrões podem gerar impactos maiores que incentivos econômicos.

Se as decisões de compra fossem baseadas apenas pela razão, bastaria que as empresas produzissem aquilo que as pessoas realmente necessitam. Deste modo, os consumidores utilizariam um bem durável pelo maior tempo possível. Elas passariam a considerar uma nova compra ou substituição de um determinado produto somente quando o bem encerrasse sua vida útil.

O julgamento e o processo de decisão humano demonstram que as pessoas usualmente utilizam de sua intuição, de atalhos mentais e heurísticas para fazer decisões. As heurísticas, apesar de serem eficientes, tam-

bém podem ocasionar erros previsíveis. (RACHLINSKI, 2017, p. 3). Como afirmado acima, um dos princípios da economia comportamental é observar que os indivíduos possuem diversos mecanismos que os fazem tomar decisões que nem sempre são as melhores para si ou para a vida em sociedade, de acordo com os erros sistemáticos, havendo uma necessidade de conduzi-los a um caminho distinto. O paternalismo libertário é proposto, nesta situação, para indicar este novo caminho a ser seguido, mas também para preservar a liberdade do indivíduo.

É fato que os humanos cometem erros sistemáticos nas tomadas de decisões, sendo que os erros persistem ao longo do tempo. Exemplos são as expectativas sobre as coisas, as visões que possuem de si, dentre outros. (MCADAMS, 2008, p. 4). Os nudges, por sua vez, respeitam a liberdade individual, assim como podem ser elaborados tanto por governos, na conjuntura do paternalismo libertário, quanto pela iniciativa privada, podendo haver benefícios para ambos, assim como para a sociedade, nos termos dos ganhos dessas arquiteturas de escolhas, sendo importante enfatizar este aspecto, pois é possível contestar a função do governo ou do mercado econômico perante a determinar quais escolhas seriam as mais indicadas.

A união entre o Direito, Economia Comportamental e Políticas Públicas pode ser justificada pela busca de métodos mais eficazes para evitar tragédias sociais causadas pelo “espírito animal” dos agentes econômicos (AKERLOFF, 2009, p. 21). Ademais, um dos objetivos do Estado de bem-estar social envolve o papel do planejador central como ente regulador. Por esta razão, a função do Estado tem relação direta com o comportamento dos agentes econômicos no ambiente social. Atuar de acordo com os incentivos gerados pelo Poder Público revela um processo pelo qual uma organização ou indivíduo busca ampliar a função utilidade pelo ajustamento deliberado e consciente dos meios e fins (RIBEIRO, 2016, p. 68).

As heurísticas são dispositivos ou formas de pensar que as pessoas usam para simplificar tarefas, podendo produzir (mas nem sempre) resultados ruins. As heurísticas de disponibilidade são quando as pessoas acreditam que algo é mais provável (ou mais provável problema) se eles puderem evocá-lo prontamente. Isto também elucidada o “comportamento

de manada”, como as pessoas descobrem ser mais provável o que os outros estão falando (a cascata de “disponibilidade”). (FANTO, 2000, p. 4).

A economia comportamental apresenta novas ferramentas políticas, que podem ampliar o conjunto de resultados. Ainda, apresenta melhores previsões sobre as políticas, o que permite uma melhor identificação dos impactos das políticas, ainda que não gerem novas ferramentas. Esta vertente de estudo também traz novas implicações de bem-estar. Vieses comportamentais diversas vezes geram diferenças entre o bem-estar da perspectiva de um formulador de políticas, que depende da utilidade experimentada de um agente (seu bem-estar real) e da decisão do agente (o objetivo que o agente maximiza ao fazer escolhas). (CHETTY, 2015, p. 4).

Os nudges mais eficazes recorrem ao trabalho mais valioso na ciência comportamental (incluindo a economia comportamental); e, assim, revelam um entendimento realista de como as pessoas vão responder às iniciativas governamentais. Todavia, algumas políticas, incluindo alguns nudges, parecem promissoras na teoria, mas acabam por falhar na prática. Testes empíricos, incluindo experiências aleatórias controladas, são essenciais. Surpresas ruins são possíveis, incluindo consequências adversas não desejadas, e as decisões de políticos sensatos devem tentar prever essas surpresas (e corrigi-las quando surgirem). Por vezes, testes empíricos revelam que a reforma planejada, de fato, funcionará – mas que alguma variação sobre ela, ou alguma alternativa, possivelmente funcionará ainda melhor. (SUNSTEIN, 2017, p. 6).

É necessário, ainda, se esperar erros das pessoas, sendo preciso fornecer feedback para que os mesmos compreendam onde erraram ou acertaram, de maneira a possuir um aprendizado. Assim, a abordagem da informação e o tratamento da mesma, objetivando fazer uso do efeito enquadramento de uma maneira positiva (ênfase em ganhos, contextos positivos e salientando informações importantes), pode ser utilizada juntamente para se reforçar incentivos perante escolhas, medida já utilizada por entes públicos e privados para direcionar os indivíduos quanto a algumas decisões.

A psicologia sócia cognitiva e a economia comportamental partem da ideia de que os indivíduos possuem capacidade e habilidade limitada

para reconhecer e processar toda informação essencial para tomar suas decisões. Assim, os indivíduos recorrem a heurísticas no momento de tomada de suas decisões. (CASTELLANO, 2012). Diante de certa irracionalidade da natureza humana, certas ferramentas da economia comportamental vêm somar-se às teorias econômicas e jurídicas regulatórias buscando auxiliar na escolha e nas decisões políticas.

A perspectiva da economia comportamental, por meio das visões do paternalismo libertário e do nudge, conduzem a novos escopos para a composição e análise de políticas públicas. Porém, esta visão deve ser problematizada e criticada, especialmente porque, uma vez que foi criada e desenvolvida majoritariamente nos países desenvolvidos, acaba por ter foco em preocupações distintas daquelas que seriam verificadas em países subdesenvolvidos e em desenvolvimento, que, diversas vezes, não possuem políticas públicas efetivas e eficientes para o bem-estar da sua população.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir deste trabalho buscou-se apresentar o quanto as aplicações e ferramentas da área da Economia Comportamental podem ser utilizadas nos setores público e privado com o intuito de se alcançar resultados melhores na tomada de decisões pelos agentes econômicos. O Estado, por sua vez, em diversas ocasiões assume a função de arquiteto de escolha, principalmente em razão de suas obrigações que exigem intervenções.

O nudge foi adotado em ambientes de escolhas particulares, objetivando alterar o comportamento das pessoas e fomentar o seu bem-estar social. Na conjuntura da Economia Comportamental, busca-se, através da influência das escolhas, manter certo patamar de liberdade dentro de um quadro predefinido de opções, de baixo custo e impacto reduzido, almejando melhorar a condição de vida das pessoas que, por essa mesma liberdade, poderiam num ambiente sem influência tomar uma decisão ruim.

Sendo assim, os nudges devem ser utilizados como mecanismos da economia comportamental para melhor orientar as escolhas dos indivíduos visando o bem-estar da sociedade. Deste modo, torna-se mais válida

uma ação paternalista libertária que prevê a preservação da liberdade de escolha dos indivíduos do que a imposição por coação.

O paternalismo libertário e a arquitetura de escolha, assim como a utilização das heurísticas e vieses, tornam possível concluir que as descobertas da Economia Comportamental podem contribuir para melhores orientações das esferas pública e privada, mantendo-se o propósito de o nudge ser utilizado objetivando o bem social, sendo transparente e garantindo a liberdade de escolha dos indivíduos.

## REFERÊNCIAS

- AKERLOFF, George; SHILLER, Robert. **O espírito animal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- BARON, Jonathan. **Biases in the quantitative measurement of values for public decisions**. Psychological Bulletin, Philadelphia, v. 122, n. 1, 1997. DOI: <https://psycnet.apa.org/doi/10.1037/0033-2909.122.1.72>. Disponível em: <https://psycnet.apa.org/record/1997-04730-006>. Acesso em: 27 out. 2021.
- BINDILATTI, Camilla Carli de Mesquita. Reflexões sobre a arquitetura jurídica dos programas de integridade pública: Afinal, são realmente necessários? **Journal of law and regulation**, v. 6, n. 1, 2020. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/rdsr/article/view/31231>. Acesso em: 27 out. 2021.
- CASTELLANO, Andrea; SARDI, María Celeste Chaz. Análisis económico del Derecho del Consumidor: elección, heurísticas y sesgos de percepción. **Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers**. 2012. Disponível em: <https://scholarship.org/uc/item/91b9p4dh>. Acesso em: 27 out. 2021.
- CHETTY, Raj. Behavioral economics and public policy: a pragmatic perspective. **American Economic Review**, v. 105, n. 5, Mayo 2015. Disponível em: <https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/aer.p20151108>. Acesso em: 27 out. 2021.
- FANTO, James A. **Quasi-rationality in action: a study of psychological factors in merger decision-making**. 5 Mar. 2000. Disponível <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.265151>. Acesso em: 27 out. 2021.
- FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira; CRUZ, Antonia Camilly Gomes. Nudges fiscais: a economia comportamental e o aprimoramento da cobrança da dívida ativa. **Pensar Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 24, n. 4, 2019. DOI: <https://doi.org/10.5020/2317-2150.2019.10258>. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/10258>. Acesso em: 27 out. 2021.
- JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. A behavioral approach to law and economics. **Stanford Law Review**, v. 50, n. 1471, 1998. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2292029>. Acesso em: 27 out. 2021.

KAHNEMAN, Daniel. Judgment and decision making: a personal view. **American Psychological Society**, v. 2. n. 3, Mayo 1991.

MCADAMS, Richard; ULEN, Thomas. **Behavioral criminal law and economics**. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper, n. 440, 2008. Disponível em: [https://chicagounbound.uchicago.edu/law\\_and\\_economics/80/](https://chicagounbound.uchicago.edu/law_and_economics/80/). Acesso em: 27 out. 2021.

MORAES, José Diniz de; TABAK, Benjamin. As heurísticas e vieses da decisão judicial: análise econômico-comportamental do direito. **Revista de Direito GV**, v.14, n. 2, 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v14n2/1808-2432-rdgv-14-02-0618.pdf>. Acesso em: 27 out. 2021.

RACHLINSKI, Jeffry; WISTRICH, Andrew. Judging the judiciary by the numbers: empirical research on judges. **Annual review of law and social science**, 13, 2017.

RAMIRO, Thomas; FERNANDEZ, Ramon Garcia. O nudge na prática: algumas aplicações do paternalismo libertário às políticas públicas. **Tec – textos de economia**, Florianópolis, v. 20, n. 1, 2017. DOI: <https://doi.org/10.5007/2175-8085.2017v20n1p1>. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/economia/article/view/2175-8085.2017v20n1p1>. Acesso em: 27 out. 2021.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. Racionalidade limitada. *In*: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo. Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/5218>. Acesso em: 27 out. 2021.

STUCKE, Maurice. Behavioral economists at the gate: antitrust in the 21 Century. The university of tennessee, **Loyola university chicago law journal**, v. 38, dez. 2007. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=981530](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=981530). Acesso em: 27 out. 2021.

SUNSTEIN, Cass R. Nudging: a very short guide. **Revista de estudos institucionais**, v. 3, n. 2, 2017.

THALER, Richard H. SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: o empurrão para a escolha certa: aprimore suas decisões sobre riqueza, saúde e felicidade**. Tradução Marcello Lino, Rio de Janeiro, Elsevier, 2009.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R.; BALZ, John P. **Choice architecture**, 2 Apr. 2010. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1583509>. Acesso em: 27 out. 2021.

THALER, Richard. **Behavioral economics: past, present, and future**. American Economic Review, v. 106, n. 7, 2016. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2790606](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2790606). Acesso em: 27 out. 2021.

## **CAPÍTULO 6: O CAPITALISMO HUMANISTA NA PROTEÇÃO DOS SUPERENDIVIDADOS**

### **CHAPTER 6: THE HUMANISTIC CAPITALISM IN THE PROTECTION OF OVER-INDEBTED**

*João Maurício Adeodato*

*Luiz Felipe Rossini*

**RESUMO:** O presente capítulo aborda aspectos da Lei 14.181/21, sob a ótica do capitalismo humanista. O século XXI é marcado pelo consumo de inclusão. A expansão do consumo é acompanhada da facilitação do acesso ao crédito, a fim de permitir a aquisição de bens e serviços por aqueles que não possuem recursos para fazê-lo com pagamento à vista. Entretanto, o crédito concedido a quem não tem condições de prover o pagamento pode piorar ainda mais a situação do consumidor-devedor, que ao não conseguir arcar com a quitação de suas obrigações transforma o débito em uma verdadeira bola de neve, que cresce até o ponto em que o indivíduo acaba por utilizar todos os seus recursos apenas para o pagamento de juros e encargos, com prejuízo à sua própria subsistência e existência digna. Atento à vulnerabilidade na qual se encontra o consumidor, o legislador insere em nosso ordenamento jurídico ferramentas para que o superendividado possa arcar com o pagamento do débito, sem prejuízo do próprio sustento, de forma a se respeitar, nas relações privadas, o comando constitucional de respeito à propriedade privada e à livre iniciativa, mas sempre com o intuito de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

**Palavras-chave:** capitalismo humanista; superendividamento; direitos fundamentais. consumo; crédito responsável.

**ABSTRACT:** This chapter discusses aspects of Law 14.181/21, from the perspective of humanistic capitalism. The 21st century is marked by inclusive consumption. The expansion of consumption is accompanied by the facilitation of access to credit, to allow the acquisition of goods and services by those who do not have the resources to do so with cash payment. However, credit granted to those who are unable to provide payment can further worsen the situation of the consumer-debtor, who, by not being able to meet their obligations, transforms the debt into a real snowball, which grows until the at which point the individual ends up using all his resources only to pay fees and charges, at the expense of his own subsistence and dignified existence. Aware of the vulnerability in which the consumer is found, the legislator inserts in our legal system tools so that the over-indebted person can pay the debt, without prejudice to their own support, to respect, in private relations, the constitutional command of respect for private property and free enterprise, but always with the aim of ensuring a dignified existence for all, in accordance with the dictates of social justice.

**Keywords:** humanistic capitalism; over-indebtedness; fundamental rights; consumption; responsible credit.

## **1 INTRODUÇÃO: VULNERABILIDADE E PROTEÇÃO CONTRA O CRÉDITO IRRESPONSÁVEL**

Nas últimas décadas, a facilitação do acesso ao crédito, muitas vezes sem nenhuma análise ou critério, somada à cultura de consumo como meio de inclusão social, acabou por criar uma situação designada por um neologismo: superendividamento.

O superendividamento é fruto da concessão de crédito sem uma maior análise perfil do destinatário, e do comprometimento de sua renda mensal em outras dívidas ou despesas, fazendo com que o mesmo se perca em meio aos débitos, cujo inadimplemento agrava a situação até o ponto de o indivíduo não mais suportar o pagamento, ou comprometer parte considerável de sua renda apenas com o pagamento de dívidas, prenden-

do o consumidor ao débito de forma *ad eternum*, destinando a totalidade, ou ao menos parte considerável, ao sistema financeiro, em detrimento do sistema econômico.

O superendividado é aquele que ultrapassa a linha do simples endividamento, comprometendo suas necessidades mais básicas e a própria existência digna.

Este trabalho tem por objetivo a análise de aspectos da [Lei 14.181/21](#) que visam a instituição de uma cultura de pagamento, a reinserção de milhões de cidadãos na economia ativa, a obrigatoriedade do crédito responsável e a garantia da dignidade do consumidor superendividado.

Para tanto, trataremos da passagem da visão do *homo faber*, de Hannah Arendt, para o consumidor pós-moderno, tratado por Jean-François Lyotard e, principalmente, Zygmunt Bauman, na segunda metade do século XX.

Nesse cenário, destacamos a importância da proteção do consumidor, parte vulnerável nessa relação, em nível constitucional, exigindo do Estado uma ação positiva no exercício de tal garantia, assim como o marco estabelecido no julgamento da [Ação Direta de Inconstitucionalidade 2591](#), sendo fundamental a adoção das teorias da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e do diálogo das fontes.

Também na seara constitucional, abordaremos os princípios da ordem econômica, a garantia da propriedade privada e da livre iniciativa, sempre com a finalidade de assegurar a existência digna de todos, com base nos ditames da justiça social, pilares da construção do capitalismo humanista, e da concretização multidimensional dos direitos fundamentais em sua completude.

Por fim, apresentaremos alguns instrumentos do diploma normativo analisado que protegem a dignidade, o mínimo existencial, e que vão ao encontro do capitalismo humanista na proteção constitucional do consumidor.

Para tanto, valemo-nos do método dedutivo, com pesquisa bibliográfica de obras e artigos, adotando como referenciais teóricos a visão do ser humano de Hannah Arendt e Zygmunt Bauman, o diálogo das fontes

de Erik Jayme, introduzida no Brasil por Cláudia Lima Marques e o capitalismo humanista de Ricardo Sayeg e Wagner Balera.

## 2 DE ARENDT A BAUMAN: DO *HOMO FABER* AO CONSUMIDOR

Hannah Arendt coloca sua visão do ser humano no livro *A condição humana*, embora este livro contenha somente a parte ativa dessa ontologia. Por isso o título da edição alemã: *Vita Activa*. O outro lado da condição humana, a *Vita Contemplativa*, só foi publicado mais de 20 anos depois, na obra *The life of the mind*, cujo primeiro volume apareceu em 1981.

Para entender a evolução capitalista na direção do humanismo, é importante a distinção que Hannah Arendt faz entre os conceitos de “condição humana”, empregado por ela, e “natureza humana”, este oriundo da tradição ocidental, que ela critica. A busca por uma “natureza humana” é fadada ao fracasso, pois isso não existe. O ser humano não pode ser objeto de conhecimento, que depende de algum sentido para o ser humano, não se pode querer “[...] que o homem tenha uma natureza ou essência no mesmo sentido em que as outras coisas as têm.” (ARENDR, 1958, p. 10).

Por isso não se pode prever a evolução do capitalismo e de quaisquer outras estruturas sociais. A ação, que constitui a principal esfera da condição humana, caracteriza-se por pluralidade, irreversibilidade e imprevisibilidade: o indivíduo não consegue agir isoladamente, jamais é possível desfazer o que foi feito nessa esfera ativa e ninguém pode saber onde chegará sua ação, uma vez iniciada.

Daí pode-se pensar no seguinte gráfico:<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> A palavra inglesa *labor*, de que Arendt se utiliza, é traduzida usualmente por “labor” ou “trabalho”. O problema é que *work*, no sentido de produzir objetos, é também traduzida por “trabalho” (ADEODATO, 2016, p. 168 s.).

**Tabela 1** – A condição humana (segundo Hannah Arendt)

<b>Atividades</b>	<b>Condições Específicas</b>	<b>Condições Gerais</b>	<b>Espaços</b>
<i>Labor/Trabalho</i>	Vida	Planeta Terra	Social
<i>Trabalho/Produção de Objetos</i>	Mundanidade	Mortalidade	Privado
<i>Ação</i>	Pluralidade	Natalidade	Público

**Fonte:** Autores.

O labor implica uma interação íntima com a natureza, um “metabolismo”, como Arendt prefere, é a sujeição humana enquanto partícipe do mundo animal. É disso que os antigos buscavam se livrar por meio da instituição da escravidão e hoje os modernos, por meio da automação. Não somente o “trabalho improdutivo”, apontado por Marx e Adam Smith, não deixa rastro, todo trabalho (labor) é engolfado no fluxo da natureza. Esses autores confundem a produção de objetos – que chamam “trabalho produtivo” – com o metabolismo da natureza.

A produção de objetos, característica do *homo faber*, o homem engenheiro, fabrica um mundo relativamente mais permanente do que o mundo do labor, esses objetos pretendem certa independência de seu autor. É a condição responsável pela reificação, a transformação dos materiais da natureza em coisas (*res*), objetos de uso humano.

Devido a suas características de pluralidade, irreversibilidade e imprevisibilidade já mencionadas, a ação é a esfera da liberdade, é impossível não ser livre ao agir (ARENDDT, 1980, p. 59). Importante ressaltar que a ação não pode ser separada do discurso e sua retórica, disso depende não só sua expressão, mas sua própria existência: “Sem o discurso, a ação deixaria de ser ação, pois não haveria ator; e o ator, aquele que pratica atos, só é possível se for, ao mesmo tempo, aquele que diz palavras.” (ARENDDT, 1958, p. 198-199).

Arendt demonstra algo de sua “nostalgia helênica” (O’SULLIVAN, 1977, p. 15-25) ao lamentar que a modernidade tenha trazido a administração de problemas econômicos, que, segundo ela, sempre pertenceu à esfera privada da *oikos*, para a esfera pública e o âmbito da política. A Revolução Francesa, por exemplo, não teve sucesso por ter sido guiada pelas “leis naturais a que as massas obedeciam, as quais eram certamente as forças da própria natureza, a força da simples necessidade” (ARENDRT, 1981, p. 61). As necessidades econômicas da miséria não são capazes de construir o espaço público.

Este texto vai contradizer essa última conclusão da autora, na medida em que a humanização do capitalismo depende, em alguma medida, da inserção de problemas econômicos no espaço público. O problema da proteção aos superendividados é utilizado para ancorar a discussão.

A partir da segunda metade do século XX, período que LYOTARD (2009) denominou “pós-modernidade”, temos, segundo o autor, a crise de todas as grandes narrativas que estabeleciam visões do mundo até então, e os indivíduos passam a ser livres para criar novas visões.

A forma de vida contemporânea, segundo o filósofo polonês Zygmunt Bauman, é marcada pela fluidez, pela efemeridade, com laços sociais e relacionais marcados pela fragilidade, assemelhando-se a um líquido, que não possui a força e a rigidez de um sólido, de forma que se modifica a todo instante conforme as circunstâncias do meio. É atingida a sensação de liberdade individual e somos então livres para a busca dos nossos desejos. Porém, em razão da efemeridade do prazer, precisamos de estímulos constantes. Objetos de desejo possuem dentro de si uma obsolescência programada.

Diante da necessidade da busca constante pelo prazer, o “ter” ganha papel de destaque em relação ao “ser”, e a vida passa então a ser organizada em torno do consumo, e não mais da produção.

A vida organizada em torno do papel do produtor tende a ser normativamente regulada. Há um mínimo de que se precisa a fim de manter-se vivo e ser capaz de fazer o que quer que o papel de produtor possa requerer, mas também um máximo

com que se pode sonhar, desejar e perseguir, contando com a aprovação social das ambições, sem medo de ser desprezado, rejeitado e posto na linha [...] O principal, cuidado, portanto, é com a conformidade [...] A vida organizada em torno do consumo, por outro lado, deve se bastar sem normas: ela é orientada pela sedução, por desejos sempre crescentes e que-teres voláteis – não mais por regulação normativa [...] Como não há normas para transformar certos desejos como ‘falsas necessidades’, não há testes para que se possa medir o padrão de ‘conformidade. (BAUMAN, 2001, p. 90).

O consumo se torna um elemento central na formação da identidade. Produtos os quais consumimos identificam estilo de vida e comportamento. Marcas se tornam um símbolo de quem somos.

Em um primeiro momento, o consumo serve, a uma inclusão social em determinado grupo, para depois, servir à distinção de cada indivíduo dentro dele.

Imitação de um modelo dado, a moda satisfaz uma necessidade de apoio social, ela leva o singular à via seguida por todos, ela indica uma universalidade que reduz o comportamento de cada um a mero exemplo. Ela também satisfaz, no entanto, a necessidade de distinção, a tendência à diferenciação, à variação, ao destaque. E ela consegue isso, por um lado, através da mudança de conteúdos que imprime à moda de hoje sua marca individual em relação à moda de ontem e de amanhã, mas por outro lado, ainda mais energicamente, pelo fato de as modas serem modas de classe, de as modas das camadas mais altas se distinguirem daquelas das mais baixas e serem abandonadas no momento em que essas começam a se apropriar daquelas. Portanto, a moda não é nada além de uma forma de vida entre outras, através da qual se conjuga, em um mesmo agir unitário, a tendência à uniformização social à tendência à distinção individual, à variação. (SIMMEL, 2008, p. 3).

Diante dessa corrida desenfreada pelo consumo, corrida esta que não possui um ponto de chegada, pois o desejo é constantemente renovado durante a prova (BAUMAN, 2001, p. 86), e da necessidade social imposta, o consumidor é colocado em situação de vulnerabilidade, merecendo especial

proteção do Estado, e a [Lei 14.181/21](#) vem com o objetivo de instituir uma cultura de crédito responsável e proteção do consumidor superendividado.

### 3 ORIGEM CONSTITUCIONAL DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Em meio a tantas transformações as quais assistimos no início do século XX, no plano jurídico ganha destaque a aproximação entre as esferas pública e privada, mitigando a clássica dicotomia que sempre visou proteger o homem burguês em relação ao Estado.

Se até então a Constituição Federal deveria ter por objeto apenas e tão somente relações atinentes ao Estado, não interferindo na autonomia privada nas relações negociais, com a aproximação dos campos público e privado o Estado passa a tratar da preservação de direitos fundamentais também nas relações entre particulares, e assim, a dignidade e proteção dos indivíduos em nível constitucional passa a se dar também em institutos de direito civil, por meio da constitucionalização de temas tradicionais de direito privado, como a propriedade, a família, a criança e o adolescente.

Assim, “o legislador, intervindo nas relações de direito privado, modificou o eixo de referência deste, do Código Civil para a Constituição”. (MIRAGEM, 2011, p. 30).

Essa elevação de direitos subjetivos a um status constitucional tem reflexos práticos importantes, em especial a superioridade hierárquica quando em conflito com outras normas infraconstitucionais, e a determinação de providências concretas para efetivação de tais direitos.

Especificamente quanto ao direito do consumidor, a proteção ao consumidor é prevista na Constituição Federal como direito fundamental, no artigo 5º, XXXII<sup>12</sup>, e como princípio da ordem econômica, no artigo 170, V<sup>13</sup>.

---

12 XXXII – O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

13 Art. 170: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

V – defesa do consumidor.

Sendo a dignidade da pessoa humana fundamento do Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais formam a base axiológica de nosso ordenamento, constituindo um núcleo rígido hierarquicamente superior a outras normas, não sendo admitida qualquer deliberação tendente a abolir qualquer desses direitos, nos termos do artigo 60, §4º, IV<sup>14</sup>, que elenca as chamadas cláusulas pétreas.

De fato, a própria topologia da proteção ao consumidor dentro do artigo 5º da Constituição Federal o concede a natureza de direito irrevogável, ainda que por emenda à própria Constituição Federal.

A forma de proteção encontrada pelo legislador constituinte foi a determinação ao legislador ordinário de estabelecer as normas para tal efetivação, conforme se depreende da expressão “nos termos da lei”, prevista no artigo 5º, XXXII, assim como no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias<sup>15</sup>.

Em que pese a vagareza do legislador pátrio, que excedeu o prazo concedido pelo legislador constituinte em 587 dias, o Código de Defesa do Consumidor foi promulgado em 11 de setembro de 1990, e a proteção do consumidor é uma constante preocupação desde então.

A forma como se passam a compreender os direitos fundamentais, sobretudo a partir da interpretação que lhes dá a Corte Constitucional Alemã, faz com que o Estado evolua da posição de adversário – típica da conformação dos chamados direitos-liberdades – para uma posição de garantidor desses direitos, o que vai determinar ao Poder Público não apenas uma proibição do excesso, mas também a proibição da omissão. (MIRAGEM, 2011, p. 34).

A proteção do consumidor garante a igualdade em seu sentido material, e não apenas formal, concedendo certa desigualdade aos desiguais para um equilíbrio pleno. Não haveria maior injustiça do que tratar da

---

14 §4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

IV – os direitos e garantias individuais.

15 O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

mesma forma o fornecedor de um produto ou prestador de um serviço e o consumidor com sua inerente vulnerabilidade.

Trata-se de um direito fundamental de segunda dimensão, na passagem de um Estado liberal, no qual os direitos fundamentais, de primeira dimensão, consistiam em prestações negativas do Estado de não interferência em direitos como liberdade e propriedade, para um Estado dito social, que possui o dever também de prestações positivas, como saúde, educação, lazer, moradia, e a proteção ao consumidor.

Se a primeira dimensão dos direitos fundamentais era calcada na liberdade, principalmente da liberdade burguesa, a segunda dimensão de direitos surge com o objetivo de satisfação da igualdade material anteriormente mencionada.

Não basta que Estado não exceda os seus poderes, mas deve também não se omitir naquilo que for necessário para garantia da dignidade da pessoa humana, seja na prestação de serviços públicos, ou na interferência que se faça necessária nas relações entre particulares.

Ao se exigir do Estado uma prestação positiva para assegurar o respeito aos direitos fundamentais, estes deixam de ter eficácia apenas numa relação vertical, na qual o Estado está em posição de superioridade em relação aos cidadãos protegidos, para produzir efeitos também em relações horizontais, entre particulares que, ao menos em tese, estariam em um patamar de igualdade, cabendo ao Estado tal proteção.

[...] os direitos fundamentais, expressando uma ordem de valores objetiva, não são indiferentes ao direito provado e nem às relações entre particulares, admitindo, além disso, a ocorrência de lesões aos direitos fundamentais oriundas de sujeitos privados e que reclamam uma solução, incumbindo ao Estado um dever de proteção também nesta seara. Do contrário, estaríamos, em verdade – tal como oportunamente averbou Jean Rivero – chancelando hipocritamente a coexistência de uma dupla ética social, em sustentando que os direitos fundamentais são oponíveis apenas em face do Estado, não o sendo frente a agressões oriundas de particulares. (SARLET, 2011, p. 278).

Na esteira da propagada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, na esfera dos direitos do consumidor, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ação direta de inconstitucionalidade 2591, em julho de 2006, sob relatoria do Ministro Eros Grau é considerado um marco na constitucionalização do direito civil.

A ação direta de inconstitucionalidade foi proposta pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro, visando a declaração de inconstitucionalidade do artigo 3º, §2º, do Código de Defesa do Consumidor<sup>16</sup>, alegando, em síntese que a proteção do consumidor está prevista no artigo 170 da Constituição Federal, ao tratar da ordem econômica, enquanto a disciplina do Sistema Financeiro está disposta em outro capítulo.

A decisão proferida, entretanto, declarou a constitucionalidade do artigo 3º, §2º do Código de Defesa do Consumidor, garantindo a proteção prevista como um direito fundamental.

Merece destaque nessa decisão dois importantes aspectos, um de natureza formal, juntamente com outro substantivo.

O primeiro é o aspecto formal, sistemático, valorativo e institucional desta decisão do STF, que afirmou a nova garantia institucional do direito do consumidor. Em outras palavras, o STF reconheceu que o direito do consumidor, e o Código de Defesa do Consumidor, em virtude de sua origem constitucional, é parte integrante e essencial deste novo sistema de direito privado *sui generis* brasileiro, formado necessariamente pela coexistência coerente e em diálogo de várias fontes legislativas de direito privado (Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e leis do sistema financeiro e securitário) sob a luz e orientação do sistema de valores da Constituição. O segundo aspecto da transcendência desta decisão é substan-

---

16 Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

tivo, sistemático, valorativo e eficaz, referindo-se a um aspecto importante da constitucionalização do direito dos contratos, no caso contratos bancários, financeiros, de crédito e securitários ou relações de consumo que envolvem direitos humanos ou fundamentais do contratante mais fraco, o consumidor, que é a análise do efeito horizontal (ou entre dois contratantes privados) das garantias constitucionais ou dos direitos fundamentais nas relações privadas, conhecido sob a expressão alemã de *Drittwirkung* no direito do consumidor constitucionalizado. (MARQUES, 2011, p. 56).

O entendimento adotado, naquela que ficou conhecida no meio jurídico como a ADI dos bancos, colocou a Constituição Federal no centro do direito privado, mitigando a antiga dicotomia que separava de forma absoluta as esferas público e privada.

A compatibilidade entre os microssistemas que compõem um único sistema normativo deve ter como base uma coordenação para aplicação simultânea e coerente das diversas fontes legislativas típicas do pluralismo pós-moderno, naquilo que Erik Jayme denominou “diálogo das fontes”, teoria trazida para o Brasil por Cláudia Lima Marques.

De acordo com a teoria do diálogo das fontes, as normas devem ser interpretadas de forma que possam coexistir no ordenamento, e não em sentido de exclusão. É como se os diversos microssistemas de um ordenamento fossem planetas de um mesmo sistema solar.

O sistema de proteção ao consumidor é, dessa forma, aplicado simultaneamente ao Código Civil, a leis bancárias e financeiras, e todos coordenados pela Constituição Federal, a irradiar seus efeitos não apenas nas relações quem envolvam o Estado, mas em qualquer relação que exija interferência estatal para garantia e preservação dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.

Ao determinar, em âmbito constitucional, a proteção do consumidor, o legislador constituinte deixa clara a intenção de agir positivamente, interferindo, se necessário, nas relações entre particulares, não como uma opção estatal, mas, mais do que isso, como um dever de proteção.

## 4 ORDEM ECONÔMICA: FRATERNIDADE E CAPITALISMO HUMANISTA

Em face das transformações ocorridas na sociedade, marcada pelo consumo, com a mitigação da dicotomia público/privado, a constitucionalização do direito civil e o reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, inevitável também que se pense em um novo formato de capitalismo.

Se, por um lado, a propriedade privada e a livre iniciativa, alicerces capitalistas, foram adotados pela ordem econômica constitucional, não se pode perder de vista que o próprio artigo 170 da Constituição Federal estabelece a existência digna de todos, conforme os ditames da justiça social, como finalidade a ser buscada pela ordem econômica, adotando como princípios, dentre outros, a defesa do consumidor, a função social da propriedade e a redução das desigualdades regionais e sociais.

Se a primeira dimensão dos direitos fundamentais englobava a liberdade e exigia uma abstenção por parte do Estado, e a segunda dimensão, com vistas à igualdade, necessitava de uma prestação positiva, relacionada aos direitos sociais, a terceira dimensão trata da fraternidade e da solidariedade nas relações, seja no âmbito público ou privado.

O legislador constituinte, atento a essa dimensão, elencou a construção de uma sociedade solidária como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, conforme redação do artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal.

Para tanto, há de ser estabelecido um novo marco teórico capitalista, com um olhar especial para a fraternidade, que nos conduzirá com liberdade e igualdade para a democracia e a paz, assentado nos ensinamentos de Jesus Cristo: é a ideia do capitalismo humanista (SAYEG; BALERA, 2011, p. 54).

A ideia inicial, revolucionária, é cristã, a partir dos evangelistas, que se referem a Jesus, e de Paulo de Tarso. A noção de direito humano como direito subjetivo inerente à condição humana é a novidade que eles trazem. Os precursores gregos,

como Sófocles e Aristóteles, viram a existência de direitos naturais acima dos direitos positivos, é certo, mas a extensão a todos os seres humanos (a igualdade radical) parece ser novidade cristã (ADEODATO, 2009, p. 125).

O capitalismo humanista busca a efetivação da terceira dimensão dos direitos humanos, baseados na fraternidade, e tantas vezes deixado de lado em um sistema capitalista selvagem, predatório, com olhar fixo apenas para redução dos custos e aumento dos lucros.

Não está a se defender uma reviravolta para um sistema socialista, mas sim de aplicação do capitalismo sob um viés humanitário, tal qual previsto em nossa Carta Magna, em substituição ao capitalismo liberal, concebido pela economia de mercado, na qual há a mínima intervenção do Estado na economia.

Sobre o sistema socialista, Sayeg e Balera mencionam o fracasso do mesmo no atendimento das demandas da humanidade e do planeta, conforme as experiências vividas.

Com a imposição de uma rígida simetria plural de igualdade econômica, sufocados o hedonismo e o individualismo pela negação do direito de propriedade privada e a decorrente liberdade de iniciativa, mutilaram-se as características humanas – com o resultado desastroso da perda de eficiência e a implacável ruína da marcha econômica, acompanhados pelo desempenho insatisfatório dos indicadores sociais, políticos e culturais, ou seja, nivelando por baixo a sociedade civil submetida. (SAYEG; BALERA, 2011, p. 24).

Diante da comprovada ineficácia no que diz respeito às necessidades mais básicas, o capitalismo liberal foi dando lugar ao neoliberalismo, sobre o qual ensina Beck (2007, p. 14):

Que ninguém se engane: ao capitalismo dos proprietários, que não têm outro objetivo senão o lucro e produz o divórcio entre os trabalhadores, o Estado (assistencial) e a democracia, é negada a sua própria legitimidade. A utopia neoliberal é uma forma de analfabetismo democrático. O mercado como tal não é portador de sua própria justificativa. Este sistema econômico só é viável em alternância com segurança material,

direitos de bem-estar e democracia; em uma palavra, com o estado democrático.

É inevitável impor ao capitalismo que siga, a partir do neoliberalismo, as restrições na aplicabilidade da Análise Econômica do Direito, observando o desequilíbrio horizontal dos direitos humanos. Indubitável que há de se humanizar o capitalismo, ultrapassar a versão neoliberal do seu “ser”, onde seu estado é de origem selvagem e desumano, para o “dever ser”, de concretização multidimensional dos Direitos Humanos mediante a universal dignificação da pessoa humana.

A concretização multidimensional é exposta por Sayeg e Balera (2011, p. 18):

Pretendemos assim, por meio da concretização universal dos direitos humanos em suas três dimensões subjetivas — liberdade, igualdade e fraternidade —, lançar um novo olhar jurídico sobre a economia, elevando o mercado, de sua conhecida e mítica condição de ambiente selvagem e desumano, a uma economia humanista de mercado para satisfação universal do direito objetivo inato, correspondente à dignidade da pessoa humana em suas dimensões de democracia e paz.

Essa análise multidimensional é importante, pois o capitalismo, em sua origem, foi estruturado somente na chamada primeira dimensão dos direitos humanos, anteriormente analisada, na qual o Estado deveria abster-se da prática de atos atentatórios à liberdade do indivíduo, incluindo-se a liberdade relacionada à propriedade privada e à livre iniciativa.

A burguesia, classe que pode se dizer vencedora da Revolução Francesa, ao conceber um sistema calcado somente sobre a primeira dimensão, impôs ao Estado uma positivação favorável aos seus interesses econômicos.

Para que possa ser atingido o fim maior, que é a efetivação da dignidade da pessoa humana, não é suficiente a garantia de uma ou outra dimensão dos direitos humanos, pois aquela emerge do equilíbrio das três dimensões: liberdade, igualdade e fraternidade, não sob a ótica de uma classe burguesa tão somente, mas de todos os destinatários.

De que vale a dignidade da pessoa humana sem liberdade? Sem igualdade? Sem fraternidade? Sem liberdade haverá a tirania da igualdade. Sem igualdade a tirania da liberdade. E, sem fraternidade, liberdade e igualdade são incompatíveis. (SAYEG, BALERA, 2011, p. 118).

O capitalismo, composto desta maneira, fundado somente na primeira geração de direitos humanos, é uma ofensa à dignidade da pessoa humana, máxima universal e fundamento da República Federativa do Brasil, conforme insculpido no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988.

É essencial que a liberdade esteja harmonizada com as dimensões de igualdade e fraternidade, agindo em conformidade do bem para com toda a humanidade, e, a fim de que possa ter legitimidade.

Assim, a economia deve ser solidária e inclusiva, ou seja, fraterna, que consiste naquele modelo que edifica os Direitos Humanos em todas as suas dimensões.

Pela lei natural da fraternidade, o capitalismo, como regime econômico, longe de ser sórdido e selvagem, deve ser indutor do exercício do direito subjetivo natural de propriedade, com vista à concretização e efetividade dos Direitos Humanos de primeira, de segunda e de terceira dimensão, que institui uma economia humanista de mercado.

Dentro desse contexto é que precisa ser analisada a proteção do consumidor.

Ao erigir a proteção do consumidor à categoria de direito fundamental, o legislador constituinte demonstra preocupação com a parte mais vulnerável da relação jurídica, exigindo uma intervenção para preservação dos direitos fundamentais, visto que a verdadeira liberdade somente existirá com a igualdade e com a fraternidade.

Nesse sentido, a decisão proferida na ADI dos bancos, tida como um marco no sistema de defesa do consumidor, já aplicava, através da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a proteção da parte mais fraca contra a selvageria do capitalismo liberal, interferindo em relações privadas para garantia dos direitos fundamentais, e firmando a tese de que as insti-

tuições bancárias e financeiras também devem celebrar seus negócios limitadas pela proteção do consumidor.

É a livre iniciativa contrabalaneada com a proteção do consumidor e os ditames da justiça social. É o capitalismo humanista substituindo o capitalismo selvagem e predatório.

A história do capitalismo humanista na proteção do consumidor ganhou mais um importante capítulo com a entrada em vigor da lei 14.181/21, protegendo o consumidor e o seu mínimo existencial contra o superendividamento.

## **5 A PROTEÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL NA LEI 14.181/21**

A entrada em vigor da lei 14.181, de 1º de julho de 2021 representa a vitória de uma longa batalha de quase vinte anos.

O endividamento é uma característica marcante em qualquer sociedade típica de consumo, com o crédito facilitado sem maiores entraves ao consumidor, para viabilizar a aquisição de produtos ou serviços que não possua condições de fazer a vista.

O artigo 52 do [Código de Defesa do Consumidor](#), em sua redação original, já previa expressamente deveres dos fornecedores de produtos ou serviços que envolvam outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor.

Entretanto, com o avanço da oferta do crédito, inclusive diretamente em estabelecimentos comerciais como supermercados, lojas, ou também por telefone, pela internet e diretamente em canais de autoatendimento, bem como a popularização de modalidades como o crédito consignado e a alienação fiduciária, a proteção prevista no artigo 52 tornou-se insuficiente.

A avidez de consumidores que buscam na aquisição de bens uma forma de inclusão em grupos sociais, somada à ausência de educação financeira, em especial nos países de desenvolvimento tardio, e a concessão de crédito de forma desmedida, sem informações claras ao consumi-

dor ou análise de comportamento financeiro é o tripé perfeito para o superendividamento.

O neologismo “superendividamento” refere-se à situação daquele que ultrapassou a linha do simples endividado, atingindo um patamar no qual a sua própria subsistência é colocada em risco a partir do momento que todo o seu rendimento é absorvido por dívidas e acessórios destas.

O projeto que deu origem à Lei 14.181/21 tem seu nascedouro em estudo realizado por Claudia Lima Marques, Clarissa Costa de Lima e Káren Danilevicz Bertoncello, acerca do perfil dos superendividados no Brasil.

A novel legislação atualiza o Código de Defesa do Consumidor, e tem como preocupação maior a prevenção do superendividamento, e, se necessário, o tratamento deste, mediante conciliação em bloco com todos os credores ou elaboração de um plano de recuperação, similar ao que já existia para as pessoas jurídicas.

O CDC preparou a sociedade brasileira para o século XXI, mas este século trouxe a inclusão de novas massas de consumidores e novas tecnologias de contratação à distância e mais velozes, despersonalizadas ao extremo e ubíquas, daí a importância de reforçar as bases valorativas e éticas do CDC, explicitando ainda mais as funções da boa-fé e a função social dos contratos de consumo e de crédito, como forma de combater a exclusão social causada pelo superendividamento, pela falta de meios de tratamento global das dívidas do consumidor pessoa-física e da impossibilidade de acesso, assim como combater a discriminação de grupos ou pessoas com necessidades especiais, idosos, jovens, analfabetos, doentes e outros consumidores hipervulneráveis e o chamado assédio de consumo. (BENJAMIN, 2016, p. 11).

A busca pelo equilíbrio entre o interesse econômico, a autonomia privada contratual e a dignidade da pessoa humana encontram seu porto seguro na prevenção do superendividamento e no tratamento da situação do consumidor superendividado, para pagamento com garantia do mínimo existencial.

Não há que se falar em legalização do “calote”, pois o objetivo do tratamento do superendividamento é exatamente o pagamento, ficando ex-

cluídas, nos termos do artigo 54-A, §3º, as hipóteses de dívidas contraídas mediante fraude ou má-fé, oriundas de contratos celebrados dolosamente com o propósito de não realizar o pagamento ou decorrentes da aquisição ou contratação de produtos e serviços de luxo de alto valor.

Trata-se de corolário do princípio da boa-fé, basilar da legislação civil.

No que diz respeito à prevenção do superendividamento, o legislador demonstra preocupação com o dever de informação, exigindo do fornecedor informação clara e adequada acerca do custo efetivo total da operação e a descrição dos elementos que o compõem; a taxa efetiva mensal de juros, bem como a taxa dos juros de mora e o total de encargos, de qualquer natureza, previstos para o atraso no pagamento; o montante das prestações e o prazo de validade da oferta, que deve ser, no mínimo, de dois dias, evitando a contratação de crédito por impulso ou sob pressão; o nome e o endereço, inclusive o eletrônico, do fornecedor e o direito do consumidor à liquidação antecipada e não onerosa do débito, além das informações que já eram exigidas nos termos do artigo 52 do Código de Defesa do Consumidor.

Ainda quanto à oferta de crédito, o artigo 54-C do Código de Defesa do Consumidor, com redação dada pela Lei 14.181/21, veda algumas práticas, como a indicação de que a operação de crédito poderá ser concluída sem consulta a serviços de proteção ao crédito ou sem avaliação da situação financeira do consumidor, forçando o fornecedor, dessa forma, à concessão de crédito de forma responsável, com análise prévia do perfil do consumidor.

Há ainda preocupação especial e expressa quando se tratar de consumidor idoso, analfabeto, doente ou em estado de vulnerabilidade agravada ou se a contratação envolver prêmio.

Outra regra importante trata de contratos conexos, assim considerados aqueles em se recorre aos serviços do fornecedor de produto ou serviço para a preparação ou a conclusão do contrato de crédito, ou então aquele no qual o crédito é oferecido no local da atividade empresarial do

fornecedor de produto ou serviço financiado ou onde o contrato principal for celebrado.

Nos termos do novel artigo 54-F, §1º, do Código de Defesa do Consumidor, sendo exercido o direito de arrependimento em relação a um dos contratos, aquele que lhe é conexo restará resolvido também, incluindo-se situações nas quais se utilizam cheques pós-datados ou cartões de crédito.

Ao lado das medidas de prevenção do superendividamento, há a preocupação com o tratamento do superendividado e sua recolocação na economia, que se dá em dois importantes instrumentos legais: a repactuação e a revisão compulsória.

A requerimento do consumidor superendividado, será designada audiência de conciliação global, para a qual serão intimados todos os credores, apresentando o devedor proposta de plano de pagamento dos débitos, no prazo de 5 anos, sem prejuízo do mínimo existencial.

Havendo conciliação, a sentença que homologar o acordo descreverá o plano de pagamento, do qual deverão constar medidas de dilação dos prazos de pagamento e de redução dos encargos da dívida ou da remuneração do fornecedor, entre outras destinadas a facilitar o pagamento da dívida; referência à suspensão ou à extinção das ações judiciais em curso; data a partir da qual será providenciada a exclusão do consumidor de bancos de dados e de cadastros de inadimplentes; condicionamento de seus efeitos à abstenção, pelo consumidor, de condutas que importem no agravamento de sua situação de superendividamento.

Nos termos do §2º do artigo 104-A, introduzido pela lei ora analisada, o não comparecimento injustificado de qualquer credor, ou de seu procurador com poderes especiais e plenos para transigir, à audiência de conciliação de que trata o caput deste artigo acarretará a suspensão da exigibilidade do débito e a interrupção dos encargos da mora, bem como a sujeição compulsória ao plano de pagamento da dívida se o montante devido ao credor ausente for certo e conhecido pelo consumidor, devendo o pagamento a esse credor ser estipulado para ocorrer apenas após o pagamento aos credores presentes à audiência conciliatória.

Conclui-se, da análise desse último dispositivo, que a tentativa de conciliação deixa de ser uma opção, e passa a ser uma obrigação.

O pedido de repactuação não implicará em insolvência civil, e novo pedido somente poderá ser formulado após transcorrido 2 anos, contados da liquidação do plano homologado, sem prejuízo de eventual repactuação.

Estabelece ainda o diploma normativo a competência concorrente para repactuação global em âmbito administrativo aos órgãos públicos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

Em não havendo acordo em relação a determinados créditos na negociação global, o juiz, a pedido do consumidor, instaurará processo por superendividamento para revisão e integração dos contratos e repactuação das dívidas remanescentes mediante plano judicial compulsório, garantindo ao credor o recebimento, no mínimo, do valor principal devido, corrigido monetariamente, com vencimento da primeira parcela no prazo máximo de 180 dias, mantendo-se o prazo de 5 anos para quitação.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS: O TRIUNFO DO CAPITALISMO HUMANISTA NA PROTEÇÃO DO SUPERENDIVIDADO**

Em uma sociedade movida pelo consumo como forma de inserção do indivíduo e determinação de sua identidade através de marcas e grifes, acompanhada de acesso facilitado ao crédito para aquisição de tais bens, indispensável a proteção do consumidor contra o crédito concedido sem qualquer cautela, de forma irresponsável, e o conseqüente superendividamento.

A Constituição Federal exige uma prestação positiva do Estado, em especial do legislador infraconstitucional, para um cuidado especial com o consumidor e a sua inerente vulnerabilidade, seja ela do ponto de vista técnico, jurídico, ou de informação.

Com a mitigação da dicotomia público/privado, e do reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a permitir uma interferência estatal também nas relações privadas, se assim for necessário, para

a preservação de tais direitos, essencial a visão de um ordenamento jurídico unitário, composto de microssistemas que não devem ser postos em conflito, mas sim em complementariedade, adotando-se a teoria do diálogo das fontes.

O julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2591, em 2016, é um verdadeiro marco na adoção de tal teoria, submetendo as relações envolvendo instituições financeiras ao ordenamento consumérista, e protegendo a parte mais frágil da relação conforme os ditames constitucionais.

A Lei 14.181/21 traz importantes instrumentos para a garantia do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana, dando ao consumidor a proteção constitucionalmente assegurada e sendo um marco da aplicação do capitalismo humanista, com aplicação do diálogo das fontes e consolidando a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

A concessão do crédito de forma responsável e a prévia análise do perfil do consumidor deixa de ser uma cautela, e passa a ser uma obrigação legal, como corolário da boa-fé, da cooperação e da transparência na informação.

Buscamos ainda a implantação da cultura do pagamento, reinserindo milhões de indivíduos na economia ativa não mediante o instituto da prescrição, mas sim com a quitação do débito, movimentando o comércio e o setor produtivo, mas sem renunciar à garantia de existência digna e do mínimo existencial ao devedor, estabelecendo um plano de recuperação financeira com a reunião dos débitos e o parcelamento compulsório, com revisão de valores, se o caso.

O plano para reinserção do superendividado na sociedade econômica é a devolução de sua dignidade subtraída, com clara vantagem também aos credores, que receberão créditos que não conseguiriam de outra forma. É o equilíbrio do interesse econômico e financeiro, com a dignidade da pessoa humana. É a vitória da dignidade sobre a exclusão. É o triunfo do capitalismo humanista sobre a selvageria.

## REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- ADEODATO, João Maurício. **O problema da legitimidade** – no rastro do pensamento de Hannah Arendt. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.
- ARENDT, Hannah. **On revolution**. New York: The Viking Press, 1981.
- ARENDT, Hannah. The Concept of History. In: ARENDT, Hannah. **Between past and future** – eight exercises in political thought. New York: The Viking Press, 1980.
- ARENDT, Hannah. **The human condition**. Chicago/London: University of Chicago, 1958.
- BAUMAN, Zygmunt. **Vida a crédito**. Tradução: Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução Plínio Dentzein. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BECK, Ulrich. **Un nuevo mundo feliz** – laprecariedad del trabajo em la era de la globalización. Barcelona: Paidós, 2007.
- BENJAMIN, Antônio H. Prefácio. In: MARQUES, Claudia Lima; CAVALAZZI, Rosângela Lunardelli; LIMA, Clarissa Costa de. **Direitos do consumidor endividado II: vulnerabilidade de inclusão**. São Paulo: RT, 2016.
- BRASIL. **Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021**. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14181.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14181.htm). Acesso em: 28 out. 2021.
- COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. **Doutrinas essenciais de direito do consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1, p. 185-196.
- Disponível em [http://www1.sp.senac.br/hotsites/blogs/revistaiara/wp-content/uploads/2015/01/07\\_IARA\\_Simmel\\_versao-final.pdf](http://www1.sp.senac.br/hotsites/blogs/revistaiara/wp-content/uploads/2015/01/07_IARA_Simmel_versao-final.pdf). Acesso em: 28 out. 2021.
- LIMA, Clarissa Costa de. **O tratamento do superendividamento e o direito de recomençar dos consumidores**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. Tradução Ricardo Corrêa Barbosa. 12. ed. Rio de Janeiro: J. Olympio, 2009.
- MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. *E-book*.

MARQUES, Cláudia Lima. O novo direito privado brasileiro após a decisão da Adin dos bancos (2.591). *In*: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (org.). **Vulnerabilidade do consumidor e modelos de proteção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 2. p. 51-93. (Coleção Doutrinas essenciais direito do consumidor).

MARQUES, Cláudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de. Nota sobre as conclusões do banco mundial em matéria de superendividamento dos consumidores pessoas físicas. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 89, p. 453-457, set./out. 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARQUES, Cláudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. Dados preliminares da pesquisa empírica sobre o perfil dos consumidores superendividados da comarca de Porto Alegre (2007 A 2012) e o “observatório do crédito e superendividamento UFRGS-MJ”. **Revista de Direito do Consumidor**, Relatórios de Pesquisa, v. 99, p. 411- 436, maio/jun. 2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Disponível em: <https://revistadedireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/view/887>. Acesso em: 28 out. 2021.

MIRAGEM, Bruno. **Direito bancário**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MIRAGEM, Bruno. O direito do consumidor como direito fundamental. *In*: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (org.). **Vulnerabilidade do consumidor e modelos de proteção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 2., p. 25-49. (Coleção Doutrinas essenciais direito do consumidor).

O’SULLIVAN, Noel. Hannah Arendt – a nostalgia helênica e a sociedade industrial. **Documentação e Atualidade Política**, Brasília, n. 5. out./dez. 1977.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Drittwirkung e ADI dos bancos: a proteção fundamental do consumidor ao não superendividamento. **Revista de Direito do Consumidor**, ano 26, v. 110, p. 17-41, mar./abr. 2017. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Disponível em: <https://revistadedireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/view/1363>. Acesso em: 28 out. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado. *In*: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (org.). **Vulnerabilidade do consumidor e modelos de proteção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 2., p. 227-285. (Coleção Doutrinas essenciais direito do consumidor).

SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **O capitalismo humanista**. Petrópolis: KBR Digital, 2011.

SIMMEL, Georg. A moda. Tradução: Antônio Carlos Santos. São Paulo: 2008. **IARA – Revista de Moda, Cultura e Arte**, São Paulo, v. 1, n. 1, abr./ago. 2008.

# **CAPÍTULO 7: A LEI 14.181/2021 DE ATUALIZAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR PARA A PREVENÇÃO E TRATAMENTO DO SUPERENDIVIDAMENTO E A EXPERIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO EM BLOCO NO PROCON-SP DE 2015 A 2021**

**CHAPTER 7: LAW 14.181/2021 UPDATING THE CONSUMER DEFENSE CODE FOR THE PREVENTION AND TREATMENT OF OVERINDEBTEDNESS AND THE EXPERIENCE OF BLOCK CONCILIATION IN PROCON-SP FROM 2015 TO 2021**

*Claudia Lima Marques*

*Rodrigo Tritapepe*

**RESUMO:** O capítulo analisa a nova lei 14.181/2021 que atualiza o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) em matéria de prevenção e tratamento do superendividamento, em especial no que diz respeito à definição de superendividamento do consumidor. Analisa também os mecanismos criados para a conciliação com audiência global entre o consumidor e todos os seus credores nos núcleos de tratamento. Na segunda parte, o artigo analisa se os dados de 6 anos de atividade em superendividamento dos consumidores no PROCON-SP.

**Palavras-chaves:** superendividamento; Código de Defesa do Consumidor; reforma; conciliação global; dados empíricos do PROCON-SP de 2015 a 2021.

**ABSTRACT:** The chapter analyses the new Act 14.181/2021, which upgrade the Brazilian Consumer Code (Act. 8.078/1990) for the treatment and prevention of the consumer over indebtedness, especially the new legal definition of consumer over indebtedness. The paper analyses also the mechanism related with a global conciliation between the over indebted consumer and all providers and creditors. In the second part of the paper empirical data from 6 year of activity of the PROCON-SP on consumer over indebtedness are analyzed.

**Keywords:** over indebtedness; Consumer Code; reform; global conciliation; empirical data from PROCON-SP from 2015 to 2021.

## 1 INTRODUÇÃO

A [Lei 14.181](#), que entrou em vigor no dia 2 de julho de 2021, para a atualização do [Código de Defesa do Consumidor](#) (CDC) no tema da prevenção e tratamento do superendividamento é a grande novidade em matéria em direito do consumidor. (MARQUES; LIMA; VIAL, 2021, p. 517). Agora o Art. 4, inciso X do CDC inclui como princípio da Política Nacional de Relações de Consumo, o *princípio “da prevenção e tratamento do superendividamento, como forma de evitar a exclusão social do consumidor”*. Assim, consideramos que este tema está fortemente ligado ao dever de proteção do Estado aos mais vulneráveis no mercado, os consumidores ([Art. 5, XXXII da CF/1988](#)), (DUQUE; 2019, p. 351) combatendo a sua exclusão do mercado e reintroduzindo-os através da repactuação de suas dívidas, e, assim, aos estudos de um capitalismo mais humanista no país. (SAYEG; BALERA, 2019).

Como afirmam Sayeg e Balera (2012, p. 10), a ordem econômica constitucional, presente no Art. 170 da CF/1988, impõe que se considere “o Capitalismo sob o prisma jurídico dos Direitos Humanos”, em uma nova “perspectiva da filosofia humanista do Direito Econômico”, pois reconhece “a prevalência dos Direitos Humanos”, não só em sua “dimensão civil” e individual, mas também na coletiva voltada à “igualdade e à fraternidade” e a realização dos objetivos do Art. 3º da Constituição Federal.

Segundo a Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo, o Brasil terminava o primeiro semestre de 2021 com um percentual de 69,7% das famílias brasileiras endividadadas com alguma dívida em atraso.<sup>17</sup> Em maio de 2021, em plena pandemia de Covid-19, a SERASA calculava que eram mais de 62 milhões de brasileiros em atraso.<sup>18</sup> Destes, a metade (mais de 30 milhões)<sup>19</sup> deve ser superendividada, o que representa um grave problema social (LOPES, 1996, p. 58) e econômico. (CASADO, 2000, p. 131). O superendividamento é também um problema jurídico, pois o problema inicia na concessão do crédito ao consumidor, ligada a uma série de práticas comerciais agressivas e assedian-tes, perigos e problemas agora enfrentados pela Lei 14.181/2021.

O superendividamento dos consumidores brasileiros, porém, vem sendo acompanhado e tratado, mesmo antes da Lei 14.181/2021. As pioneiras pesquisas realizadas no Observatório do Crédito e Superendividamento da UFRGS, já em 2003-2004, (MARQUES, 2005, 11-52) acabaram por expandir-se em uma série de projetos-piloto de tratamento do superendividamento, através de uma conciliação em bloco entre o consumidor e o conjunto de seus credores. (MARQUES; CAVALLAZZI, 2006). Inicialmente no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ganharam espaço na Defensoria Pública do Rio de Janeiro e, após em 2012, no Núcleo de Apoio ao Superendividamento do PROCON-SP. (MARQUES; CAVALLAZZI; LIMA, 2016, p. 15).

A doutrina sempre frisa a importância e o papel da [Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor PROCON-SP](#) no Brasil (REMEDI, 2013, p. 243-287). Realmente, além de o mais antigo no país (criado em 1976),<sup>20</sup> o PROCON-SP é pioneiro em muitas atividades de defesa do consumi-

---

17 Veja a PEIC na Agência Brasil, [Semestre fecha com maior percentual de endividados desde 2010](#). Agência Brasil (ebc.com.br) (10.07.2021).

18 Veja SERASA, [Mapa da Inadimplência aponta mais de 62 milhões de endividados](#) | Jornal Grande Bahia (JGB) (10.07.2021).

19 O IDEC calcula esse número de superendividados desde 2018. Veja [Superendividados: 30 milhões já não podem mais pagar suas dívidas](#) (idec.org.br) (10.07.2021).

20 Veja o site do PROCON-SP, [Procon-SP completa 43 anos | Governo do Estado de São Paulo](#) (saopaulo.sp.gov.br) (03.10.2021).

dor, inclusive na formação do Núcleo de Apoio ao Superendividado, hoje Núcleo de Tratamento do Superendividamento. Este artigo tem como finalidade apresentar alguns dos primeiros dados empíricos do PROCON-SP dos últimos 6 anos. A pesquisa ainda está em andamento, mas antecipamos alguns dados, justamente para contribuir com a publicação da UNINOVE.

Dividiremos assim este capítulo em duas partes, uma primeira, mais teórica destacando as grandes linhas sobre tratamento do superendividamento na Lei 14.181/2021 e a segunda analisando os dados empíricos da experiência de conciliação do PROCON-São Paulo, de 2015 a 2021.

## **2 A ATUALIZAÇÃO DO CDC ATRAVÉS DA LEI 14.181/2021 PARA O TRATAMENTO DO SUPERENDIVIDAMENTO DO CONSUMIDOR**

A Lei 14.181/2021 introduz no CDC algumas regras gerais e dois capítulos. Nas regras gerais inclui no Art. 5º, inciso VI, do CDC, o princípio da “proteção do consumidor pessoa natural”, e em seu Art. 6º do CDC, cria em seu novo inciso XI, um direito de preservação do ‘mínimo existencial’, tema constitucional, de dignidade da pessoa humana. O Capítulo da prevenção e do tratamento (que introduz no CDC os artigos 54-A a 54-G) inicia também com um artigo afirmando a aplicação à pessoa natural: “Este capítulo dispõe sobre a prevenção do superendividamento da pessoa natural, sobre crédito responsável e sobre educação financeira do consumidor.” Já o outro capítulo, o foco é o tratamento extrajudicial pela conciliação do Art. 104-A e 104-C do CDC, que será objeto do estudo aqui trazido e um plano de pagamento, que pode ser extrajudicial ou judicial (Art. 104-B).

Sem poder analisar toda a riqueza da lei, traremos algumas pistas sobre sua origem e do capítulo da conciliação no superendividamento e sobre a definição legal de superendividamento.

### *A) Origem da Lei 14.181/2021 de atualização do CDC no tema do superendividamento*

A Lei 14.181/2021 atualiza o CDC aos incluir dois novos capítulos no Código, um com parâmetros para um crédito responsável, intitulado “Da prevenção e do tratamento do superendividamento” e, um segundo, sobre a conciliação em bloco do consumidor de boa-fé com todos os seus credores, para a elaboração de um plano de pagamento das dívidas, incentivando a cultura do pagamento e superando a cultura da dívida e da exclusão social.

A lei tem origem e foi gestada na Comissão de Juristas do Senado Federal para a Atualização do CDC, presidida por Antônio Herman Benjamin, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, e criada pelo Senador José Sarney justamente em virtude da vitória na ADIN 2591 no Supremo Tribunal Federal, mas absorvendo ideias, pesquisas empíricas e design de solução de controvérsias desenvolvidas no PPGD/UFRGS, no Observatório do Crédito e Superendividamento da UFRGS e pelas magistradas do TJ/RS Clarissa Costa de Lima e Karen Bertoncello, no que concerne à conciliação global das dívidas do consumidor com todos seus credores.

A Lei 14.181/2021 visa fomentar núcleos de conciliação e mediação de conflitos oriundos de superendividamento, do consumidor pessoa natural (ou física, que não se beneficiava do privilégio da falência). Inova também ao estabelecer o tratamento judicial para os casos em que a conciliação não for exitosa com algum credor, criando o ‘processo por superendividamento’ e as figuras do ‘administrador’ e do plano judicial compulsório.

Tanto o Banco Mundial<sup>21</sup> quanto o Banco Central do Brasil<sup>22</sup> alertavam que era necessária uma legislação especial para proteger o consumi-

---

21 Veja *World Bank Report on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons*. O resumo do relatório foi traduzido pelo Observatório do Crédito e Superendividamento do texto publicado In: SOARES, Ardyllis, Conclusões do Relatório do Banco Mundial sobre tratamento do superendividamento e insolvência da pessoa física – Resumo e conclusões finais, *Revista de Direito do Consumidor*, v. 89, p. 435-452, 2013.

22 BANCO CENTRAL, serie\_cidadania\_financeira\_6\_endividamento\_risco.pdf (bc.gov.br) (10.07.2021).

dor superendividado (MARQUES; BENJAMIN, 2009, p. 71) para amparar a negociação em bloco e a repactuação com a elaboração de um plano de pagamento que seja capaz de:

- 1) Consolidar e congelar as dívidas em um plano de pagamento que permita pagar primeiro os credores menores e depois os maiores, sem estar correndo juros e taxas de mora, tornando as dívidas impagáveis;
- 2) Limpar o nome do consumidor (Art. 104-C, § 2º), para que possa retornar ao mercado de consumo e – no Brasil –, inclusive, voltar ao emprego de cabeça erguida ou conseguir ser reempregado. O plano de pagamento vem detalhadamente previsto no CDC (Art. 104-A § 4º), pois deve consolidar a dívida, tendo eficácia de título executivo e força de coisa julgada (Art. 104-A § 3º);
- 3) Preservar o mínimo de sobrevivência ou mínimo existencial (*restre a vivre*), (CARVALHO; SILVA, 2018, p. 363-386) justamente para que possa continuar ativo na sociedade, mantendo a alimentação, a moradia e o vestuário mínimo e pagando suas dívidas por até 5 anos (prazo escolhido pelo *caput* do Art. 104-A, que versa sobre o plano conciliatório ou consensual com os credores, sendo que o Art. 104-B, § 4º afirma a possibilidade de mais tempo para pagar o plano judicial, pois este só inicia “após a quitação do plano de pagamento consensual” e prevê 6 meses de moratória sem pagamento a contar da “homologação judicial do plano judicial”).

Quanto ao capítulo da conciliação no superendividamento, podemos afirmar que este visa assegurar um novo direito do consumidor de boa-fé ao tratamento do superendividamento através da revisão e da repactuação da dívida na forma de uma conciliação em bloco e um plano de pagamento, sem perdão de dívidas (Art. 104-A). Trata-se da chamada ‘exceção da ruína’, que é baseada no dever anexo de boa-fé de cooperar com o devedor de boa-fé em caso de ruína pessoal (Art. 6, XI e XII, 104-A), valorizando os PROCONS e os demais órgãos públicos do SNDC, que poderão fazer tais conciliações em bloco ou convênios com as academias (Art. 104-C). Como países de capitalismo e mercados consolidados e saudáveis (USA,

Alemanha, França), a Lei 14.181/2021 inclui assim uma solução, um tratamento para o problema do superendividamento dos consumidores, para que voltem ao mercado de consumo, ao criar uma conciliação em bloco com todos os credores do consumidor. Assim, com tempo e ordem, o consumidor tem mais tempo para pagar os créditos maiores, pagando os menores e limpando seu nome na praça, comprometendo-se a não prejudicar esse plano de pagamento, melhorando a educação financeira e a cultura do pagamento no país.

A Lei 14.181/2021 institui mecanismos de tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento (Art. 5, VI) e a criação de núcleos de conciliação e mediação de conflitos oriundos de superendividamento (Art. 5, VII), mas inova, em especial, ao introduzir um juiz do superendividamento para impor um plano compulsório (Art. 104-B). Assim, se não houver conciliação voluntária, há recurso ao juiz em “processo por superendividamento para revisão e integração dos contratos e repactuação das dívidas remanescentes” através de um plano de pagamento judicial compulsório, com o cuidado que se pague o principal, mas somente após o plano conciliatório.

Mais do que combater o superendividamento, é necessário ‘tratá-lo’ instituindo mecanismos específicos, como especifica o Art. 5, VI, do CDC. A Lei 14.181/2021 inova ao instituir um sistema binário de *tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento*, com uma fase preventiva que prevê uma conciliação em bloco através de uma “*audiência global de conciliação*” (expressão do Art. 104-C, § 1º) única e que reúne todos os credores do consumidor para, através do ‘*processo de repactuação de dívidas*’, segundo o Art. 104-A e o Art. 104-C, o consumidor e seus credores entrarem em ‘acordo’ (expressão do Art. 104-C, § 2º) sobre um “plano de pagamento” de natureza pré ou para-judicial, seja nos CEJUSCs, seja nos órgãos públicos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC, PROCONs e outros. Este sistema binário valoriza os órgãos públicos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (Art. 104-C do CDC) e incentiva a conciliação extrajudicial, sem deixar de criar um ‘processo por superendividamento

para a revisão e integração dos contratos e repactuação das dívidas remanescentes' para as dívidas não conciliadas.

*B) Definição de superendividamento no Art. 54-C e no Art. 104-A*

O CDC, atualizado através da Lei 14.181/2021, traz uma definição legal de superendividamento do consumidor: “*Entende-se por superendividamento a impossibilidade manifesta de o consumidor pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial, nos termos da regulamentação*” (§ 1º do Art. 54-A do CDC). Como mencionou Bruno Miragem, a Lei 14.181/2021 tem uma dimensão social e de máxima projeção dos direitos fundamentais sobre a relação de consumo, ao frisar a sua finalidade de combater a exclusão social (Art. 4º, X, do CDC) e a preservação do mínimo existencial (6º, XII do CDC), direito social e fundamental de todos. (MIRAGEM, 2021).

Aqui há assim um elemento finalístico na definição de superendividamento que é o objetivo de preservar *o mínimo existencial*. Diferentemente da definição francesa, (KHAYAT, 1997, p. 11). a definição brasileira exige uma visão de proteção do patrimônio mínimo (Art. 54-A e de consequente exclusão de bens de luxo (GAGLIANO; OLIVEIRA, 2021). Trata-se do mínimo de sobrevivência para a definição mesmo de superendividamento: o consumidor pessoa natural e de boa-fé não consegue fazer frente a totalidade de suas dívidas de consumo sem prejudicar o mínimo existencial. Como a definição do parágrafo primeiro do Art. 54-A do CDC esclarece, superendividamento refere-se a todas as *dívidas de consumo, exigíveis ou vincendas*, logo, estarão todas incluídas, as não prescritas e a vencer, no capítulo da prevenção e no da conciliação e seu processo de repactuação de dívidas.

Realmente, na redação atual da Lei 14.181/2021, *o segundo elemento subjetivo é a boa-fé do consumidor superendividado*. Trata-se de nova ordem pública de proteção do consumidor superendividado de boa-fé, que foi imposta pela Lei 14.181/2021 e reforça a ordem pública de

proteção já presente no CDC, agora focada na proteção especial do consumidor pessoa natural (Art. 5º, VI, do CDC), na garantia de práticas de crédito responsável, de educação financeira e prevenção e tratamento de situações de superendividamento (Art. 6º, XI, do CDC), de preservação do mínimo existencial (art. 6º, X) e de reforço nos deveres de informação (Art. 6º, XIII, do CDC. Em resumo, especialmente após a vitória na ADI 2591, trata-se uma *nova e forte ordem pública de proteção* ou ordem pública econômica de proteção social, em matéria de concessão de crédito e contratos envolvendo serviços, “*de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária*” (Art. 3º, § 2º in fine, que foi tema dessa ADIN dos Bancos, como ficou conhecida). A boa-fé se presume e a má-fé ou fraude tem que ser alegada e provada pela outra parte.

Assim, resumindo, na definição legal do Art. 54-A que é de entrada no sistema não há quase limite material, e estão englobadas todas as dívidas de consumo *ex vi* Art. 54-A e parágrafos, pois dos dois limites do parágrafo terceiro, um é subjetivo, da fraude e dolo e material, e outro limitado às contratações de produtos e serviços de luxo, antes mencionado. Assim, o parágrafo segundo do Art. 54-A bem esclarece essa finalidade geral de aplicação a todas e ‘quaisquer’ ‘dívidas de consumo’ ou compromissos financeiros assumidos pelo consumidor pessoa natural, inclusive os referentes à água, luz, internet e às demais prestações continuadas, como esclarece o texto:

*Art. 54-A...§ 2º* As dívidas referidas no § 1º deste artigo englobam quaisquer compromissos financeiros assumidos decorrentes de relação de consumo, inclusive operações de crédito, compras a prazo e serviços de prestação continuada.

Dívidas não de consumo, como as de alimentos e tributárias (fiscais e parafiscais), estão excluídas. Sem dúvida serão contabilizadas para calcular, no caso concreto, o mínimo existencial do consumidor, mas não farão parte do plano de pagamento nem sobre elas incide o capítulo da prevenção.

Destaque-se que no capítulo da conciliação, não há nova definição, mas sim um artigo limitador diferente do Art. 54-A. Assim neste capítulo, a defesa dos credores para excluir a possibilidade de repactuação de dívi-

das e do plano de pagamento será apenas o dolo contratual, como afirma o § 1º do Art. 104-A:

Art. 104-A... § 1º Excluem-se do processo de repactuação as dívidas, ainda que decorrentes de relações de consumo, oriundas de contratos celebrados dolosamente sem o propósito de realizar o pagamento, bem como as dívidas provenientes de contratos de crédito com garantia real, dos financiamentos imobiliários e de crédito rural” (grifo nosso).

Em outras palavras, essa prova do dolo concreto no caso impedirá a própria conciliação, que também é forte mandamento de combate ao *moral hazarde* difere do previsto no processo civil geral do CPC e dos Juizados Especiais. Em resumo, trata-se de forte nova ordem pública de proteção – que nos parece exige a atuação *ex officio* dos órgãos judiciais e administrativos envolvidos na conciliação e no exame do processo de repactuação e de revisão das dívidas –, superando a Súmula 381 do STJ sempre que se tratar de consumidor pessoa natural, mas que de outro lado tem fortíssimo limite na exclusão mesmo da conciliação daquele que se puder provar agiu subjetivamente de má-fé, em fraude ou dolo. Como se vê é uma definição ampla e os limites materiais de dívidas garantias reais, crédito imobiliário e rural, só se aplicam aos planos de pagamento dos arts. 104-A e seguintes. Como se trata de conciliação é sempre bom convidar a todos os credores, para comparecimento espontâneo e de boa-fé, assim ficam excluídas as sanções do parágrafo segundo do Art. 104-A.

### **3 DADOS DA EXPERIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO EM BLOCO NO PROCON-SP**

O Núcleo de Apoio ao Superendividado-PAs iniciou seus trabalhos em outubro de 2012 e teve como ‘madrinhas de honra, Claudia Lima Marques e Rosângela Cavallazzi. Os dados dos atendimentos de 2012 a 2014, no total de 3.203 incluindo entrevistas, palestras e audiências de conciliação foram publicados e analisados por Vera Lúcia Remedi. (2016, p. 351-355).

Assim esta nossa análise vai se concentrar nos dados posteriores, isso é de 2015 a 2021, coletados pela equipe do PROCON-SP, que muito agradecemos. Vejamos os dados destes mais de 17 mil consumidores.

Número de atendimentos e consumidores cadastrados

<b>Período</b>	<b>Total cadastro consumidores no PAS</b>
2015	566
2016	3.699
2017	2.412
2018	3.136
2019	3.756
2020	2.672
até jun./2021	930
Jul/21	945
ago./21	1.070
até 03/09/21	70
<b>TOTAL PERÍODO</b>	<b>19.256</b>

Observa-se um grande crescimento do número se comparado a 2012-2014, consolidando a confiança dos consumidores neste atendimento do PROCON-SP. E ainda um crescimento mais acentuado a partir de 2 de julho de 2021, com a aprovação da Lei 14.181/2021, que atualizou o CDC para a prevenção e o tratamento do superendividamento. Em dois meses depois da lei, os atendimentos equivale, com mais de 2000 atendimentos, é maior do que a média anual de 2012 e 2015!

## Perfil do superendividado

<b>Consumidores Cadastrados no PAS</b>	
<b>média mensal até junho 2021</b>	155
<b>média julho e agosto de 2021</b>	1.007,5
<b>AUMENTO NO CADASTRO (últimos dois meses)</b>	+ 650%

<b>Sexo</b>	<b>Total Consumidores</b>	<b>Em Percentual</b>
Feminino	10.074	58,7%
Masculino	7.097	41,3%
<b>TOTAL</b>	<b>17.171</b>	

Quanto as idades, a maioria está entre 26 a 55 anos, totalizando 73%. Os mais jovens do que 25 anos são apenas 8,7% e os entre 56 e 65 anos, 11,3%; os maiores de 65 são 6,9%.

Quanto ao estado civil, 48% tem companheiro e a maioria (52%) é sozinho:

<b>Estado civil</b>	<b>Total Consumidores</b>	<b>Em Percentual</b>
<b>Casado(a)</b>	6.871	40,0%
<b>Solteiro(a)</b>	6.024	35,1%
<b>Divorciado(a)</b>	1.671	9,7%
<b>União Estável</b>	1.379	8,0%
<b>Viúvo(a)</b>	673	3,9%
<b>Separado(a)</b>	553	3,2%
<b>TOTAL</b>	<b>17.171</b>	

A maioria, porém, tem dependentes:

Possui dependentes?	Total Consumidores	Percentual
Não	7.639	44,5%
Sim	9.532	55,5%
<b>TOTAL</b>	<b>17.171</b>	
Média de 1,8 dependentes		

Quanto à escolaridade, o resultado foi o seguinte:

Escolaridade	Total Consumidores	Em Percentual
Médio	6.845	39,9%
<b>Superior</b>	6.331	36,9%
<b>Fundamental</b>	1.983	11,5%
<b>Pós Graduação</b>	1.854	10,8%
<b>Iltrado</b>	92	0,5%
<b>Não alfabetizado</b>	52	0,3%
<b>Outros</b>	14	0,1%
<b>TOTAL</b>	<b>17.171</b>	

Como se observa, os analfabetos não chegam a 1% e a maioria tem boa escolaridade e mesmo alta, sendo que 80,2% são funcionários públicos. Outras pesquisas, em outros estados, tem resultados diferentes. A pesquisa da UFRGS, no Núcleo de estudos sobre o Envelhecimento, em idosos com crédito consignado em Porto Alegre e Torres, levantou que entre os idosos, 18,6% eram analfabetos e 47,9% possuíam uma escolaridade só até quatro anos de escola formal, logo bastante baixa (DOLL, 2016, p.159). No público atendido pelo PROCON-SP, a situação é bem melhor, como demonstra a pesquisa.

A pesquisa do PROCON-SP também levantou que 58,7% não possui casa própria e dos que possuem, 17,4% ainda a estão pagando, sendo que 23,9% já a quitaram. 58,2% não possui veículo, sendo que 21,2% dos que tem ainda o está pagando.

E que a grande maioria já está em cadastros de inadimplentes:

Está negativado	Total Consumidores	Em Percentual
Sim	12.635	73,6%
Não	4.536	26,4%
<b>TOTAL</b>	<b>17.171</b>	

Estes dados, mesmo que ainda preliminares, comprovam a importância desta Lei 14.181/2021 e da atualização do CDC para o tratamento do superendividamento. Esperamos com este pequeno artigo estar contribuindo para o estudo e a valorização das experiências já acumuladas no Brasil.

## REFERÊNCIAS

ABDALA, Vitor. CNC: semestre fecha com maior percentual de endividados desde 2010. **Agência Brasil**, 01 jul. 2021. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2021-07/semestre-fecha-com-maior-percentual-de-endividados-desde-2010>. Acesso em: 28 out. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 28 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021**. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14181.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14181.htm). Acesso em: 28 out. 2021.

CARVALHO, Diógenes Faria de; SILVA, Frederico Oliveira. Superendividamento e mínimo existencial: teoria do *restre à vivre*, *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 118/2018, p. 363-386, jul.-ago./2018.

CASADO, Márcio Mello. Os Princípios Fundamentais como ponto de partida para uma primeira análise do Sobreendividamento no Brasil". **Revista de Direito do Consumidor**, v. 33, p. 130-142, jan./mar. 2000.

DOLL, Johannes. Algumas observações sobre o crédito consignado para idosos: dados de uma pesquisa. *In*: MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; LIMA, Clarissa Costa de. (org.). **Direitos do consumidor endividado II: vulnerabilidade e inclusão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 145-169.

DUQUE, Marcelo Schenk. Drittwirkung, *In*: MARQUES, Claudia Lima (org.). *25+ anos de pesquisa em Direito – Mercosul, Direito do Consumidor e Globalização*. Porto Alegre: Ed. Sapiens, 2019. p. 351-382.

GAGLIANO, Pablo Stolze; OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. Comentários à Lei do Superendividamento (Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021) e o princípio do crédito responsável. uma primeira análise. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 26, n. 6575, 2 jul. 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/91675>. Acesso em: 2 jul. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (IDEC). Superendividados: 30 milhões já não podem mais pagar suas dívidas. **IDEC na Imprensa**, 06 nov. 2018. Disponível em: <https://idec.org.br/idec-na-imprensa/superendividados-30-milhoes-ja-nao-podem-mais-pagar-suas-dividas>. Acesso em: 28 out. 2021.

KHAYAT, Danielle. **Lei droit du surendettement des particuliers**. Paris: LGDJ, 1997.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Crédito ao consumidor e superendividamento – uma problemática geral. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 1, p. 57-64, jan./mar. 1996. p. 58 e seg.

MARQUES, Claudia Lima. Os contratos de crédito na legislação brasileira de proteção do consumidor, **Revista de Direito do Consumidor**, v. 18, p. 53-76, abr./jun. 1996.

MARQUES, Claudia Lima. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 55, p. 11-52, jul./set. 2005.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman. Consumer over-indebtedness in Brazil and the need of a new consumer bankruptcy legislation. *In*: NIEMI, J.; RAMSAY, I.; WHITFORD, W. C. (ed.). **Consumer credit, debt and bankruptcy – comparative and international perspective**. Oxford: Hart Publishing, 2009. p. 71 e seg.

MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e crédito**. São Paulo: RT, 2006.

MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; LIMA, Clarissa Costa de. (org.). **Direitos do consumidor endividado II: vulnerabilidade e inclusão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de; VIAL, Sophia. Nota à atualização do Código de Defesa do Consumidor para ‘aperfeiçoar a disciplina do crédito, para a prevenção e o tratamento do superendividamento e proteção da pessoa natural. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 136, p. 517-538, jul./ago. 2021. p. 517 e seg.

MIRAGEM, Bruno. A lei do crédito responsável altera o Código de Defesa do Consumidor. **Migalhas**, 07 jul. 2021. Seção Migalhas Contratuais. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/348157/a-lei-do-credito-responsavel-altera-o-codigo-de-defesa-do-consumidor>. Acesso em: 23 nov. 2021.

MIRANDA, Izabella. Mapa da Inadimplência aponta mais de 62 milhões de endividados. **Contabeis**, 05 jul. 2021. Disponível em: <https://www.contabeis.com.br/noticias/47740/mapa-da-inadimplencia-aponta-mais-de-62-milhoes-de-endividados/>. Acesso em: 28 out. 2021.

REMEDY, Vera Lúcia. A importância e o papel da Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor PROCON-SP no Brasil. *In*: FONSECA, Patrícia Galindo; RAMOS, Fabiana D'Andrea; BOURGOIGNIE, Thierry (org.). **A proteção do consumidor no Brasil e no Quebec: diálogos de direito comparado = La protection du consommateur au Québec et au Brésil: échanges de droit comparé**. Niterói, RJ: Editora da UFF, 2013. p. 243-287.

SAYEG, Ricardo Hasson; BALERA, Wagner. **Capitalismo humanista** – filosofia humanista de direito econômico. São Paulo: Ed. Kbr, 2012. p. 10 e seg.

SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **Fator CapH: capitalismo humanista e dimensão econômica dos direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2019.

SOARES, Ardyllis. Conclusões do Relatório do Banco Mundial sobre tratamento do superendividamento e insolvência da pessoa física – Resumo e conclusões finais. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 89, p. 435-452, 2013.

# **CAPÍTULO 8: PERFIS DE CRÉDITO E TRATAMENTO AUTOMATIZADO DE DADOS: ANÁLISE CRÍTICA DO ESTADO DA ARTE DA LEGISLAÇÃO NACIONAL**

## **CHAPTER 8: CREDIT PROFILES AND AUTOMATED DATA PROCESSING: CRITICAL ANALYSIS OF THE STATE OF THE ART OF NATIONAL LEGISLATION**

*Cíntia Rosa Pereira de Lima*

*Paulo Ricardo Artequilino da Silva*

**RESUMO:** O presente capítulo destina-se a investigar os mecanismos legais vigentes para determinação de perfis de crédito e sua relação com a proteção de dados pessoais, atinando para os riscos aventados pela Inteligência Artificial. Assim, buscou-se analisar, principalmente, o tratamento legal dado ao consentimento e revisão de decisões automatizadas por pessoa humana como critérios objetivos de aferição de transparência e *accountability* do tratamento de dados pessoais e como se insere a questão da implementação do *open banking*, além do papel da ANPD. Concluiu-se que há fragilidades na legislação que podem afastar o Brasil do circuito de circulação transfronteiriça de dados.

**Palavras-chave:** consentimento; responsabilidade e prestação de contas; transparência; Lei do Cadastro Positivo (Lei n. 12.414/2011); Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/2018).

**ABSTRACT:** This chapter aims to investigate the legal mechanisms in force for determining credit profiles and their relationship with the protection of

personal data, paying attention to the risks posed by artificial intelligence. Thus, we sought to analyze, mainly, the legal treatment given to consent and review of automated decisions by human beings as objective criteria for assessing transparency and accountability of personal data processing and how the issue of open banking implementation is inserted, as well as the role of the NPA. It was concluded that there are weaknesses in the legislation that can keep Brazil out of the circuit of cross-border circulation of data.

**Keywords:** consent; accountability; transparency; Brazilian law called “positive credit registration” (Bill n. 12.414/2011); Brazilian law called “general data protection law” (Bill n. 13.709/2018).

## 1 INTRODUÇÃO

A economia informacional vem operando uma profunda remodelagem institucional, uma vez que sua dinâmica disruptiva de funcionamento a partir de uma enorme exploração de dados e informações outorga aos agentes econômicos posições novas no mercado, tornando os antigos marcos legais insuficientes para dar conta da nova realidade.

Exemplificativamente, com o advento das tecnologias da informação, o consumidor reifica-se, ou seja, torna-se o produto a ser explorado pelas *Big Techs*. É o que ocorre com empresas como *Google* e *Facebook*, que oferecem um serviço “gratuito” em troca dos dados pessoais dos usuários finais da plataforma (PARISER, 2011, p. 45). Trata-se de uma típica relação econômica da nova era informacional, em que “a própria informação é o produto e a prestação dos serviços. A informação é um valor em si mesma e não como um meio para criar bens e prestar serviços” (LIMA, 2020, p. 54). A capitalização das empresas nesse novo modelo de negócio é amplamente pautada na comercialização de dados pessoais, que se tornaram um ativo de importância fulcral neste período da Quarta Revolução Industrial. (ZUBOFF, 2019, p. 197)

Essa Revolução, outrossim, não deixou incólume o sistema financeiro, que, diante desse novo cenário, vem incorporando cada vez mais

em seus serviços a captação e o tratamento de dados pessoais. Modelos como o cadastro positivo, *open banking* e *open finance* – a serem analisados no presente trabalho – nada mais são que a expressão da centralidade que os dados pessoais estão assumindo para o sistema financeiro, de modo que a avaliação dos impactos que o marco regulatório adotado no Brasil para a disciplina do tratamento automatizado de dados pessoais pelos setor financeiro não é despicienda, ainda mais em um contexto em que 70% das famílias brasileiras estão em situação de endividamento (G1, 2021).

Não por outra razão, passaram a surgir conflitos sociais em torno dos direitos de exploração desse novo ativo econômico e de seus respectivos limites éticos e jurídicos. A disciplina jurídica dos dados pessoais, portanto, visa oferecer parâmetros institucionais aptos a viabilizar a apropriação econômica de dados sem que isso importe em completa vulneração dos direitos da personalidade e da dignidade humana, valor estruturante da ordem jurídica brasileira.

Assim, o tratamento de dados pessoais como atividade econômica inevitavelmente reclama a tutela legal da privacidade, visto que esse novo ativo econômico, os dados pessoais, caracteriza-se por ser uma expressão objetivada da personalidade humana, de modo que essa expressão individualiza e diferencia a pessoa humana, tornando-a singular. Como se não bastasse, novos mecanismos tecnológicos acrescentam desafios à tutela da personalidade, como é o caso do tratamento automatizado de dados. Ora, uma decisão automatizada pode não garantir a transparência das razões que levaram a Inteligência Artificial (IA) a agir de determinada maneira, de forma que os titulares de dados se vejam impedidos de compreender e controlar a decisões tomadas a partir de seus próprios dados, perdendo, portanto, o controle sobre a própria personalidade, completando-se, assim, a plena reificação do indivíduo, transformado em produto.

Essa potencial falta de controle e transparência dos mecanismos automatizados de tratamento de dado pessoal pode ser explicado a partir de a IA ser definida como o “uso do computador para executar raciocínio, reconhecimento de padrões, aprendizado ou outras formas de inferência.” (LUGER, 2013, p. 25). A capacidade de aprendizado permite que

a IA torne-se cada vez mais autônoma na medida em que é alimentada por uma quantidade infinitesimal de dados, refinando-se a sua capacidade de reconhecimento de padrões e tomada de decisão a partir deles. Tal processo de contínuo aprendizado é denominado *machine learning*, que, segundo KAPLAN (2016, p. 27), é a capacidade de um programa computacional extrair padrões a partir de dados. FRAZÃO aduz que a aprendizagem constante das IA's produz a chamada ““eficácia irracional dos dados”” (FRAZÃO, 2019, p. 39), que consiste no desenvolvimento independente de padrões decisórios autônomos em relação aos criados pelo desenvolvedor e que, muitas vezes, não podem ser plenamente compreendidos, gerando “verdadeiras *black boxes*” (*ibidem*). O risco de os sistemas baseados em *machine learning* levarem a resultados incompreensíveis (*black boxes*) também é apontado por RUDIN; RADIN (2019):

In machine learning, these black box models are created directly from data by an algorithm, meaning that humans, even those who design them, cannot understand how variables are being combined to make predictions. Even if one has a list of the input variables, black box predictive models can be such complicated functions of the variables that no human can understand how the variables are jointly related to each other to reach a final prediction.

No mesmo sentido, SCHERER (2016, p. 363) afirma que a autonomia atingida pela IA é um dos grandes desafios para estabelecer o marco regulatório desse novo tipo de tecnologia, como se vê:

The most obvious feature of AI that separates it from earlier technologies is AI's ability to act autonomously. Already, AI systems can perform complex tasks, such as driving a car and building an investment portfolio, without active human control or even supervision. The complexity and scope of tasks that will be left in the hands of AI will undoubtedly continue to increase in the coming years. (...) One important characteristic of AI that poses a challenge to the legal system relates to the concept of foreseeability.

Assim, no que se refere à tomada de decisões a partir de dados pessoais a fim de definir perfis de consumo, tem-se que as IA's capazes de

aprender e, autonomamente, orientarem-se a partir de padrões independentemente criados representam um perigo à tutela de dados pessoais por minarem ou dificultarem enormemente a garantia dos princípios da transparência (art. 6º, VI, da [Lei nº 13.709/2018](#), doravante LGPD) e a *accountability* (art. 6º, X, LGPD) das decisões tomadas em cima desses dados, que, como dito, são extensões da personalidade humana.

Dentre esses perigos possíveis, pode-se elencar a reprodução e o aprofundamento de vieses e preconceitos por parte de IA, já havendo registro de uma sistemática discriminação racial por tratamento automatizado de dados que gerou uma diferença de US\$ 800 milhões por ano entre o preço do empréstimo para mutuários negros e hispânicos em relação ao valor cobrado dos demais mutuários (MIT TECHNOLOGY REVIEW, 2020), acarretando não só uma perpetuação de condutas discriminatórias, mas também, lesão ao direito de transparência e a obliteração da possibilidade de prestar contas da adequação dos procedimentos adotados às normas de proteção de dados pessoais, sendo essa possibilidade o núcleo do princípio da *accountability* (LIMA, 2020, p, 209).

Em se tratando de *open banking*, chamado de Sistema Financeiro Aberto pela Resolução Conjunta nº 1, de 4 de maio de 2020 (BANCO CENTRAL DO BRASIL; CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL, 2020), as previsões já apontam possíveis problemas capazes de vulnerabilizar a posição dos consumidores em face do setor financeiro. Segundo SOBRAL (2021), não é exagero precaver-se contra problemas como “preconceito estatístico”, um completo controle da oferta de crédito ao consumidor com base em previsões realizadas por algoritmos, e um incremento do risco à segurança dos dados pessoais.

Ainda conforme o autor (SOBRAL, 2021), o compartilhamento livre de dados colhidos em massa entre bancos e *fintechs* e o seu tratamento automatizado podem resultar em um aprofundamento da exclusão de parcela da população que possui histórico de inadimplimento, isso porque a IA tende a se basear em dados passados, gerando o chamado preconceito estatístico. Aponta, também, o aumento do risco para a segurança dos dados, uma vez que o sistema aberto permite que as informações dos clientes,

protegidas constitucionalmente pelo sigilo bancário, sejam compartilhadas entre todas as instituições financeiras – o que não é pouco, dado o grande número de *fintechs*, financeiras correspondentes de crédito, bancos etc. Todo este contexto apresenta-se como um grande laboratório aos juristas segundo a feliz expressão de Guido Alpa (2019, p. XIV).

Ademais, alerta-se para situações nas quais a IA procede a decisões tomadas a partir de predições baseadas em comportamento de outras pessoas que compartilham características em comum. Vale reproduzir *ipsis litteris* o exemplo utilizado por SOBRAL (2021):

Uma ferramenta de aprendizagem de máquina, com acesso a uma grande base de dados, pode identificar que, pessoas do seu bairro, que estudaram na mesma escola que você, a partir do momento que fazem 21 anos, costumam casar e constituir família, tornando-se mau pagador aos 23 anos. Então, melhor não lhe emprestar dinheiro aos 20 anos para uma compra de um bem que será pago em 36 meses, como um veículo por exemplo. O critério de personalização, como tendemos a pensar, não é preso a sua condição presente. Significando que agora poderá lhe beneficiar, mas num futuro próximo mudar completamente, a semelhança do que já ocorre hoje com os planos de saúde à medida que você envelhece.

Como se depreende do exposto, há um enorme problema para a efetiva garantia aos princípios da transparência e da *accountability* no tratamento de dados por IA. Tal problema padece de maior sensibilidade quando se defronta com os novos meios de definição de perfis de crédito, que submete o acesso dos consumidores ao crédito à análise e tratamento de dados pessoais, inclusive sensíveis, como etnia, por agentes econômicos, como *fintechs* e serviços de proteção ao crédito, que cada vez mais têm contado com tratamento automatizado de dados para traçar perfis de mutuários e fazer análises de risco cada vez mais precisas – e obscuras.

Desta forma, não é difícil antever que, num contexto de desregulamentação da proteção de dados frente a essas novas tecnologias, os consumidores são lançados em uma situação de extrema vulnerabilidade, uma vez que seus dados e, por conseguinte, sua personalidade e esfera de di-

reitos poderiam ser tratados sem a devida transparência e independente de consentimento, como no caso do cadastro positivo, de modo que esses consumidores poderiam ter seu acesso ao crédito limitado em virtude de decisões automatizadas sem sequer ter o direito, e nem os meios, de verificar a procedência da decisão tomada com base nos seus dados pessoais.

Diante dessa propensão do tratamento de dados pessoais por IA à não transparência, por conta da geração automática de padrões decisivos, procura-se investigar se a legislação brasileira garante mecanismos de defesa ao consumidor/titular de dados pessoais, especialmente os seguintes: (i) previsão do consentimento como a base legal para o tratamento de dados; (ii) revisão de decisões automatizadas por pessoas naturais como medida de transparência e demonstrabilidade da adequação legal dos fundamentos decisórios adotados pelo gestor dos dados; e (iii) fiscalização e ações regulatórias concretas executadas por um órgão independente a fim de garantir a eficácia dos princípios de proteção aos dados por meio de auditorias, regulamentação normativa da atividade de gestores que se utilizem de IA, aplicação de sanções, celebração de compromissos, dentre outras atividades regulatórias.

A partir disso, objetiva-se com este trabalho perquirir como a legislação em vigor lida com os efeitos dessas novas tecnologias no âmbito da definição de perfis de crédito e a sua aptidão a proteger dados pessoais na definição desses perfis. Para tal, empreender-se-á uma análise crítica dos textos legais pertinentes à matéria delimitada buscando averiguar suas potencialidades e seus limites para a garantia à transparência, *accountability* e autonomia informativa dos consumidores.

## **2 O MODELO REGULATÓRIO DA DEFINIÇÃO AUTOMATIZADA DE PERFIS DE CRÉDITO NO BRASIL**

Na presente seção, empreender-se-á uma análise sistemática da legislação que regula as formas pelas quais as empresas podem tratar os dados pessoais referentes ao perfil de crédito. Em primeiro lugar, será estudada

a legislação geral do tema, abrangendo a LGPD e as leis que instituíram o chamado cadastro positivo. Após, deter-se-á com mais detalhes sobre a regulamentação do *open banking* e seus impactos para a proteção de dados pessoais. Será analisada, também, a potencial atuação da [Autoridade Nacional de Proteção de Dados \(ANPD\)](#) para tutelar dados controlados por agentes de tratamento do setor financeiro.

### *2.1 LGPD e o Cadastro Positivo*

Em primeiro lugar, ressalte-se que o consentimento ao tratamento de dados pessoais, apesar de seus inerentes limites num contexto de vulnerabilidade do consumidor, permite uma garantia mínima de autonomia informativa (LIMA, 2020, p. 213). A partir daí, constitui-se o que se chama a segunda geração das leis de proteção de dados, que é essencialmente fundada no princípio do consensualismo, fixando o indivíduo como protagonista e responsável pela proteção de seus dados. Aprofundando essa tendência, a chamada terceira geração procurava garantir a plena autodeterminação informativa por meio de um controle extenso do indivíduo sobre seus dados, desde a “coleta ao compartilhamento” (BIONI, 2019, p. 116). Assim, apesar de não ser suficiente, o consentimento do titular de dados é como uma garantia mínima ao menos para que se tenha ciência, primeiro, de que seus dados estão sendo tratados, segundo, qual o agente é o responsável por tal tratamento e, por fim, quais são os limites e finalidades do tratamento.

O consensualismo, outrossim, é pedra angular de qualquer regulação jurídica que envolva disposição de bens, e os dados pessoais, na economia informacional, são equiparáveis a bens econômicos. Assim, se na disciplina contratual tradicional referente a bens econômicos, não existe formação de liame contratual sem manifestação da vontade livre de vícios, o mesmo deve ocorrer na disciplina sobre a disposição de dados pessoais. Em última instância, a supressão do consentimento enquanto pressuposto para o tratamento de dados por terceiros significa que o ordenamento jurídico confere maiores mecanismos de proteção àquele que dispõe de bens materiais do que para quem dispõe de seus dados pessoais, extensão

de sua personalidade humana – o que é manifestamente contrário à tutela constitucional da dignidade humana, ainda mais quando se considera os riscos de tratamento de dados por IA para o livre desenvolvimento da personalidade humana.

Tendo isso em vista, a LGPD (BRASIL, 2018) preconiza que os gestores de bancos de dados somente estarão autorizados a tratar os dados pessoais daqueles que manifestarem seu consentimento (art. 7º, I). Ademais, o consentimento, segundo definição dada pelo art. 5º, XII, da LGPD, deve ser livre, inequívoco, informado e com finalidade determinada. Esses atributos do consentimento permitem inferir que o silêncio supre a declaração positiva de vontade do titular de dados quando seja inequívoco. Se pairam dúvidas quanto à validade do silêncio como forma de manifestação do consentimento, não deveria restar questionamento que, pela sistemática da LGPD, não se poderia presumir o consentimento do titular de dados. Entretanto, paradoxalmente, o inciso X do art. 7º da LGPD permite o tratamento de dados independentemente da expressão de consentimento livre, informado e inequívoco, desde que tenha a finalidade de proteger o crédito.

Tal ressalva à necessidade do consentimento foi reforçada expressamente pelas alterações promovidas na [Lei nº 12.414/2011](#) (BRASIL, 2011) pela [Lei Complementar nº 166/2019](#) (BRASIL, 2019). Essa alteração deu nova redação ao art. 4º daquela lei, revogando a necessidade de prévia autorização do consumidor para ter seu cadastro aberto e, portanto, todos os seus dados financeiros coletados, o que é chamado de cadastro positivo, porque não são anotados apenas as ocorrências de inadimplemento, mas, sim, faz-se um dossiê completo do histórico de consumo a crédito do consumidor. Note-se, entretanto, que, mesmo sendo possível ao consumidor requerer o cancelamento do cadastro positivo, esse arranjo legal reforça a vulnerabilidade do consumidor, que, para não ter seus dados coletados, deve requerer a cada birô de crédito existente o cancelamento do cadastro positivo, como é previsto pelo art. 5º, § 4º, da Lei 12.414, com redação dada pela Lei Complementar nº 166/2019.

Como medida mínima de proteção de dados do consumidor, deveria ter sido preservado o princípio do consensualismo, que estrutura, como dito, toda a ordem contratual vigente, por meio do consentimento expresso ou inequívoco, e não ficto (LIMA, 2019, p. 65). Na prática, portanto, como o consumidor muitas vezes não tem conhecimento efetivo da legislação e nem tem meios materiais para requerer o cancelamento a todos os birôs, tem-se a instituição efetiva da coleta de dados desautorizada e invasiva, capaz de formar complexos dossiês da vida econômica do consumidor pela coleta, compartilhamento de todo o seu histórico de consumo a crédito.

Em razão do exposto, esse arranjo regulatório previsto para o tratamento de dados voltado à proteção de crédito institucionaliza a assimetria informacional entre consumidor/titular de dados e fornecedor/agente de tratamento, reforçando a posição de vulnerabilidade do consumidor.

Desta forma, o consumidor pode sofrer prejuízos por conta da coleta e disponibilização para demais consulentes de dados para formação de *score* de crédito não consentidos inequivocamente. Tem-se, assim, um modelo regulatório em que o histórico de crédito do consumidor pode e será usado em seu desfavor por meio de tratamento automatizados desses dados sem o seu expresso consentimento, prática avessa ao princípio da autodeterminação informativa, previsto no art. 2º, II, da LGPD (BRASIL, 2018) e que desconsidera a vulnerabilidade do cidadão/consumidor/produto inserido na economia informacional. Por isso, quanto aos dados sobre consumo a crédito, o detentor de dados está impossibilitado de exercer um direito à personalidade, qual seja, o de controlar “a coleta, armazenamento, tratamento e compartilhamento de seus dados” (LIMA, 2020, p 180).

Para além da supressão do consentimento inequívoco, informado e livre como fonte de acesso a dados financeiros dos consumidores, o desenho regulatório atual também não prevê expressamente a possibilidade de revisão por pessoa natural de decisões tomadas a partir do tratamento de dados pessoais por meio unicamente automatizado. Isso porque, a redação original do art. 20 da LGPD, que assegurava esse direito à revisão por pessoa natural (BRASIL, 2018), foi alterada pela [Lei nº 13.853/2019](#)

(BRASIL, 2019), que retirou a expressão “por pessoa natural” do dispositivo original.

Assim, além da dispensa do consentimento expresso ou inequívoco, o titular de dados não tem a garantia de poder transcender os mecanismos decisórios das IA's, muitas vezes obscuros e ininteligíveis ao cidadão médio. Sem dúvida, a revisão de decisões por pessoas naturais é medida que força o controlador do tratamento de dados a garantir a prestação de contas e a transparência na medida em que dá ao consumidor o direito de contornar a eficácia irracional dos dados. O modelo adotado como mecanismo alternativo ao direito à revisão das decisões por pessoa natural foi o dever do controlador de dados de fornecer informações sobre os critérios e procedimento pelos quais a decisão é gerada, respeitados os segredos comerciais e industriais que compõem a programação dos sistemas automatizados, na forma do art. 20, § 1º, LGPD (BRASIL, 2018).

A opção do legislador, entretanto, novamente ignora a vulnerabilidade técnica do consumidor detentor de dados pessoais frente a fornecedores desses serviços extremamente complexos. Se, como visto antes, a IA sofre com a chamada eficácia irracional dos dados por contar com mecanismos computacionais capazes de gerar novos algoritmos autonomamente através de *machine learning*, não se pode crer que essa solução seja capaz de dar efetividade ao princípio da transparência e *accountability* nas relações travadas entre o controlador e o detentor de dados dada a discrepância técnica e econômica entre esses atores sociais.

## 2.2 O Open Banking: riscos e perspectivas

O Sistema Financeiro Aberto, mais conhecido como *open banking*, foi implementado por meio da já mencionada [Resolução Conjunta nº 1, de 4 de maio de 2020](#) editada pelo Banco Central e Conselho Monetário Nacional (BANCO CENTRAL DO BRASIL; CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL, 2020). Recai sob o sistema financeiro aberto a esperança de estimular a competitividade entre os agentes do setor sob a premissa de que a atenuação da assimetria informacional por meio do compartilhamento de

dados dos clientes entre as instituições fomente a capacidade dos *players* de oferecerem serviços a uma parcela maior da população, aumentando a competição. Assim, se um banco A pode oferecer crédito a um cliente do banco B, justamente por ter acesso às mesmas informações que este possui sobre o cliente, tem-se um ambiente mais competitivo.

Ademais, a regulamentação brasileira é inspirada pela *Payment Services Directive* (PSD2), diretiva da União Europeia que dispõe sobre *fintechs* e sistema financeiro aberto. A diretiva europeia é fortemente marcada pela constatação de que o cliente é o dono de seus dados financeiros, e não o banco, que é apenas detentor. Assim, cabe ao cliente decidir sobre o compartilhamento de seus dados, o que promove um ambiente institucional mais propenso à competição e recepção de novas *fintechs* no mercado de crédito, o que seria mais benéfico ao consumidor, como nota, a partir do marco regulatório europeu, SCOPSI (2019, p. 10):

On the other hand, PSD2 opens up banking infrastructures to third regulated parties. According to the “access to account” rule, banks, upon request of the account holder, must release their data in a standardised form, in order to share them with authorised service providers only. The so called “open banking” is a big opportunity to create new business models and revenue streams, both for newcomers as well as for traditional financial institutions. By accessing bank account data, which have long been locked-in by banks, new TPPs can prompt competition in the retail sector. Similarly, incumbents have the opportunity to take full advantage of their position as intermediaries between account holders and tech firms. As a matter of fact, banks maintain an essential role in assuring interaction between consumers and newcomers and in enabling tech firms to deliver their services. Therefore, such a rule fosters incumbents’ ability to adopt new and better marketplace strategies and hinders their willingness to merely rely on customer inertia.

Prova disso é o fato de que o sistema aberto será de adoção obrigatória para as instituições financeiras qualificadas nos Segmentos 1 e 2 (S1 e S2), ou seja, as instituições de grande porte não poderão deixar de com-

partilhar os dados por elas controlados entre si. A presente determinação objetiva justamente atenuar a posição de dominância desses maiores bancos, visto que promove um ambiente em que essas instituições terão mais meios informacionais para conquistar e manter clientes ao mesmo tempo em que terão de oferecer serviços mais competitivos para tal.

Segundo define esse mesmo ato normativo, o sistema financeiro aberto caracteriza-se pelo compartilhamento de dados e serviços entre as instituições financeiras autorizadas pelo Banco Central. A resolução ainda detalha, em seu art. 5º, quais são os dados e serviços mínimos a serem compartilhados pelas instituições, quais sejam: (a) dados sobre canais de atendimento disponibilizados aos clientes; (b) produtos e serviços disponibilizados aos clientes e relacionados com contas de depósito à vista, de poupança, seguros, operações de crédito e câmbio dentre outros; (c) cadastro de clientes e seus representantes; (d) dados sobre transação dos clientes relacionados com operações de crédito, depósito à vista e em poupança dentre outros. Releva mencionar, ainda, que as instituições podem celebrar convenção, na forma do art. 44 da resolução, a fim de incluírem outros dados a serem compartilhados.

Anote-se, ainda, que o § 4º do art. 5º da resolução estabelece um ponto polêmico acerca do que seria “cadastro de clientes e seus representantes”. Dispõe a resolução no dispositivo indicado:

§ 4º O compartilhamento de dados de cadastro de que trata o inciso I, alínea «c», do caput, deve abranger:

I – os dados fornecidos diretamente pelo cliente ou obtidos por meio de consulta a bancos de dados de caráter público ou privado, exceto:

- a) os dados classificados como dado pessoal sensível pela legislação;
- b) as notas ou pontuações de crédito; e
- c) as credenciais e outras informações utilizadas com o objetivo de efetuar a autenticação do cliente; e

II – o último dado disponível, com discriminação da data de sua obtenção. (BANCO CENTRAL DO BRASIL; CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL, 2020).

Chama a atenção no presente dispositivo impossibilidade de compartilhamento de dados pessoais classificados como sensíveis. Segundo o art. 5º, inc. II, da LGPD (BRASIL, 2018), deve ser considerado sensível todo dado que informa sobre origem racial, religião, convicção política, filiação a sindicato ou organizações religiosas, filosóficas ou políticas, saúde, vida sexual e dados genéticos ou biométricos de pessoas naturais. Assim, a resolução objetiva justamente evitar a discriminação algorítmica, bem como proteger a intimidade dos titulares de dados.

Ademais, no parágrafo 3º do art. 5º, a resolução conjunta confere ao sistema de *open banking* um arranjo regulatório mais avançado e equilibrado em relação ao descrito no tópico anterior, pois estabelece o consentimento do cliente como único meio de acesso aos dados arrolados no *caput*. Ademais, o art. 2º, inc. VII, da resolução define consentimento como “manifestação livre, informada, prévia e inequívoca de vontade, feita por meio eletrônico, pela qual o cliente concorda com o compartilhamento de dados ou de serviços para finalidades determinadas” (BANCO CENTRAL DO BRASIL; CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL, 2020). Portanto, conclui-se que não há presunção de consentimento, como há no cadastro positivo, de modo que cabe ao cliente/titular de dados manifestar sua aquiescência com o compartilhamento de dados e com a finalidade de tal tratamento que pode ser de forma expressa ou inequívoca.

Conforme aventado na introdução, o sistema financeiro aberto levantou dúvidas quanto à segurança dos dados pessoais, que, ao serem compartilhados com as mais diversas instituições financeiras, sofreriam uma maior probabilidade de vazamento ou danificação e demais incidentes de segurança. Segundo os arts. 23 e 44 da Resolução Conjunta, as instituições que aderirem ao sistema financeiro aberto devem disponibilizar interfaces de compartilhamento dos dados arrolados nos dispositivos anteriores, sendo que tais interfaces devem ser padronizadas por meio de convenções estabelecidas entre os integrantes do *open banking*. A opção adotada na

Resolução Conjunta, portanto, adotou a autorregulamentação dos *players* como marco regulatório da segurança nas transmissões de dados pessoais.

Segundo a Resolução Conjunta, caberá às instituições financeiras, então, convencionarem entre si o padrão tecnológico da interface de compartilhamento de dados, o que inclui protocolos para transmissão de dados, controle de acesso, padrões de segurança, formato para troca de dados, dentre outros. Além disso, o parágrafo primeiro do art. 44 da Resolução Conjunta prevê o estabelecimento de uma estrutura de governança voltada à garantia da pluralidade de instituições, da não discriminação entre as instituições, mitigação de conflito de interesses e sustentabilidade do sistema financeiro aberto. Em seguida, o art. 46 dispõe que caberá ao Banco Central fixar essa estrutura inicial de governança, além de participar da elaboração da convenção e na aprovação desta, visando assegurar o cumprimento dos objetivos do *open banking*, como promoção da concorrência, da educação financeira, incentivo à inovação, transparência, segurança dos dados, dentre outros listados nos arts. 3º e 4º da Resolução.

Assim, a opção regulatória adotada foi uma autorregulação mitigada, vez que contará com a participação do Banco Central. A principal vantagem do modelo adotado consiste no aproveitamento da *expertise* técnica das empresas atuantes no setor ao mesmo tempo em que o poder público poderá atestar a segurança dos protocolos adotados para a transmissão dos dados. Entretanto, não deixa de ser aplicável a disciplina legal da LGPD, principalmente quanto à segurança, responsabilização por danos, governança e tratamento dos dados coletados.

Por conta do necessário diálogo das fontes (MARQUES, 2003, p. 74 e ss.), além da superioridade hierárquica da LGPD, o *open banking* não poderá funcionar de maneira alheia às disposições da lei de dados. Exemplificativamente, pode-se ventilar a possibilidade de aplicar-se às instituições financeiras a obrigatoriedade de os agentes de tratamento de dados reportarem incidentes de segurança diretamente à ANPD, nos termos do art. 46 da LGPD (BRASIL, 2018). Além disso, também é aplicável a disposição do art. 20, que garante a revisão de decisões automatizadas,

ainda que tal opção, como criticado na seção anterior, não atenda às complexidades postas pela IA.

Depreende-se do exposto que o *open banking*, apesar de contar com regulamentação própria, também está sujeito à LGPD, o que traz à tona as mesmas insuficiências dessa lei para disciplinar a IA como ferramenta de tratamento de dados, notadamente a falta de previsão de obrigatoriedade para revisão de decisões automatizadas por pessoas naturais. A partir disso, ganha relevo uma análise do papel institucional da ANPD na prevenção de danos gerados por tratamento automatizado e sancionamento em caso de irregularidades.

### 3 O PAPEL DA ANPD

Diante desse panorama negativo quanto aos meios de o consumidor autotutelar seu direito à proteção de dados, seja pelo consenso, presente somente no *open banking* ou direito de revisão por pessoa natural, tem-se que a LGPD delegou à Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) os meios para garantir a eficácia aos princípios da proteção de dados pessoais – dentre eles a transparência e *accountability*. Nesse sentido, o art. 20, § 2º, da LGPD (BRASIL, 2018) outorga à ANPD a possibilidade de realizar auditorias para se certificar sobre aspectos discriminatórios no tratamento automatizado de dados pessoais no caso de o controlador não oferecer antes as informações requeridas pelo titular de dados, tendo o art. 55-J, XVI (BRASIL, 2018) também concedido uma permissão geral para realização de auditorias a fim de fiscalizar o cumprimento da legislação.

Ademais, a partir de sua autonomia técnica e decisória (art. 55-B da LGPD), a ANPD goza de poder de polícia amplo para prevenção e sancionamento, podendo desde estabelecer padrões técnicos mínimos à segurança e ao tratamento dos dados até aplicar multas em caso de descumprimento da legislação. (cf. LIMA, 2020, p. 258)

Vale mencionar, ainda, que, em se tratando de regulação de IA, o modelo de agência regulatória demonstra-se adequado em razão de contar com a especialização técnica, que juízes e demais agentes estatais não

têm, independência funcional e possibilidade de agir anteriormente ao dano fixando padrões mínimos de segurança no tratamento de dados, o que se mostra de grande relevância no contexto de IA, como nota SCHERER (2016, p. 387-388):

This does not necessarily lead to the conclusion that an agency's ability to regulate *ex ante* is completely useless in the context of emerging technologies such as AI. By publishing industry standards and engaging in public advocacy, agencies can set expectations without specifically approving or barring particular products or programs. Agencies also have an unparalleled ability to collect and disseminate risk information so that the general public may deduce for itself the relative safety of a particular product or class of products. In the context of AI regulation, this could be accomplished by adopting standards specifying the characteristics that AI systems should have, such as being limited to specified activities or remaining susceptible to human control.

Desta forma, diante da vulnerabilidade técnica do consumidor para interpretar os mecanismos decisórios de IA, o papel da ANPD é de primeira importância para garantia da autonomia informativa, privacidade e a transparência.

Atualmente, a ANPD é um órgão da administração direta, vinculada à Presidência da República, dada à ANPD pelo art. 55-A da LGPD (BRASIL, 2018) que só poderá ser revista dois anos após a entrada em vigor da Lei nº 13.853/2019 (BRASIL, 2019). Ao conformar sua estrutura jurídica desse modo, pretendeu-se a não criação de novas despesas, o que, entretanto, desguarnece a ANPD de uma estrutura adequada para execução de suas atribuições. Note-se, por fim, que esses mecanismos de autotutela não são plenamente efetivos sem uma ação efetiva da ANPD, dada a vulnerabilidade do titular de dados, entretanto, do mesmo modo, não pode ser plenamente efetivo um sistema de proteção que nem privilegia a manifestação livre e expressa de vontade e nem garante uma estrutura pública adequada para garantia dos direitos aos dados pessoais.

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, em consonância com a hipótese levantada, pode-se concluir que a legislação nacional em vigor não se atentou adequadamente aos desafios impostos pela enorme complexidade do tratamento de dados pessoais e seus mecanismos autônomos de funcionamento (*machine learning*) e nem contemplou a autodeterminação informativa dos consumidores, que, com o atual arranjo normativo, estão tendo seus dados relativos a relações creditícias compartilhados sem o seu consentimento para a geração automatizada de um *score* ao qual não tem nem o direito de solicitar revisão por pessoa natural e nem a capacidade técnica de julgar a higidez dos procedimentos de tratamento da IA.

Releva mencionar, ainda, que a ausência desses direitos ao consumidor de crédito pode configurar um impedimento à circulação transfronteiriça de dados, principalmente com a União Europeia, vez que há a exigência de um nível de proteção adequado para tal fica comprometida tendo em vista a mitigação do consentimento para fins de proteção de crédito na legislação pátria.

Ademais, quanto ao *open banking*, apesar das expectativas quanto ao incentivo concorrencial, tem-se um incremento de risco dos dados compartilhados com inúmeras instituições financeiras. Todavia, como exposto, tal risco deverá ser mitigado nos termos da LGPD com a adoção de boas práticas de governança, responsabilização por danos, adoção de padrões técnicos da ANPD, além da supervisão do Banco Central sobre as convenções previstas pela Resolução Conjunta (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2020).

Portanto, quanto à definição de perfis de crédito, conclui-se que há um baixo grau de proteção desses dados no direito brasileiro, sendo que, como nota LIMA (2020, p. 180), esse aspecto da imprescindibilidade do consentimento no cadastro positivo representa uma ameaça ao reconhecimento internacional da efetividade do sistema brasileiro e expõe uma parte enorme da população à vigilância das instituições financeiras.

## REFERÊNCIAS

ALPA, Guido. Prefazione. Fintech: un laboratorio per i giuristi. *In*: FINOCCHIARO, Giusella; FALCE, Valeria. (coord.) **Fintech**: diritti, concorrenza, regole:le operazioni di finanziamento tecnologico. Torino: Zanichelli Editore, 2019. pp. XIII – XXII.

BANCO CENTRAL DO BRASIL; CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. Diretoria Colegiada. **Resolução Conjunta nº 1, de 4 de maio de 2020**. Dispõe sobre a implementação do Sistema Financeiro Aberto (Open Banking). Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-conjunta-n-1-de-4-de-maio-de-2020-255165055>. Acesso em: 28 out. 2021.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento, Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BRASIL, **Lei Complementar nº 166, de 8 de abril de 2019**. Altera a Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, e a Lei nº 12.414, de 9 de junho de 2011, para dispor sobre os cadastros positivos de crédito e regular a responsabilidade civil dos operadores. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/Lcp166.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp166.htm). Acesso em: 28 out. 2021.

BRASIL, **Lei nº 12.414, de 9 de junho de 2011**. Disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112414.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112414.htm). Acesso em: 28 out. 2021.

BRASIL, **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm). Acesso em: 28 out. 2021.

BRASIL, **Lei nº 13.853, de 8 de julho de 2019**. Altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/113853.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113853.htm). Acesso em: 28 out. 2021.

FINOCCHIARO, Giusella; FALCE, Valeria. (coord.) **Fintech**: diritti, concorrenza, regole:le operazioni di finanziamento tecnologico. Torino: Zanichelli Editore, 2019.

FRAZÃO, Ana. Fundamentos da proteção dos dados pessoais: noções introdutórias para a compreensão da importância da Lei Geral de Proteção de Dados.*In*: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (coord.). **A lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019

G1. Percentual de famílias com dívidas chega a 70% e Brasil atinge o maior nível em 11 anos, aponta CNC. **G1**, São Paulo, 01/07/2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/07/01/percentual-de-familias-com-dividas-chega-a-70percent-e-brasil-atinge-o-maior-nivel-em-11-anos-aponta-cnc.ghtml>. Acesso em: 28 out. 2021.

KAPLAN, Jerry. **Artificial Intelligence**: what everyone needs to know. Oxford: Oxford University, 2016.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **Autoridade nacional de proteção de dados e a efetividade da lei geral de proteção de dados**. São Paulo: Almedina, 2020.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Consentimento inequívoco versus expresso: o que muda com a LGPD? **Revista do Advogado**, ano XXXIX, n. 144, p. 60-66. São Paulo: AASP, 2019.

LUGER, Georg F. **Inteligência artificial**. Tradução Daniel Vieira. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2013.

MARQUES, Claudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil: do “Diálogo das Fontes” no combate às cláusulas abusivas. **Revista de Direito do Consumidor**, ano 12, v. 45, p. 71-99, jan./mar. 2003.

MIT TECHNOLOGY REVIEW. A Inteligência Artificial (IA) exacerbou o preconceito racial no campo habitacional. Ela poderia ajudar a eliminá-lo? 03 dez. 2020. Disponível em: <https://mittechreview.com.br/a-inteligencia-artificial-ia-exacerbou-o-preconceito-racial-no-campo-habitacional-ela-poderia-ajudar-a-elimina-lo/>. Acesso em: 28 out. 2021.

PARISER, Eli. **The filter bubble: how the new personalized web is changing what we read and how we think**. Nova York: Pinguin Books, 2011.

PASQUALE, Frank. **The Black Box Society: the secret algorithms that control money and information**. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

RUDIN, Cynthia; RADIN, Joanna. Why are we using black box models in AI when we don't need to? A lesson from an explainable AI competition. **Harvard Data Science Review**, v. 1, n. 2, Fall 2019. Disponível em: <https://hdsr.mitpress.mit.edu/pub/f9kuryi8>. Acesso em: 28 out. 2021.

SCHERER, Matthew U. Regulating artificial intelligence systems: risks, challenges, competencies, and strategies. **Harvard Journal of Law & Technology**, v. 29, n. 2, p. 354-398, Spring, 2016. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2609777](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2609777). Acesso em: 28 out. 2021.

SCOPSI, Martina. The Expansion of Big Data Companies in the Financial Services Industry, and EU Regulation. **Istituto Affari Internazionali**, v. 19, n. 6, Mar. 2019. Disponível em: <https://www.iai.it/sites/default/files/iaip1906.pdf>. Acesso em: 28 out. 2021.

SOBRAL, Christiano. Uma auditoria algorítmica do Open Banking sob a ótica do direito digital internacional. **Estadão**, São Paulo, 04 set. 2021. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/uma-auditoria-algoritmica-do-open-banking-sob-a-otica-do-direito-digital-internacional/>. Acesso em: 28 out. 2021.

ZUBOFF, Shoshana. **The age of surveillance capitalism: the fight for a human future at the new frontier of power**. Nova York: Public Affairs, 2019.

# **CAPÍTULO 9: A LÓGICA ECONÔMICA NAS CIÊNCIAS ORGANIZACIONAIS E NO DIREITO E A INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NAS EMPRESAS: UM ESTUDO INTERDISCIPLINAR**

## **CHAPTER 9: ECONOMIC LOGIC IN ORGANIZATIONAL SCIENCES AND IN LAW AND THE INCLUSION OF PEOPLE WITH DISABILITIES IN COMPANIES: AN INTERDISCIPLINARY STUDY**

*Flávia Piva Almeida Leite*

*Guilherme Burzynski Dienes*

*Leandro Carlos Alves Bezerra*

**RESUMO:** A inclusão da pessoa com deficiência nas empresas é um objetivo contemplado por diversos instrumentos na legislação brasileira, que não raro padecem de inefetividade. Nesse cenário há uma lógica econômica atrelada à decisão da empresa avessa à internalização de custos econômicos da implementação dessas políticas, que se espera ser pautada no respeito às leis do país que atua e às pessoas que nela desempenham suas atividades. Este artigo tem por objetivo avaliar a existência de normas que permitam a instituição de incentivos fiscais para a adequação do ambiente do trabalho para as pessoas com deficiência e, caso positivo, se a eventual inércia do Estado Brasileiro em os implementar contribui para o descumprimento das normas de inclusão por parte das empresas. Para tanto é realizada a revisão da literatura sobre os temas apurados abordados através do método dedutivo. Os resultados demonstram que a lógica econômica abala os fundamentos das relações sociais, enquadrando o trabalhador nas

empresas como um “item de custo” no âmbito organizacional. Diante desse contexto, contribui para a inefetividade da legislação a inércia do Estado brasileiro em implementar dispositivos normativos já existentes voltados ao incentivo fiscal para a acessibilidade, em especial para a adequação do ambiente de trabalho às pessoas com deficiência.

**Palavras-chave:** pessoa com deficiência; reserva de vagas; ciências organizacionais; interesse social; isenção fiscal.

**ABSTRACT:** The inclusion of people with disabilities in companies is an objective covered by several instruments in Brazilian legislation, which often suffer from ineffectiveness. In this scenario, there is an economic logic linked to the company’s decision averse to internalizing the economic costs of implementing these policies, which is expected to be based on respect for the laws of the country in which it operates and the people who carry out their activities there. This article aims to assess the existence of rules that allow the institution of tax incentives for the adequacy of the work environment for people with disabilities and, if so, whether the possible inertia of the Brazilian State in implementing them contributes to non-compliance with the rules of inclusion by companies. For that, a literature review is carried out on the investigated topics covered through the deductive method. The results demonstrate that the economic logic undermines the foundations of social relations, framing the worker in companies as a “cost item” in the organizational sphere. In this context, the inertia of the Brazilian State in implementing already existing normative provisions aimed at tax incentives for accessibility, especially for the adequacy of the work environment for people with disabilities, contributes to the ineffectiveness of the legislation.

**Keywords:** people with disabilities; employment reservation policy; organizational sciences; social interest; tax exemption.

## 1 INTRODUÇÃO

A inclusão da pessoa com deficiência nas empresas é uma finalidade política contemplada por diversos instrumentos na legislação brasileira, entendendo-se o contrato de trabalho como uma forma de integrar a pessoa na comunidade e prover os meios de sua subsistência. Essas previsões dependem de uma postura de decisão empresarial que se espera ser pautada na lei e na ética.

Esse cenário possui em si como indissociável uma lógica econômica atrelada à tomada de decisão empresarial, que condiciona a efetividade das medidas de inclusão ao custo representado pela sua implementação a ser internalizado pela empresa.

Aborda-se no presente trabalho em um primeiro momento a lógica epistêmica subjacente às ciências organizacionais que refletem na atuação e funcionamento da empresa e, a partir dessas conclusões, avalia-se a influência dessa pretensão no ordenamento jurídico no tocante às relações de emprego e à função das sociedades comerciais para, ao final, descrever algumas medidas normativas empregadas para promover a inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho e a existência, ou não, de mecanismos normativos para viabilizar essa eventual mitigação de custos.

Diante dessa problemática, a discussão da presente pesquisa tem por objetivo avaliar a existência de normas que permitam a instituição de incentivos fiscais para a adequação do ambiente do trabalho para as pessoas com deficiência e, caso positivo, se a eventual inércia do Estado Brasileiro em os implementar contribui para o descumprimento das normas de inclusão por parte das empresas. Para tanto é realizada a revisão da literatura sobre os temas apurados abordados através do método dedutivo. Com isso, passa-se ao primeiro ponto de análise no qual se busca avaliar a subordinação das ciências organizacionais à economia.

## 2 A SUBORDINAÇÃO DAS CIÊNCIAS ORGANIZACIONAIS À ECONOMIA

No livro “A Nova Ciência das Organizações”, publicado originalmente nos Estados Unidos em 1981, Alberto Guerreiro Ramos afirma que “nenhuma mudança significativa ocorreu nos pressupostos epistemológicos da análise organizacional, desde Taylor” (p. 120). Frederick Taylor lançou sua obra seminal “Princípios da Administração Científica” em 1911, 70 anos antes da afirmação proferida por Guerreiro Ramos, um período que não contou com poucas obras no campo da Administração. “Administração Industrial e Geral”, de Henri Fayol, “As Funções do Executivo”, de Chester Barnard, “Comportamento Administrativo”, de Herbert Simon, “Os Problemas Sociais de uma Sociedade Industrial”, de Elton Mayo, “O Lado Humano da Empresa”, de Douglas McGregor, “Administração, Tarefas, Responsabilidades e Práticas”, de Peter Drucker, além de obras que foram apropriadas e reproduzidas no campo das ciências organizacionais, como “Motivação e Personalidade”, de Abraham Maslow, e “Teoria Geral dos Sistemas”, de Ludwig Von Bertalanffy, todas estas foram publicadas entre 1911 e 1981 e todas têm sua importância no campo da Administração.

Notório que, mesmo com similitudes que possam permear as obras – Taylor e Fayol, considerados, junto a Henry Ford, os “pais da Administração científica e clássica”, partilham semelhanças significativas em suas obras –, existem distinções consideráveis entre elas, elementos que as caracterizam em sua individualidade e em sua contribuição particular às ciências organizacionais. Em caráter de exemplificação, a abordagem humanística de Elton Mayo se distingue da abordagem neoclássica com a administração por objetivos de Peter Drucker, a “teoria x e y” de Douglas McGregor se diferencia da abordagem sistêmica de Ludwig Von Bertalanffy, entre outros casos que não necessitam ser citados. Posto que cada obra detém elementos distintivos, suscita questionamentos a afirmação feita por Guerreiro Ramos (1981) acerca dos pressupostos epistemológicos da análise organizacional.

Para Taylor, “o principal objetivo da administração deve ser o de assegurar o máximo de prosperidade ao patrão e, ao mesmo tempo, o máximo de prosperidade ao empregado” (TAYLOR, 1911, p. 24). Este excerto foi retirado do livro “Princípios da Administração Científica”, publicado em 1911. A obra de Taylor figura, costumeiramente, como capítulo inicial de grande parte dos manuais de Administração, o que, em tese, apontaria mais para seu pioneirismo do que para sua reprodução no campo organizacional contemporâneo. A afirmação de Guerreiro Ramos acerca da submissão epistemológica das teorias organizacionais a Taylor, ao menos até 1981, aponta para a segunda opção. Cabe, antes de prosseguir, trazer o entendimento de Taylor acerca da máxima prosperidade.

A expressão ‘máximo de prosperidade’ é usada em sentido amplo, compreendendo não só grandes dividendos para a companhia ou empregador, como também desenvolvimento, no mais alto grau, de todos os ramos do negócio, a fim de que a prosperidade seja permanente. Igualmente, máxima prosperidade para o empregado significa, além de salários mais altos do que os recebidos habitualmente pelos obreiros de sua classe, este fato de maior importância ainda, que é o aproveitamento dos homens de modo eficiente, habilitando-os a desempenhar os tipos de trabalho mais elevados para os quais tenham aptidões naturais e atribuindo-lhes, sempre que possível, esses gêneros de trabalho (TAYLOR, 1911, p. 24).

Da manifestação da ideia de “máximo de prosperidade” de Taylor, fundamentam-se os princípios basilares que compõem sua contribuição teórica. Dos pontos mais consideráveis de sua obra, extrai-se a composição dos quatro princípios da administração científica por ele descritos. São estes: 1º o desenvolvimento de uma verdadeira ciência; 2º seleção científica do trabalhador; 3º sua instrução e treinamento científico; e 4º cooperação íntima e cordial entre a direção e os trabalhadores. O compêndio dos princípios da administração científica de Taylor erige um panorama pioneiro às organizações, onde estas delimitam o tipo de trabalhador ideal para a função de produção, qual o tempo médio de execução de trabalho, a duração do trabalho, a duração dos descansos do trabalhador e uma se-

paração manifesta entre as funções de consecução e planejamento, configurando a divisão do trabalho como forma de maximização de eficiência.

Para melhor explicar sua visão sobre epistemologia, Guerreiro Ramos evoca Donald Schon (1971), que, na visão do autor, é uma exceção em relação aos demais autores do campo organizacional por sua atenção à dimensão epistemológica. Schon (1971) entende que os sistemas sociais são constituídos de uma estrutura, ou um conjunto de papéis e de relações sociais entre os membros, uma tecnologia, um conjunto de normas e praxes consolidadas que regem a execução das coisas, e uma teoria, onde se insere a epistemologia.

A teoria é o conjunto de regras epistemológicas segundo o qual a realidade interna e externa é interpretada e tratada, em termos práticos [...] A dimensão epistemológica dos sistemas sociais usualmente não recebe adequada atenção. No entanto, quando uma pessoa passa a fazer parte de um sistema social encontra um corpo de teoria que, de maneira mais ou menos explícita, estabelece não apenas “como o mundo é”, mas também “quem somos nós”, “que estamos nós fazendo” e “que é que deveríamos estar fazendo” (GUERREIRO RAMOS, 1981, p. 120 apud SCHON, 1971, p. 34).

Cabe, então, dimensionar a afirmação de Guerreiro Ramos acerca da análise organizacional. Para o autor, mesmo que haja manifestas distinções nas obras publicadas no ínterim entre 1911 e 1981, seus elementos de contribuição, suas abordagens, a composição de seu “problema de pesquisa” e suas propostas de solução, todos estes elementos estão subordinados a uma epistemologia que, como postulado por Guerreiro Ramos, não sofreu alteração significativa no período. Mais, tal subordinação é decorrente de uma postura acrítica da ciência organizacional, que “não desenvolveu a capacidade analítica necessária à crítica de seus alicerces teóricos e, em vez disso, em grande parte toma emprestadas capacidades exteriores.” (1981, p. 118).

A crítica de Guerreiro Ramos sobre as ciências organizacionais – e tese importante do livro “A Nova Ciência Social” – deriva da noção de que estas estão submissas a uma racionalidade instrumental, distinta da racio-

nalidade substantiva, de fato, onde há uma apropriação do positivismo das ciências naturais, logrando reduzir a ciência social a um cientificismo e um meio de legitimação do controle institucionalizado sobre o mundo natural e a conduta humana. Esse processo se deu por uma predominância do caráter econômico com ponto central e mediador das relações sociais, solapando-as e minando sua substância, tornando-as submissas à lógica econômica.

A constatação feita por Guerreiro Ramos sobre a dominância de uma racionalidade instrumental, centrada no caráter econômico da sociedade, representa uma ideologização das ciências organizacionais, que, acriticamente, reproduzem seus construtos sobre estruturas epistemológicas pré-definidas e instrumentalizadas. O corolário desse processo se manifesta em “pontos cegos” da teoria organizacional, que são, para o autor: o forte caráter ideológico que reduz a totalidade do comportamento humano ao comportamento econômico, considerando que esse é movido unicamente por consequências (ganhos e perdas) econômicas; a não distinção pelas ciências sociais das organizações substantivas e formais, tornando-as não históricas e negando suas particularidades oriundas do modo de produção capitalista; a incapacidade de compreensão do papel das interações simbólicas, transmutando as atividades econômicas, que deveriam ser um meio, em um fim em si mesmas; e, uma visão mecanomórfica da atividade produtiva do homem, onde trabalho e ocupação deixam de ter distinção (GUERREIRO RAMOS, 1981).

Guerreiro Ramos também elenca o processo pelo qual a lógica econômica instrumentalizou as relações sociais e, por conseguinte, as ciências organizacionais. O chamado sistema de mercado, invólucro da lógica econômica transmutada nas demais relações sociais, encontrou condições ótimas de reprodução após a Revolução Industrial. “A produção industrial apoia-se antes nas leis da mecânica do que em qualquer pessoa particular, condicionando o homem, eficazmente, a concordar com suas exigências operacionais” (1981, p. 132). A reprodução do sistema de mercado impulsionada pela Revolução Industrial decorre em uma divisão do trabalho que, demandando cada vez mais especialização para maiores resultados, reduz o homem a um componente de uma força de trabalho.

Não obstante, o sistema de mercado determina, através da precificação, padrões objetivos de equivalência entre bens e serviços, no qual também se inserem os custos com os trabalhadores e a mensuração do lucro. “Desse modo, o indivíduo participa do processo de produção, mas unicamente como um item de custo” (1981, p. 133).

Por fim, para a inculcação e legitimação desse processo, não seria suficiente apenas a reprodução mecânica baseada em questões técnicas e econômicas do sistema de mercado. Eric Voegelin (1964, p. 2 *apud* GUERREIRO RAMOS, 1981, p. 126) afirma que as sociedades precisam enfrentar as questões de sua subsistência, mas também de seu significado, ou a veracidade de sua ordem, que está conectado com os elementos que constituem a unicidade ou a cultura de uma determinada sociedade. Ou seja, para o autor, a sociedade não se constitui apenas pela sintonia de seus interesses de subsistência (econômicos), mas também pela conexão cultural e simbólica que é elemento em comum entre seus membros. Logo, para a reprodução efetiva de um sistema de mercado como força determinante das relações sociais, esta teria que estar presente, também, na “medida em que o processo geral de socialização induzisse os indivíduos a aceitarem seus requisitos psicológicos” (1981, p. 133).

A escolha do trabalho como instrumento de mediação do valor da dignidade humana de um modo geral foi condicionado pela necessidade de aliviar a dissonância cognitiva gerada pelo surgimento do sistema de mercado. A velha distinção entre ocupação e trabalho precisava ser solapada, de outro modo os conflitos interiores da psique humana tornariam o sistema de mercado impraticável. O trabalho como instrumento de medição de valor e da dignidade humana é um expediente psicocultural, usado para minimizar a dissonância cognitiva e o conflito interior. (GUERREIRO RAMOS, 1981 p. 134).

Colocadas algumas considerações importantes da crítica de Guerreiro Ramos ao caráter instrumental das ciências organizacionais, para a compreensão e análise de sua afirmação elencada no começo deste texto, se faz necessário retornar ao início do período citado, ao ponto que, segundo Guerreiro Ramos, marca a última mudança epistemológica significati-

va até a publicação de “A Nova Ciência das Organizações”, em 1981, ou seja, se faz necessário um retorno ao taylorismo.

Não cabe a este texto analisar os pormenores dos tópicos desenvolvidos por Taylor, mas é importante elencar que a palavra ciência (ou científica), não à toa, aparece em três dos quatro princípios da administração científica. Manifesta-se na composição de seus objetivos uma forma ideologizada de ciência, atrelada a uma lógica de maximização da produção e “prosperidade”, tornando-se seu propósito, instrumentalizando-a em prol da reprodução oriunda do desenvolvimento industrial. Nesse ensejo, de maximizar a produção, as proposições de Taylor obtiveram sucesso. A partir de um método empírico-experimental, com cálculo de tempo de execução de tarefas, da escolha de trabalhadores que se adequavam melhor às proposições (o “homem bovino”) e a divisão planejada entre planejadores e executores do trabalho, houve um acréscimo significativo na produção e uma melhora nos salários.

A divisão do trabalho, da forma que foi concebida por Taylor, parte, também, de seu entendimento de que alguns são possuidores da dádiva de pensar e devem fazê-lo para comandar os que receberam a graça de executar (FARIA, 2011, p. 29). Tal visão coaduna com a concepção taylorista acerca da indolência natural dos homens, que, uma vez sistematizada – presente na esfera organizacional com proeminência -, manifestaria condições de sua reprodução, uma vez que os homens achariam, erroneamente, que estariam, através da indolência, servindo a seus interesses (TAYLOR, 1911). A necessidade de estruturação prescritiva, ou seja, de um direcionamento altamente delimitado, com tempo de execução e de descanso calculado, onde a margem para a “liberdade” do trabalhador seria ínfima ou nula, cercearia definitivamente a possibilidade da indolência. Em retorno por uma execução mais competente (produtiva) do trabalho, o trabalhador receberia um acréscimo substancial em seu salário, mas, como bem aponta Faria (2011, p. 33), a maior beneficiária, indubitavelmente, é a empresa, “pois o trabalhador, para aumentar sua remuneração em 63%, deve produzir mais 269% do que fazia”.

Naturalmente que, uma vez consolidados os resultados positivos à produtividade das organizações, o método taylorista ganharia espaço para

sua reprodução e hegemonia na seara organizacional, e, tornado hegemônico, teria existência material nas práticas das instituições e interpelaria os sujeitos como ideologia dominante (FAIRCLOUGH, 1991). Maurício Tragtenberg (1971) expressa o efeito do método taylorista.

O método Taylor é oriundo da aplicação de um esquema empírico como método onde o conhecimento surge da evidência sensível e não da abstração. O objeto do conhecimento é concreto. O método do baseia-se em dados singulares observáveis, isso limitando a possibilidade de generalização. Na essência, presidindo tudo, está a atitude descritiva onde o importante é “como” e não o “porquê” da ação. (TRAGTENBERG, 1971).

Continua Tragtenberg:

Para Taylor os que executam devem ajustar-se aos cargos descritivos e às normas de desempenho. Aí, a capacidade do operário tem um valor secundário, o essencial é a tarefa de planejamento. A especialização extrema do operário, no esquema de Taylor, torna supérflua sua qualificação. (TRAGTENBERG, 1971).

Tragtenberg (1971) aponta para o fato de que o modo de execução do trabalho se torna o fator predominante em detrimento da fundamentação da razão pela qual se está executando-o. Essa construção se aproxima significativamente dos elementos apontados por Guerreiro Ramos acerca da cegueira das análises organizacionais quanto ao papel das interações simbólicas, onde os meios – no caso os aspectos econômicos de subsistência – se tornam os fins *per se*. Mais, a exposição de Tragtenberg para o papel central que o desenvolvimento do taylorismo teve nesse processo de instrumentalização da racionalidade em prol de um desenvolvimento industrial que encontra sua representação no sistema de mercado.

Para Faria (2011), “a separação entre a concepção e a execução resulta, entre outras, em uma desumanização do processo de trabalho, na medida em que os trabalhadores ficam reduzidos ao nível de trabalho em sua ‘forma animal’”. O processo de alienação dos indivíduos através de sua fragmentação entre aqueles que planejam e os que executam é utilitá-

ria a um sistema de mercado que necessita solapar as demais relações sociais para sua reprodução.

A lógica produtivista, ideológica que é e hegemônica que se torna, instrumentaliza não só os homens em prol de sua reprodução, mas a própria ciência, tornando-a, abertamente, um mero instrumento para fins previamente estabelecidos (tal qual Weber) – os de produção. Uma vez estabelecida como base epistemológica dominante, se deu um processo de subordinação das análises organizacionais a estas estruturas basilares, que, de forma acrítica, para Guerreiro Ramos (1980), não transcenderam estas bases e apenas as aprimoraram sem mudar impactar significativamente suas fundações. Sobre esse processo, Tragtenberg (1980) afirma:

A exploração do trabalho no capitalismo desenvolvido, especialmente nos EUA, na sua prática, ainda está sob o signo do taylorismo, embora a retórica dominante do discurso administrativo patronal seja “sistêmica”, ou “relações humanas”, ou “desenvolvimento organizacional”. É necessário lembrar que Taylor tinha o cronômetro como bíblia, era um tipo compulsivo que passava contando seus passos, não bebia, não fumava, era vítima de insônias e pesadelos. É baseada em critérios tayloristas que a General Motors paga sua mão-de-obra, pagando ao trabalhador pelos décimos de hora que trabalha; é a realização da transformação da ética puritana “quem não trabalha não come” em “quem não trabalha um dia “justo” não recebe um salário “justo”. (TRAGTENBERG, 1980, p. 121).

A fundamentação da lógica taylorista como premissa fundamental está conectada a uma demanda produtivista que, por sua vez, é essencial ao sistema de mercado. A preocupação levantada por Guerreiro Ramos e Maurício Tragtenberg sobre a subordinação das ciências organizacionais a uma forma instrumental também é abarcada por Fernando P. Motta (1985). Para Motta (1985), as teorias organizacionais, distintas que sejam, atendem a uma razão instrumental, onde a ciência se direciona unicamente ao caráter técnico e a lógica de produção, paulatinamente, sujeita a educação, o lazer e a política a seus desígnios. “É essa lógica que pressupõe a noção de sistema e a ideia de quantificação, isto é, do sistema pensado

como modelo matemático [...] Na sociedade controlada, a diferença torna-se sinônimo de ameaça ao poder” (MOTTA, 1985, p. 102).

Os efeitos do domínio das relações sociais pela ideologia produtivista centrada na lógica econômica são, também, apontados por Motta (1985). Ao se referir às ciências organizacionais, Motta entende que estas estão instrumentalizadas de forma a atender, apenas como meio, a ideologia hegemônica produtivista. Para o autor:

É enquanto lógica de dominação que a teoria das organizações mascara o poder e o substrato econômico das relações de poder. Assim, as ideias oferecem elaboradas justificações das ações, sem referência aos dados da realidade que se propõe informar. A ideologia que assim se constitui é correspondente a um nível de ação coletiva da racionalização em nível individual. (MOTTA, 1985, p. 105).

Continua Motta:

O processo de justificação torna-se muito mais poderoso na medida em que se apresentando neutro torna-se força produtiva. Com efeito, um dos aspectos distintivos do mundo contemporâneo é a ‘cientificação’ da técnica. Dessa forma a dominação tecnoburocrática passa a repousar numa tecnologia que em si já serve à opressão, tanto mais que submetida a tecnoburocratas cujo poder é legitimado pelo poder técnico. (MOTTA, 1985, p. 106).

Postas as colocações de Guerreiro Ramos, Maurício Tragtenberg, José Henrique de Faria e Fernando Prestes Motta, se faz necessário o retorno aos parágrafos iniciais deste texto. Suscita questionamentos a colocação feita por Guerreiro Ramos acerca da falta de mudança dos pressupostos epistemológicos da análise organizacional, mas, uma vez levantados os elementos que a fundamentam e efetuada reflexão acerca destes, cria-se a necessidade precípua de questionar as razões pelas quais as ciências organizacionais se erigem sobre fundamentos que as subordinam, acriticamente, tal como a necessidade de questionar tais pressupostos, em si.

O papel que estes teóricos tiveram no campo organizacional é incontestável. Suas contribuições teóricas, distintas a nível ideológico e

teórico, subsidiam reflexões de caráter crítico que são imperiosas na maturação das ciências organizacionais. A ciência, por difícil que seja de se obter definição clara, não deve estar submetida a uma racionalidade instrumentalizada e incontestemente oriunda de uma ideologia produtivista e centrada nas relações econômicas manifestas no sistema de mercado. A crítica dos pressupostos epistemológicos que fundamentam as análises organizacionais é um processo que logra superar tais pressupostos e reconectar a ciência e os homens com uma racionalidade substantiva, de relações detentoras de substância, onde estas não estejam submersas ante uma superfície dissimulada da realidade.

Assentes essas considerações sobre a prevalência da lógica econômica no campo das ciências organizacionais, avalia-se em sequência a influência dessa pretensão no ordenamento jurídico no tocante às relações de emprego e à função das empresas.

### **3 MEIO AMBIENTE DO TRABALHO E A EMPRESA NA ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA**

A já mencionada identificação do indivíduo que participa do processo de produção como um “item de custo” (GUERREIRO RAMOS, 1981, p. 133) trouxe consigo uma erosão do valor social intrínseco ao trabalho (FELICIANO, 2013), resguardado pela Constituição ao lado da livre iniciativa como fundamento da República Federativa do Brasil no art. 1º, IV.

Ao se erigir o dinheiro como “poder verdadeiro e o único fim” (FELICIANO, 2013, p. 28) e se contabilizar a contribuição do empregado ao fim social da empresa como um mero empenho de tempo e esforço em troca de pecúnia que acarreta em um custo intermediário para alcançar a dita eficiência econômica, insere-se na relação laboral a indissociável visão da condição de trabalho como uma despesa a ser otimizada pelo gestor.

Assim, evidencia-se a influência direta dessa convicção na gestão do meio ambiente do trabalho, entendido como o local em que se desempenham as atividades laborais, amparado pelo direito ao meio ambien-

te equilibrado garantido pelos arts. 200, VIII e 225, *caput*, ambos da Constituição Federal.

Salienta-se ainda que ulteriormente é dever do empregador reduzir os riscos inerentes ao ambiente de trabalho nos termos fixados pelo art. 7º, XXII, CRFB, prezando pela sua salubridade e pela “ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independente da condição que ostentem” (FIORILLO, 2011, p. 77).

Todavia, sob a égide irrefletida da lógica econômica, os eventuais efeitos deletérios à saúde do empregado advindos de sua atividade na empresa são, não raro, submetidos à “monetização do risco” (MESQUITA; TAVARES, 2017, p. 289), sem que haja uma atuação efetiva para mitigar a sua persistência danosa.

Com isso, tornam-se passíveis de tolerância contínua mediante contraprestação pecuniária (MESQUITA; TAVARES, 2017), vislumbrada no pagamento duradouro a determinadas funções de adicionais salariais como o de insalubridade e periculosidade, previstos respectivamente nos arts. 189 e 193, CLT e art. 27, XIII, CRFB.

Sem prejuízo de maiores considerações sobre a crise no valor social do trabalho em outra oportunidade, o que aqui se busca ilustrar é um breve apanhado do efeito pervasivo dos interesses econômicos se sobrepondo ao próprio propósito da atividade laboral desempenhada.

Esse mesmo efeito pode ser observado na discussão travada no âmbito do Direito Societário no tocante ao interesse social e à função das sociedades comerciais. A princípio, Ana Frazão identifica a concepção de que as pessoas jurídicas seriam “entes fictícios” e, nessa qualidade, não poderiam deter um “interesse próprio que transcendesse aos dos seus componentes” (FRAZÃO, 2011, p. 61). A esse entendimento nomeado de contratualismo o propósito da empresa é reduzido à realização do interesse dos sócios, havendo divergência se dentre esses se abrangeria apenas os atuais ou também os futuros a ingressar no quadro societário (SALOMÃO FILHO, 2019).

Com a inadequação do contratualismo tradicional para se adequar às exigências dos mercados especulativos de capital, Calixto Salomão Filho

(2019, p. 46-47) identifica que essas conclusões foram reformuladas para entender que o interesse social corresponderia, em realidade, à “maximização do valor de venda das ações do sócio”, circunstância que estimularia a “busca desenfreada de aumento do valor de venda das ações por todos os agentes do mercado”, além de conduzir a uma “forte tendência à interpretação permissiva de regras contábeis ou até mesmo a maquiagem de balanços”.

Em contraposição a esse entendimento, exsurgiu no contexto da República de Weimar na Alemanha a concepção firmada por Walther Rathenau que no fim da Primeira Guerra Mundial identificava em “cada grande sociedade um instrumento para o renascimento econômico do país” (RATHENAU, 1917 *apud* SALOMÃO FILHO, 2019, p. 48). Essa compreensão entendia a função econômica da empresa como correspondente ao “interesse público e não meramente privado da macroempresa”, concentrando o controle societário na figura do Administrador (SALOMÃO FILHO, 2019, p. 49).

A crescente incorporação de mecanismos para participação operária no contexto alemão e o reconhecimento da necessidade de composição de interesses contrapostos dentro da empresa acabou por delinear na empresa a tutela de “um interesse social não redutível ao interesse do grupo de sócios e identificável ao interesse à manutenção da empresa” (SALOMÃO FILHO, 2019, p. 53).

Ao contexto da legislação brasileira, SALOMÃO FILHO (2019) observa a influência do contratualismo tradicional na definição de sociedade do Código Civil dada pelo art. 981<sup>23</sup>, ao passo que a influência do institucionalismo pode ser identificada no art. 116, parágrafo único<sup>24</sup> da Lei das Sociedades Anônimas ([Lei 6.404/76](#)).

---

23 Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

24 Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da

Como desdobramento doutrinário, desenvolveu-se nos anos 1970 o que se compreende como Análise Econômica do Direito, subsumindo como “parâmetro para orientação de normas jurídicas o chamado ‘princípio da eficiência’”, segundo o qual na fórmula de Richard Posner (1977, p. 25 *apud* SALOMÃO FILHO, 2019, p. 59) “as normas jurídicas somente são eficientes quando permitem a maximização da riqueza global, mesmo que isso seja feito à custa de prejuízo a um agente econômico específico”.

Essa formulação adviria da prevalência da livre iniciativa e autonomia da vontade em detrimento da igualdade entre os concidadãos, e a seus desdobramentos desumanizantes seria proposta a solução do teorema de Kaldor Hicks, segundo aponta SALOMÃO FILHO (2019, p. 59), onde preleciona que “uma solução é injusta apenas quando o ganho dos favorecidos supera a perda dos prejudicados e os primeiros não estão prontos a indenizar os últimos”.

Ao contexto do presente trabalho, contabiliza-se cerca de 12,7 milhões de pessoas com deficiência no Brasil, aproximadamente 6,7% da população geral segundo a Nota Técnica 01/2018 (IBGE, 2018, p. 5). A essa população é garantida uma miríade de políticas públicas específicas buscando a sua inserção no mercado de trabalho, por se entender que esse rito social não representa apenas um contrato de prestações sucessivas e recíprocas, mas constitui um dos locais de comunhão e integração social que antecedem o próprio sistema econômico em que estamos insertos.

A respeito dessas medidas normativas, discorrer-se-á de forma pormenorizada em sequência. Contudo, aqui desde já se deixa consignado o seguinte questionamento que ultrapassa a proposta aqui confrontada, apenas para contextualizar as considerações dos parágrafos anteriores: como justificar o desemprego em potencial de 6,7% da população nacional com bases econômicas (maior custo do funcionário no posto de trabalho)? Qual

---

companhia; e b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia. Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

a importância de uma indenização pecuniária após vivenciar uma existência em um ambiente de trabalho de exclusão e miséria? A ordem econômica brasileira tolera atrocidades perpetradas por empresas desde que acompanhadas com uma justa reprimenda imposta pelo poder de polícia estatal ou via judicial? Qual seria o propósito de suportar a existência de uma empresa nesse contexto e a que serviria os seus lucros e dividendos diante do rastro de ruína na sociedade causado pelas suas atividades?

Ao liame econômico que une esses breves questionamentos, identifica-se a solução de prevalência exclusiva do interesse econômico que não é admitida pelo ordenamento jurídico pátrio, e sequer é passível de fundamentação racional por resultar em uma injustiça extrema (ALEXY, 2009) ainda que possa subsistir de forma sub-reptícia e ilegal na prática empresarial nacional.

Nesse sentido, destaca-se a opção da [República Federativa do Brasil](#) já no início do texto constitucional ao se fundar na cidadania, na dignidade da pessoa humana e no valor social do trabalho (art. 1º, incisos II, III e IV) e erigir como objetivos fundamentais a erradicação da marginalização e a promoção do bem comum (art. 3º, III e IV), além erigir o princípio da igualdade como direito fundamental (art. 5º, *caput*) e condicionar o exercício da propriedade privada ao cumprimento de sua função social.

A subsistência da empresa no exercício de sua livre iniciativa deve pressupor a subsistência de seus empregados e de sua comunidade, exigindo, assim, a sua aderência ao patamar mínimo pátrio fixado para resguardar o trabalho humano, a existência digna e a justiça social, princípios que regem a atividade econômica afixados no art. 170, CRFB.

Em síntese a toda essa exposição, ressalta-se duas variáveis que não podem ser desprezadas: a econômica, onde o empregado representa um custo necessário para o exercício da atividade empresarial, e a social, que exige das empresas o respeito às leis do país em que atua e às pessoas que nela desempenham suas atividades (SALOMÃO FILHO, 2019).

Nesse contexto, é possível identificar que uma determinada política pública de inclusão teria maior chance de ser cumprida se em sua concepção contemplasse formas de assimilação de seus ditames dentro da

dinâmica econômica, buscando meios alternativos para tornar suportável pelas empresas os custos financeiros decorrentes de sua implementação.

A esse respeito, buscar-se-á no próximo título descrever algumas medidas normativas empregadas para promover a inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho e a existência, ou não, de mecanismos normativos para viabilizar essa eventual mitigação de custos.

#### **4 MEDIDAS DE INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NAS EMPRESAS E SUAS FORMAS DE IMPLEMENTAÇÃO**

A dignidade como fundamento da República Federativa do Brasil é erigida pela Constituição Federal como um valor absoluto, irreduzível, indisponível e “acima de qualquer preço” (KANT, 2013, p. 208), ao passo que o desenvolvimento do trabalho e da livre iniciativa deve se dar de forma a elevar o homem e sua comunidade – não apenas dele se servir como meio para se amealhar riquezas ou para o tratar como um custo a ser superado.

A essa dignidade se faz acompanhar a igual oportunidade de autonomia conferida a cada trabalhador para poder traçar e realizar seus “projetos de vida” (FRAZÃO, 2011, p. 193), sendo implícito no contrato de trabalho a possibilidade permanente não só de resguardar o direito já assegurado ao obreiro como o de reivindicar aprimoramentos nas suas condições de trabalho (JAURÈS *apud* EDELMAN, 2016), circunstância que se reflete no direito de greve assegurado pelo art. 9º, CRFB.

Como já adiantado no título anterior, o trabalho da pessoa com deficiência se reveste de igual dignidade e busca o resguardo e composição dessa mencionada autonomia como forma de integrar a pessoa em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. Igualdade material propriamente fundada no art. 5º, CRFB, que autorizaria a diferenciação de tratamento jurídico dispensado (MELLO, 2000) dado o justo interesse de compensar o histórico processo de exclusão a que foram submetidos tais grupos sociais.

Nessa busca pelo resguardo da autonomia, a deficiência deve ser compreendida não como incapacitante “por si”, mas sim com relação a “uma característica do corpo humano com o ambiente inserido” (LOPES, 2019, p. 46). Essa incapacidade se demonstraria pela correlação entre a pessoa e suas características pessoais e o ambiente em que ela se encontra e aqui, em particular, na adequação do ambiente de trabalho ao desempenho regular de suas funções com liberdade de atuação e escolha.

A viabilização desse ambiente de trabalho seria responsabilidade da empresa, circunstância que se contrapõe à visão do trabalhador como mero custo para consecução dos interesses empresariais.

Como proteção ao trabalhador contra internalizar os custos de tal medida, é vedada a discriminação no tocante a salário e critérios de admissão da pessoa com deficiência na forma dos arts. 7º, XXXI, CRFB e a seu ingresso no mercado de trabalho é promovida através da política de reserva de vagas determinada pelo art. 93 da [Lei 8.213/91](#), na qual se impõe a obrigação de contratação desses trabalhadores para a empresa com 100 ou mais funcionários.

A violação ao dever legal de contratação por sua vez constitui lesão a interesse difuso da comunidade e pode ser reprimida através de sanções administrativas e pela condenação via judicial à reparação de danos morais coletivos, no teor do art. 225, §3º, CRFB e art. 13 da [Lei 7.347/85](#).

De um modo geral, esse dever imposto à atividade empresarial tem o seu cumprimento estrito a evitar fiscalização por parte do Estado, conforme relatam Simonelli e Jackson Filho (2017, p. 864):

Nos estudos voltados a entender a inclusão segundo os representantes das empresas, é traço comum, por um lado, o despreparo, o desconhecimento, a concepção reduzida da deficiência. Quando Violante e Leite (2011, p. 82) analisam o discurso empresarial por meio de entrevistas em 12 empresas de Bauru, alguns pontos se destacam: “[...] a deficiência ainda está fortemente ligada à ideia de incapacidade, em que a PcD é responsável pela sua condição”; de modo geral, prevalece visão reducionista sobre o trabalho caracterizada pela capacidade produtiva das PcD; a contratação de PcD se

justifica, sobretudo, para atender à legislação, cujas principais dificuldades, segundo os entrevistados, são “[...] as barreiras arquitetônicas e a falta de adaptação do ambiente físico” que “[...] inviabilizam a contratação de determinados tipos de deficiência” (VIOLANTE; LEITE, 2011, p. 88). Ou seja, responsabilizam-se as PcD quando deixam de fazer a sua parte: tornar os ambientes das próprias empresas acessíveis. [...]

Ou seja, de modo geral, a inclusão só é tratada pelas empresas como necessidade de cumprir a legislação e evitar as sanções impostas pelos agentes de fiscalização. O que explica a opção em selecionar “deficiências mais adaptáveis” aos postos existentes nas empresas.

Essa insuficiência da mera contratação pela política de reserva de vagas para promoção da inclusão e sua inserção na lógica econômica revela circunstâncias onde um funcionário poderia ser contratado apenas para constar na folha de pagamentos, sem a adequação do ambiente de trabalho e sem lhe ser atribuída função alguma para desempenhar na empresa (SIMONELLI; JACKSON FILHO, 2017).

Diante desse cenário, destaca-se a incorporação como Emenda Constitucional da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo assinados em Nova York em 30 de março de 2007, recepcionada nos termos do §3º, art. 5º, CRFB, através do [Decreto 6.949/2009](#). (LEITE, 2012).

Nela se identifica o item “Trabalho e Emprego” afixado no art. 27 (BRASIL, 2009), abordado a seguir com um destaque às alíneas pertinentes ao tema do ambiente de trabalho envolvendo as políticas públicas a serem promovidas pelo Estado Brasileiro no tocante à atuação empresarial do setor privado.

Em seu item 1 desse dispositivo, fixa o princípio da igualdade de oportunidades como forma de conferir e reafirmar à pessoa com deficiência o compromisso de que ela tenha o direito de ser aceita no mercado laboral, assim, obter meios de prover pela própria subsistência com um trabalho de sua livre escolha, cujo ambiente seja “aberto, inclusivo e

acessível”, sendo obrigação dos Estados adotar medidas apropriadas para a consecução desses fins.

Em sequência e ainda no art. 27 (BRASIL, 2009), firma com força de emenda constitucional uma série de políticas a serem observadas pelo Estado brasileiro com relação ao labor da pessoa com deficiência em combate à discriminação: seja ela presente formas de emprego, recrutamento, contratação, permanência, ascensão profissional e condições salubres de trabalho (alínea a); seja contra a desigualdade de salários e o assédio no trabalho (alínea b); ou, ainda, na igualdade de exercício aos direitos trabalhistas e sindicais (alínea c).

Estabelece o acesso efetivo: a programas de orientação técnica e profissional e serviços de colocação no trabalho e de treinamento profissional e continuado (alínea d); a oportunidades de emprego e de ascensão profissional no mercado laboral, bem como assistência na procura, obtenção, manutenção e retorno ao emprego (alínea e); ao emprego no setor privado seja por programas de ação afirmativa, incentivos ou demais medidas (alínea h).

Por fim, assegura que sejam feitas “adaptações razoáveis para pessoas com deficiência no local de trabalho” (alínea i), além de que seja promovida a aquisição de experiência de trabalho por pessoas com deficiência no mercado aberto (alínea j) e a reabilitação profissional, manutenção do emprego, e programas de retorno ao trabalho (alínea k).

Sem prejuízo da análise pormenorizada de cada item em outra oportunidade, o que aqui se busca é ilustrar o amplo amparo constitucional que o meio ambiente do trabalhador com deficiência possui: é o único com um rol de direitos fundamentais pormenorizados e traçados em resguardo a fatores pessoais, socioculturais, organizacionais, e arquiteturais tecnológicos que possam lhe ser prejudiciais em sua relação de trabalho.

Aqui dá-se um destaque redobrado para a alínea “i” desse dispositivo, onde se impõe a implementação de adaptações razoáveis, entendidas no art. 2º do mesmo Tratado como:

as modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando

requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

A reafirmação desse compromisso se deu com a implementação desses direitos fundamentais através do advento da Lei Brasileira de Inclusão (LBI – Lei 13.146/2015), onde se garante à pessoa com deficiência o direito ao trabalho de sua livre escolha e aceitação, em ambiente acessível e inclusivo, sendo dever das pessoas jurídicas em geral garantir irrestritamente essas condições sem discriminar o funcionário ou exigir dele aptidão plena (art. 34, *caput*, §§1º a 3º).

Segundo Gugel (2019, p. 217), a aptidão plena nos termos legais estaria “ligada às condições de acessibilidade do ambiente do trabalho e não do atributo da natureza da deficiência”.

Assim, deve o empregador garantir os meios para o funcionário exercer suas atividades laborais com autonomia e independência, ainda que recorrendo, para tanto, ao emprego de tecnologia assistiva ou ajuda técnica (art. 3º, III, LBI), além de efetuar adaptações razoáveis, modificações e ajustes que possam garantir o trabalho em igualdade de condições sem acarretar em um ônus desproporcional e indevido (art. 3º, VI, LBI). O cumprimento dessas obrigações de acessibilidade é entendido por Gugel (2019) como condição *sinequa non* do contrato de trabalho para a pessoa com deficiência.

Afixa-se na LBI a garantia de acesso a cursos de formação e de capacitação, bem como o direito à participação e acesso a cursos, treinamentos, educação continuada, planos de carreira, promoções, bonificações e incentivos profissionais oferecidos pelo empregador, em igualdade de oportunidades com os demais empregados, respectivamente art. 34, §§5º e 4º.

O surgimento da LBI alterou, inclusive, a própria redação do §1º do art. 93 da Lei 8.213/91 consignando a obrigação de se contratar “outro trabalhador com deficiência ou beneficiário reabilitado da Previdência Social”, assim removendo a imprecisão anterior do comando legal que pela redação original prelecionava pela “contratação de substituto em condição semelhante”.

Cada uma dessas medidas majoram um custo de adequação do ambiente de trabalho além do custo regular de contratação, que podem obstatar o seu cumprimento pelas empresas e conduzir as determinações legais à ineficácia, especialmente em um cenário de crise financeira aguda.

A legislação não é indiferente a essa questão e já prevê a possibilidade de se instituir uma política de incentivos para facilitar o implemento de tais ditames, tanto a Convenção de 2009 em seu art. 27, alínea “h”, quanto a LBI no art. 75 e incisos. Recentemente, esse último dispositivo foi regulamentado pelo [Decreto nº 10.645/2021](#) que estabeleceu o Plano Nacional de Tecnologia Assistiva e corresponde à “proposição de medidas de isenção ou de redução de tributos para a tecnologia assistiva, tanto nacional quanto importada” pelos termos do inciso I, §5º, art. 5º.

Em suma, tanto a Convenção de 2009 quanto a Lei Brasileira de Inclusão foram originalmente concebidas com previsões de incentivos fiscais que ainda não se concretizaram. Diante dessa pendência da implementação dessa nova política, resta o questionamento: a inércia do Estado Brasileiro em implementar esses incentivos fiscais contribui para o descumprimento das normas de inclusão por parte das empresas?

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante todo o exposto, verifica-se a importância do tema diante da postura preponderante que a razão econômica exerce sobre às ciências organizacionais e, concomitantemente, sobre o direito do trabalho e societário.

Não cabe à modesta composição deste texto a elucidação de todos os elementos que relacionam as teorias organizacionais à mesma base epistemológica, tampouco seria possível avançar até a data presente para avaliar se os métodos predominantes da administração moderna também sofrem da mesma chaga – por mais que uma observação empírica da ideologia produtivista aponte para um cenário não tão distinto.

Entretanto, tomou-se como ponto de partida o entendimento de Guerreiro Ramos, acerca do aprisionamento das teorias organizacionais a uma forma produtivista, onde a lógica econômica solapa as demais rela-

ções sociais, oprimindo-as, negando-as e transmutando-as em vínculos de caráter econômico, onde cada elemento tem uma determinada função social e onde o indivíduo é sujeito a este sistema econômico universalizante.

As relações substantivas dão lugar às instrumentais na medida em que a necessidade de atender às determinações epistemológicas do sistema de mercado submetem os sujeitos a sua reprodução. Caberia às ciências organizacionais e às ciências sociais, de maneira geral, conspurcar tais pressupostos ideológicos, logrando a mudança destes e uma reconexão com as relações substantivas, um caminho em prol de uma emancipação, de fato.

A crise de significado na atividade de trabalho e de empresa quando subordinadas exclusivamente à razão econômica ressaltam a necessidade da confecção de políticas públicas alinhadas com o compromisso ético que instrumentaliza essas atividades em prol do combate à discriminação e da integração da pessoa com deficiência à empresa, assim construindo uma sociedade plural e justa.

Concomitantemente, esse compromisso estabelecido pela ordem jurídica pátria deve observar as exigências e possibilidades econômicas das empresas nacionais e certamente se agrava pela falta de implementação do instrumento de incentivos fiscais previsto na alínea “h” do art. 27, da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo de 2007, art. 75 da Lei Brasileira de Inclusão e inciso I, §5º, art. 5º do Decreto 10.645/2021.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 13 ago. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 10.645, de 11 de março 2021**. Regulamenta o art. 75 da Lei nº 13.146, de 6 julho de 2015, para dispor sobre as diretrizes, os objetivos e os eixos do Plano Nacional de Tecnologia Assistiva. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2021/Decreto/D10645.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Decreto/D10645.htm#art1). Acesso em: 15 set. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.** Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm). Acesso em: 15 maio 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.** Aprova a Consolidação das leis do trabalho. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm). Acesso em: 13 ago. 2021.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 13 ago. 2021.

BRASIL. **Lei 13.146, de 6 de julho de 2015.** Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm). Acesso em: 14 maio 2021.

BRASIL. **Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976.** Dispõe sobre a sociedade por Ações. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16404consol.htm). Acesso em: 13 ago. 2021.

COELHO, Renata. Do Direito ao Trabalho. *In*: SETUBAL, Joyce Marquezin; FAYAN, Regiane Alves Costa (org.). **Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência Comentada.** Campinas, SP: Fundação FEAC, 2016. p. 89 a 134.

EDELMAN, Bernard. **A legalização da classe operária.** São Paulo: Boitempo, 2016.

FAIRCLOUGH, Norman. **Discurso e mudança social.** Brasília, DF: Editora UNB, 1991.

FARIA, José Henrique de. **Economia política do poder: uma crítica da teoria geral da administração.** Curitiba, PR: Juruá, 2011.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Curso de direito do trabalho: teoria geral do trabalho.** São Paulo: Saraiva, 2013.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FRAZÃO, Ana. **Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As.** Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

GUERREIRO RAMOS, Alberto. **A nova ciência social.** São Paulo: FGV, 1981.

GUGEL, Maria Aparecida. Do Direito ao Trabalho. *In*: LEITE, Flávia Piva Almeida; COSTA FILHO, Waldir Macieira da; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes (coord.). **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 213-229.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Nota Técnica 01/2018.** Releitura dos dados de pessoas com deficiência no Censo Demográfico 2010 à luz das recomendações do grupo de Washington. Publicado em: 31 jul. 2018. Disponível

em: [https://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo\\_Demografico\\_2010/metodologia/notas\\_tecnicas/nota\\_tecnica\\_2018\\_01\\_censo2010.pdf](https://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2010/metodologia/notas_tecnicas/nota_tecnica_2018_01_censo2010.pdf). Acesso em: 13 ago. 2021.

LEITE, F. P. A. A Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência: a busca por um modelo social. **Revista de Direito Brasileira**, v. 3, n. 2, p. 31-53, set. 2012. ISSN 2358-1352. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2654>. Acesso em: 11 ago. 2021.

LOPES, Laís Vanessa Carvalho de Figueiredo. Disposições preliminares. In: LEITE, Flávia Piva Almeida; COSTA FILHO, Waldir Macieira da; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes (coord.). **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 37-66.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Método, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Conteúdo jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000;

MESQUITA, Valena Jacob Chaves; TAVARES, Sílvia Gabriele Corrêa. Adicionais por exposição a riscos: uma reparação ilusória. In: FELICIANO, G. G.; URIAS, J.; MARANHÃO, N. **Direito ambiental do trabalho: apontamentos para uma teoria geral**. São Paulo: LTr, 2017. v. 3, p. 283-291.

MOTTA, Fernando C. P. **Teorias organizacionais: evolução e crítica**. [S. l.: s. n.], 1985. (Biblioteca pioneira de administração e negócios).

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário: eficácia e sustentabilidade**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SIMONELLI, Angela Paula; JACKSON FILHO, José Marçal. Análise da inclusão de pessoas com deficiência no trabalho após 25 anos da lei de cotas: uma revisão da literatura. **Cadernos Brasileiros de Terapia Ocupacional**, v. 25, n. 4, 2017. DOI: <https://doi.org/10.4322/2526-8910.ctoAR1078>. Disponível em: <http://www.cadernosdeterapia-ocupacional.ufscar.br/index.php/cadernos/article/view/1842>. Acesso em: 28 out. 2021.

TAYLOR, Frederick. **Princípios da administração científica**. [S. l.; s. n.], 1911.

TAYLOR, Frederick. **Princípios da administração científica**. São Paulo: Atlas, 1995.

TRAGTENBERG, Maurício. **Administração, poder e ideologia**. São Paulo: UNESP, 1980.

TRAGTENBERG, Maurício. **Burocracia e ideologia**. São Paulo: Ática, 1971.

# **CAPÍTULO 10: A RESPONSABILIDADE PENAL OMISSIVA IMPRÓPRIA E A POSIÇÃO DE GARANTE DO DIRIGENTE DE EMPRESA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

## **CHAPTER 10: IMPROPER OMISSIVE CRIMINAL LIABILITY AND THE GUARANTEE POSITION OF THE COMPANY OFFICER IN THE JURISPRUDENCE OF THE SUPREME FEDERAL COURT**

*Rogério Schietti Cruz*

*Mariana Fleming S. Ortiz*

*André Luiz Nogueira Santos*

**RESUMO:** O presente capítulo tem como objetivo analisar a responsabilidade penal omissiva imprópria e a posição de garante do gestor de empresa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tendo essa conduta como foco central a norma contida na regra geral do art. 13, §2º, do Código Penal, que equipara algumas omissões à efetiva ocorrência da conduta causadora do resultado lesivo que ofende o bem jurídico tutelado pelas normas penais. Os delitos econômicos reavivaram a discussão acerca da omissão e nesse sentido, é relevante analisar a posição de garantidor na empresa, averiguando-se a maneira pela qual nossa Corte Constitucional tem tratado o tema. Por fim, encontram-se as conclusões, a partir da pesquisa jurisprudencial realizada, no sentido do direcionamento dos entendimentos relacionados aos crimes empresariais à inépcia da denúncia por ausência de descrição do nexos causal nos delitos omissivos impróprios, sem o enfrentamento a respeito da posição de garantidor do dirigente empresarial.

**Palavras-chave:** responsabilidade penal; crime omissivo impróprio; posição de garantidor; dirigente empresarial; jurisprudência do STF.

**ABSTRACT:** This chapter aims to analyze the improper omissive criminal liability and the position of sponsor of the company manager in the jurisprudence of the Brazilian Supreme Court, with this conduct as the central focus in the rule contained in the general rule of article 13 §2º of the Penal Code, which basically equates some omissions to the actual occurrence of the conduct causing the harmful result that offends the legal asset protected by the penal rules. The economic crimes have revived the discussion about omission, and in this sense, it is relevant to analyze the position of sponsor in the company, investigating the way in which our Constitutional Court has treated the theme. Finally, there are the conclusions, based on the jurisprudential research carried out, in the sense of directing the understandings related to corporate crimes to the ineptitude of the complaint due to the absence of a description of the causal link in the improper omissive crimes, without confronting the position of sponsor of the company manager.

**Keywords:** criminal liability; inappropriate omissive crime; sponsor position; company manager; Brazilian Supreme Court jurisprudence.

## 1 INTRODUÇÃO

Com uma mudança de eixo do direito penal clássico<sup>25</sup> para o direito penal econômico<sup>26</sup>, cada vez mais a doutrina especializada parece se preocupar com as desafiadoras novidades no âmbito da dogmática penal.

---

25 Apesar das críticas ao uso desta terminologia, nesta oportunidade a utilizamos para descrever os delitos “comuns” previstos na parte geral do Código, tais como homicídio, roubo, furto etc.

26 Esta terminologia é empregada para descrever os delitos – no âmbito de um sistema capitalista – que afetam bens jurídicos supra individuais, tais como lavagem de dinheiro, gestão fraudulenta, sonegação fiscal, delitos ambientais etc

O presente capítulo não tem a pretensão de abordar todos os impactos desta alteração no direito penal brasileiro, e, sim, tão somente de analisar ponto específico e conhecido de todos, mas ainda insuficientemente investigado: a posição de garante na omissão imprópria, no âmbito da criminalidade de empresa, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Ou seja, este artigo pretende, de forma breve e pontual, verificar a maneira pela qual nossa Corte Constitucional tem tratado a posição do garantidor nos crimes de omissão imprópria da criminalidade empresarial, cujo tema é atual e de inegável relevância.

## 2 OS CRIMES OMISSIVOS

É fato que os delitos econômicos reavivaram a discussão acerca da omissão, haja vista ser esta a modalidade mais presente de atuação na criminalidade de empresa. A omissão, então, se mostra como um dos grandes temas da seara penal empresarial, “um dos cernes da construção lógica do Direito Penal moderno. Muito embora sua estruturação não seja novidade, resta bastante claro sua tomada de poder e de abrangência, em especial no que se entende por Direito Penal Empresarial.” (SILVEIRA, 2016, p. 20).

Acerca da omissão na teoria do crime, é usual a seguinte subdivisão:

**Crimes omissivos próprios:** inexistente o dever jurídico de agir, faltando, por conseguinte, o segundo elemento da omissão, que é a norma impondo o que deveria ser feito.

**Crimes omissivos impróprios, também conhecidos como crimes omissivos impuros, espúrios, promíscuos ou comissivos por omissão:** o agente tinha o dever jurídico de agir, ou seja, não fez o que deveria ter feito. Há, portanto, [uma] norma dizendo o que [o agente] deveria fazer, passando a omissão a ter relevância causal. Como consequência, o omitente não responde só pela omissão como simples conduta, mas pelo resultado produzido, salvo se este não lhe puder ser atribuído por dolo ou culpa.

**c) Omissivos por comissão:** nesses crimes, há uma ação provocadora da omissão. Essa categoria não é reconhecida por grande parte da doutrina. (CAPEZ, 2014, p. 161).

O presente artigo se direcionará a analisar apenas a omissão imprópria conforme a norma específica contida na regra geral do artigo 13, §2º, do Código Penal, abaixo transcrito, que basicamente equipara algumas omissões à efetiva ocorrência da conduta causadora do resultado lesivo que ofende o bem jurídico tutelado.

Não devemos perder de vista que escrever acerca dos delitos omissivos impróprios demanda o enfrentamento de questões dogmáticas das mais diversas, especialmente considerando um direito penal construído a partir do conceito de ação humana (BOTTINI, 2018) que teve como modelo a construção do tipo comissivo. (SILVEIRA, 2016, p. 168).

Nos delitos de omissão imprópria, a ordem para a realização de uma ação que visa proteger determinado bem jurídico decorre de forma implícita do próprio tipo penal, (CIRINO DOS SANTOS, 2017, p. 196) sendo esta ordem direcionada a pessoas determinadas que têm o dever de evitar o resultado (BOTTINI, 2018) os chamados garantes.

Garantes, desse modo, são aquelas pessoas que detêm uma condição especial, decorrente de determinada “situação específica ou uma posição jurídica que faz surgir o dever de evitar o resultado” (BOTTINI, 2018, p. 57).

Tal como explana Juarez Cirino dos Santos, o delito omissivo impróprio é baseado no dever jurídico especial de agir, sendo este aquele “atribuível exclusivamente a pessoas definíveis como garantidores de determinados bens jurídicos em situação de perigo”. (CIRINO DOS SANTOS, 2017, p. 193).

Este dever especial de agir precisa ser evidenciado no empresário como condição necessária, mas não suficiente, à responsabilização por crimes omissivos decorrentes da criminalidade de empresa. (SILVEIRA, 2016, p. 187).

Por isso o presente estudo se limita a analisar a posição de garantidor do dirigente de empresa, e não visa afirmar eventual responsabilidade omissiva imprópria, que detém outros requisitos objetivos e subjetivos. Juarez Cirino dos Santos, por exemplo, estabelece o tipo objetivo do crime omissivo impróprio como sendo formado pela: (a) situação de perigo

para o bem jurídico; (b) poder concreto de agir; (c) omissão da ação mandada (são estes aqueles requisitos comuns ao tipo da omissão própria); (d) resultado típico e (e) a posição de garantidor. (CIRINO DOS SANTOS, 2017, p. 207).

Por muito tempo, para fins de responsabilização por crimes omissivos impróprios, a legitimidade foi – e ainda é – objeto de debate, especialmente considerando que até meados do século XX os principais regramentos penais do mundo<sup>27</sup> não previam normas gerais de imputação por omissões decorrente de resultados típicos<sup>28</sup>, tal como faz hoje<sup>29</sup> a parte geral do Código Penal Brasileiro, no artigo 13<sup>30</sup>, a saber:

Art. 13 – O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Diante da ausência desta cláusula geral, ou seja, sem um dispositivo expresso que autorizasse a responsabilização omissiva decorrente da

27 O Código Alemão adotou a cláusula geral em 1975. O Espanhol apenas em 1995.

28 BOTTINI, *op. cit.* p. 63. Sobre as disposições normativas atuais em outros países consultar a obra do autor a partir de p. 121.

29 Os Códigos Criminais de 1830 e de 1890 já previam a omissão, mas sem descrever seus contornos e como responsabilizar quando o tipo penal não previsse essa modalidade. O artigo 13 foi incluído na reforma da Parte Geral de 1984. Para mais informações: BOTTINI, *op. cit.* p. 125

30 Redação dada pela Lei 7.209, de 11.07.1984, embora no anteprojeto de 1962 houvesse a referência aos deveres de garantia. Para mais informações: BOTTINI, *op. cit.* p. 125

tipificação comissiva, havia uma intransponível barreira do princípio da legalidade, tão caro do direito penal<sup>31</sup>. (TAVARES, 2018, p. 389).

Outro problema era originário da causalidade, eis que a dogmática tinha como fundamento do sistema causal a limitação da realização da conduta como sendo aquela cuja ocorrência era visualizada no resultado, inalcançável, em termos naturalísticos, pela conduta omissiva. (BOTTINI, 2018, p. 64).

Atualmente, no Brasil, não há entraves para que se fale sobre causalidade na omissão, especialmente porque o *caput* do artigo 13, do Código Penal, prevê como causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. De qualquer forma, tal tema ainda desperta profunda discussão acadêmica<sup>32</sup>. (GRECO, 2018)

Bernd Schünemann chama atenção a este problema no seguinte sentido:

Logo chegarei ao até hoje prejudicial erro cometido há tempos na história da dogmática, segundo a qual deve-se procurar, na omissão, um conceito de causalidade idêntico ao da conduta comissiva. O problema da equiparação não é meramente uma pergunta pela existência ou ausência de causalidade, mas caracteriza o segundo nível de imputação, após a constatação de que o autor possuía em geral o <poder de evitar>. É evidente que na omissão estamos diante de um conceito transitivo, que se caracteriza pela omissão de uma *determinada* conduta comissiva;(SCHÜNEMANN, 2013, p. 164).

Juarez Tavares pontua que “por decorrência da causalidade, a omissão deve ser equivalente à ação nos delitos omissivos impróprios, os quais são constituídos sobre a base de uma norma proibida.” (TAVARES, 2018, p. 405)

---

31 Juarez Tavares descreve serem os delitos omissivos “sempre vinculados a uma eterna discussão acerca da legitimidade”. Ver em: TAVARES, **Fundamentos da teoria do delito**. Florianópolis: Tirantloblanck, 2018, p. 389.

32 Para mais informações consultar: GRECO, Luís. Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios. Tradução Ronan Rocha. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

Então, os tipos omissivos impróprios no Direito Penal brasileiro trazem em sua essência condutas segundo as quais o resultado lesivo surge quando o agente garantidor, ao deixar de agir, causa lesão a bem jurídico penalmente relevante. É dizer, garantidor tem o “dever de atuar como meio de proteção de bens jurídicos ameaçados” (ESTELLITA, 2017), configurando-se o tipo omissivo impróprio quando se alcança o resultado lesivo pelo “desatendimento a esse dever por meio da falta de prática da ação legalmente devida.” (ESTELLITA, 2017).

Nessa perspectiva, Renato de Mello Jorge Silveira assinala a atualidade do debate acerca das “novas fronteiras dos crimes omissivos na relação empresarial, em especial sobre as novas possibilidades de imputação penal dos chamados garantes” (SILVEIRA, 2016, p. 131), sendo estes aqueles que asseguram o cumprimento ou realização da atividade empresarial. Entretanto, esclarece que a ingerência – prevista na alínea “c” do referido artigo 13, do CP – no âmbito do direito penal empresarial, acaba por ser banalizada, haja vista que “tudo é englobado pela noção de risco”.

Destrinchando o estabelecido por Schunemann como “leque de responsabilidades” para “aferição do poder de garante por parte do empresário”, Renato de Mello Jorge Silveira afirma então que a aferição do poder de garante do empresário pode ser constatado por meio de dois conceitos: deveres de proteção e de dever de garantia ou controle, sendo o primeiro uma espécie de autogestão, portanto de dentro para fora; e o segundo, “uma função de vigilância ou proteção”, ou seja, de fora para dentro, por meio da qual o que se almeja é a “evitação de resultados lesivos.” (SILVEIRA, 2016, p. 196-201).<sup>33</sup>

Não há dúvida que, no âmbito de uma estrutura empresarial, quanto mais complexa, mais difícil de se verificar o dever de garantidor do agente. Isto porque, conforme especifica Heloísa Estellita (2017, p. 38):

[...] no âmbito de uma organização mais ou menos formalizada (como, justamente, a empresa) os pressupostos de imputação individual omissiva – objeto central deste trabalho – exigem que autor seja o destinatário da norma, que esteja em posição

33 Para mais sobre isso, ver: ESTELLITA, *op. cit.*

de objetivamente atender a esse dever e que disponha do conjunto de informações necessárias que lhe permitam reconhecer a ameaça de lesão a bens jurídicos e, assim, colocar em prática medidas adequadas para evitar essa violação.

A empresa é uma estrutura organizada e nela, conforme sua dinâmica, surgem problemas de atribuição de responsabilidade.

Como descreve Silva Sanchez:

Buena parte de la problemática que para el Derecho penal supone la imputación de responsabilidad a los administradores deriva de la integración de éstos en estructuras empresariales complejas. En efecto, en función de sus actividades, de sus dimensiones, de sus recursos y del número de participantes o colaboradores, la organización de la actividad empresarial será más o menos compleja. (2016, p. 91).

Tratando-se de estruturas complexas, como pontua Renato de Mello Jorge Silveira (2016, p. 40), não raras vezes se estabelece que o gestor empresarial (com poder decisório), com sua anteposta capacidade de controle de organização sobre as liberdades alheias dentro da hierarquia empresarial, acaba atraindo para si uma certa responsabilidade. No entanto, existem

situações em que isso não se mostra tão evidente assim, em outras palavras o funcionamento dos modernos conglomerados empresariais, em muitos casos, quase que impede a atribuição do fato delituoso a uma pessoa física determinada, como o gestor empresarial com poder decisório. Podem ser encontradas diversas formas de organização empresarial para além das lineares, em que os gestores são múltiplos, ou, ainda, quando se estabelecem delegações de poderes ou *compliance programs*. (SILVEIRA, 2016, p.141-142).

Muitas vezes, dentro do contexto empresarial, um delito pode ter se concretizado, por exemplo, mediante um caso típico de atividade delegada, quando será necessário apurar a condição do delegado e do delegante. Nessa forma de delegação de poderes, o delegado também passa a ser responsável pela proteção do bem jurídico, mas o gestor empresarial delegante deve sempre cuidar para que o papel seja idealmente cumprido; tem responsabilidade na escolha adequada do delegado, como, ainda,

na disponibilização dos meios e materiais adequados para o desenvolvimento da atividade.

De qualquer forma, como se sabe, aqueles que integram o órgão de administração de uma empresa, ainda que sob diferentes perspectivas, de alguma maneira representam o *top management* empresarial, elaborando funções de planejamento, organização e coordenação da atividade da empresa.

Dentro dos âmbitos das estruturas empresárias, não bastará, portanto, referir a posição de garantidor de alguém, ou que tal pessoa é administradora ou componente da diretoria da empresa, para extrair responsabilidade por ilícitos penais praticados em nome ou por meio da pessoa jurídica; será necessário indicar qual o tipo societário adotado – de fato e de direito – pela empresa envolvida<sup>34</sup>, quem efetivamente deveria agir para evitar o resultado – se de forma originária ou por delegação – e considerar que amiúde as decisões nestas estruturas complexas são colegiadas e passam por diversas etapas, com a participação de diversas pessoas.

Considerando então que a empresa não pratica, por si mesma, conduta omissiva – conquanto possa lhe ser atribuída responsabilidade penal em delitos ambientais – é possível se concluir ser papel do Judiciário, quando confrontado por um delito omissivo empresarial, verificar, como análise primária do tipo objetivo – logo após a verificação da situação fáctica e seu resultado – quem, dentro da estrutura organizada da empresa, seria o responsável por agir para evitar a causação do resultado (violação do bem jurídico), ou seja, quem estava na posição de garantidor, seguindo-se então para a análise quanto à “omissão da conduta determinada e exigida de evitação do resultado, apesar da capacidade física de fazê-lo”<sup>35</sup>, sem olvidar, por certo, da aferição do nexo de causalidade entre a omissão e o resultado.

---

34 Para um completo aprofundamento do tema: ESTELLITA, *op. cit.*

35 Adotando a teoria da imputação objetiva, Heloísa Estellita apresenta esquematicamente os pressupostos do tipo omissivo impróprio *in:op. cit.* p. 79. Para mais informações sobre a teoria da imputação objetiva ver: CALLEGARI, André Luis. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 3. ed. rev., e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

### 3 A JURISPRUDÊNCIA DO STF

Chega-se então ao foco principal desse artigo, que é o de entender como a posição de garantidor nos delitos omissivos impróprios ocorridos no âmbito dos delitos empresariais – relacionados ou não à atividade-fim da empresa – tem tido seus desdobramentos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Para tanto, foi imprescindível que analisássemos, primeiramente, como o STF tem enfrentado, de maneira ampla, os casos de criminalidade de empresa, passando, em seguida, especificamente aos julgados cujo direcionamento se deu pela imputação ser referente a crimes omissivos.

De forma geral e retirada, nos delitos ocorridos no âmbito da empresa (comissivos ou omissivos), a jurisprudência do STF esbarra no entendimento de que é necessário, por ocasião da denúncia, no mínimo, a descrição da participação individual do acusado na dinâmica do crime, não bastando se afirmar sua posição dentro dos quadros societários.

Até porque, como anota Marta Saad apud Villard<sup>36</sup>,

a responsabilidade penal é pessoal, é preciso que se demonstre o vínculo do denunciado com o ato ilícito. E é na conduta humana, substrato do crime, que a acusação deve se centrar, e não propriamente na atividade da pessoa jurídica, de que eventualmente o sujeito acusado seja sócio. Ser sócio ou administrador de pessoa jurídica é fato, em si mesmo, irreprovável.

Converge com esse entendimento o magistério jurisprudencial do STF, como se vislumbra, exemplificativamente, das seguintes ementas:

AÇÃO PENAL. QUESTÃO DE ORDEM. CRIME AMBIENTAL. IMPUTAÇÃO DERIVADA SIMPLEMENTE DA CONDIÇÃO DE SÓCIO COTISTA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. REAUTUAÇÃO COMO INQUÉRITO. 1. É inepta a denúncia que não estabelece a indispensável vinculação entre a suposta conduta do acusado e os eventos criminosos. Considerando a

---

36 VILARD, Celso Sanchez *et al.* **Direito penal econômico**. Crimes econômicos e processo penal. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 267.

inadmissibilidade de responsabilidade penal objetiva, a simples condição de sócio-cotista não atende ao figurino exigido pelo art. 41 do Código de Processo Penal, porque prejudica o exercício da ampla defesa, cenário que reclama a extinção da ação penal mediante concessão de habeas corpus de ofício.<sup>37</sup>

“HABEAS CORPUS” – CRIME DE DESCAMINHO NA SUA FORMA TENTADA (CP, ART. 334, “CAPUT”, C/C O ART. 14, II) – RESPONSABILIDADE PENAL DOS SÓCIOS-ADMINISTRADORES – DENÚNCIA QUE NÃO ATRIBUI, AO PACIENTE (SÓCIO), COMPORTAMENTO ESPECÍFICO E INDIVIDUALIZADO QUE O VINCULE, COM APOIO EM DADOS PROBATÓRIOS MÍNIMOS, AO EVENTO DELITUOSO – INÉPCIA DA DENÚNCIA – PEDIDO DEFERIDO, ESTENDENDO-SE, DE OFÍCIO, POR IDENTIDADE DE SITUAÇÕES, OS EFEITOS DA DECISÃO CONCESSIVA DE “HABEAS CORPUS” AOS DEMAIS LITISCONSORTES PENAISS PASSIVOS. PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO – OBRIGAÇÃO DE O MINISTÉRIO PÚBLICO FORMULAR DENÚNCIA JURIDICAMENTE APTA. – O sistema jurídico vigente no Brasil – tendo presente a natureza dialógica do processo penal acusatório, hoje impregnado, em sua estrutura formal, de caráter essencialmente democrático – impõe, ao Ministério Público, notadamente no denominado “reato societário”, a obrigação de expor, na denúncia, de maneira precisa, objetiva e individualizada, a participação de cada acusado na suposta prática delituosa. – O ordenamento positivo brasileiro – cujos fundamentos repousam, dentre outros expressivos vetores condicionantes da atividade de persecução estatal, no postulado essencial do direito penal da culpa e no princípio constitucional do “dueprocessoflaw” (com todos os consectários que dele resultam) – repudia as imputações criminais genéricas e não tolera, porque ineptas, as acusações que não individualizam nem especificam, de maneira concreta, a conduta penal atribuída ao denunciado. Precedentes. A PESSOA SOB INVESTIGAÇÃO PENAL TEM O DIREITO DE NÃO SER

---

37 Inq nº 1.005-QO/MG, Segunda Turma, Relator o Ministro Edson Fachin, DJe 22/8/2017.

ACUSADA COM BASE EM DENÚNCIA INEPTA. – A denúncia deve conter a exposição do fato delituoso, descrito em toda a sua essência e narrado com todas as suas circunstâncias fundamentais. Essa narração, ainda que sucinta, impõe-se, ao acusador, como exigência derivada do postulado constitucional que assegura, ao réu, o exercício, em plenitude, do direito de defesa. Denúncia que deixa de estabelecer a necessária vinculação da conduta individual de cada agente aos eventos delituosos qualifica-se como denúncia inepta. Precedentes. CRIME DE DESCAMINHO – PEÇA ACUSATÓRIA QUE NÃO DESCREVE, QUANTO AO PACIENTE, SÓCIO-ADMINISTRADOR DE SOCIEDADE EMPRESÁRIA, QUALQUER CONDOTA ESPECÍFICA QUE O VINCULE, CONCRETAMENTE, AOS EVENTOS DELITUOSOS – INÉPCIA DA DENÚNCIA. – A mera invocação da condição de sócio ou de administrador de sociedade empresária, sem a correspondente e objetiva descrição de determinado comportamento típico que o vincule, concretamente, à prática criminosa, não constitui fator suficiente apto a legitimar a formulação de acusação estatal ou a autorizar a prolação de decreto judicial condenatório. – A circunstância objetiva de alguém ser meramente sócio ou de exercer cargo de direção ou de administração em sociedade empresária não se revela suficiente, só por si, para autorizar qualquer presunção de culpa (inexistente em nosso sistema jurídico-penal) e, menos ainda, para justificar, como efeito derivado dessa particular qualificação formal, a correspondente persecução criminal. – Não existe, no ordenamento positivo brasileiro, ainda que se trate de práticas configuradoras de macrodelinquência ou caracterizadoras de delinquência econômica, a possibilidade constitucional de incidência da responsabilidade penal objetiva. Prevalece, sempre, em sede criminal, como princípio dominante do sistema normativo, o dogma da responsabilidade com culpa (“nullumcrimensine culpa”), absolutamente incompatível com a velha concepção medieval do “versari in reillicita”, banida do domínio do direito penal da culpa. Precedentes. AS ACUSAÇÕES PENAIAS NÃO SE PRESUMEM PROVADAS: O ÔNUS DA PROVA INCUMBE, EXCLUSI-

VAMENTE, A QUEM ACUSA. – Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete, ao réu, demonstrar a sua inocência. Cabe, ao contrário, ao Ministério Público, comprovar, de forma inequívoca, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto-lei nº 88, de 20/12/37, art. 20, n. 5). Precedentes. – Para o acusado exercer, em plenitude, a garantia do contraditório, torna-se indispensável que o órgão da acusação descreva, de modo preciso, os elementos estruturais (“essentialia delicti”) que compõem o tipo penal, sob pena de se devolver, ilegitimamente, ao réu, o ônus (que sobre ele não incide) de provar que é inocente. – Em matéria de responsabilidade penal, não se registra, no modelo constitucional brasileiro, qualquer possibilidade de o Judiciário, por simples presunção ou com fundamento em meras suspeitas, reconhecer a culpa do réu. Os princípios democráticos que informam o sistema jurídico nacional repelem qualquer ato estatal que transgrida o dogma de que não haverá culpa penal por presunção nem responsabilidade criminal por mera suspeita.<sup>38</sup>

Como visto, os precedentes trazem em sua essência a necessária compreensão de que a deficiência na narrativa da denúncia em crimes desse jaez prejudica sobremaneira a compreensão da acusação e, conseqüentemente, o exercício da ampla defesa, em cujo benefício, na lição do Min. Celso de Mello<sup>39</sup>, se estabelecem as franquias constitucionais, núcleos básicos em que se desenvolve, em nosso País, o regime das liberdades públicas.

Por sua vez, a conhecida lição de Joaquim Canuto Mendes de Almeida (1973) nos lembra que “a primeira peça de defesa consiste na acusação”. Logo, o conhecimento preciso da imputação é que permitirá ao acusado exercer com plenitude o seu direito de defesa.

---

38 [HC 88875](#), Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe 09/03/2012.  
39 Pet nº 577-QO/DF, Tribunal Pleno, DJ de 23/4/1993.

Segundo José Frederico Marques,

[o] que deve trazer os caracteres de certa e determinada, na peça acusatória, é a imputação. Esta consiste em atribuir à pessoa do réu a prática de determinados atos que a ordem jurídica considera delituosos; por isso, imprescindível é que nela se fixe, com exatidão, a conduta do acusado descrevendo-a o acusador, de maneira precisa, certa e bem individualizada. Uma vez que no fato delituoso tem o processo penal o seu objeto ou causa material, imperioso se torna que os atos, que o constituem, venham devidamente especificados, com a indicação bem clara do que se atribui ao acusado. A denúncia tem de trazer, de maneira certa e determinada, a indicação da conduta delituosa, para que em torno dessa imputação o juiz possa fazer a aplicação da lei penal, por meio do exercício de seus poderes jurisdicionais. (MARQUES, 1997 v. II p. 152-153).

Gustavo Henrique Badaró, por sua vez, ensina que:

A imputação é a afirmação do fato que se atribui ao sujeito, a afirmação de um tipo penal e a afirmação da conformidade do fato com o tipo penal. Em síntese, trata-se da afirmação de três elementos: o fato, a norma e a adequação ou subsunção do fato à norma. Seu conteúdo, pois, só pode ser atribuição do fato concreto que se enquadra em um tipo penal. [...]. Se o processo serve para verificação da imputação, a sentença, como momento máximo de conclusão do processo, deve confirmar ou refutar a imputação. Assim, a sentença não pode fundar-se ou ter em consideração algo diverso, ou que não faça parte da imputação. (2013. p. 76-77.).

Como bem destacou a Ministra Rosa Weber<sup>40</sup>, ao decidir o RE nº 548.181/PR:

Em grandes corporações há de se reconhecer a dificuldade prática de identificar a pessoa física diretamente responsável por ato criminoso corporativo, até porque [é] no mínimo inusual seja sua prática submetida a votação do conselho de diretores ou objeto de registro documental.

---

40 RE nº 548.181/PR, Primeira Turma, DJe de 30/10/2014.

Pode-se, por outro lado, entender, na esteira da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que a condição estabelecida de identificação e persecução penal simultânea da pessoa física responsável decorreria da própria natureza das coisas, uma vez que a ação da corporação se identificaria com a ação dos dirigentes e empregados que a compõem.

Lembrou Sua Excelência, em outra passagem do seu voto, que a distribuição de competências no interior das modernas organizações e aparatos societários complexos impossibilitam, em quantidade não desprezível dos casos, a identificação e respectiva imputação das infrações penais a um sujeito concreto, sendo extremamente onerosa a obtenção da prova da autoria de ilícitos cometidos no ambiente empresarial e de conglomerados associativos, de intensa e intrincada segmentação na tomada de decisões e na condução técnica e de opções da sociedade, muitas vezes desenvolvidas em etapas sucessivas e complementares.

De fato, as organizações empresariais complexas se notabilizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, sob essa perspectiva, as dificuldades para se imputar o fato ilícito a uma pessoa específica.

Em resumo, o precedente suso invocado nos brinda com uma concepção de que não raras vezes as decisões empresariais estão sobremodo diluídas ou parcializadas de maneira que não permitirão – ou dificultarão muito – a imputação de responsabilidade penal individual, especialmente na modalidade omissiva, que pressupõe de início a demonstração do dever especial de agir do agente.

Mais uma vez, no julgamento do [HC nº 127.397](#)<sup>41</sup> o STF discutiu a inépcia de denúncia sobre o crime de evasão de divisas (art. 22 da [Lei nº 7.492/86](#)), trazendo à baila a tónica lançada também por Renato Silveira (2016) sobre as diversas formas de organização empresarial com gestores múltiplos e até mesmo delegações de poderes.

Transcrevemos a ementa:

---

41 Segunda Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe 2/8/2017.

Habeas corpus. Ação penal. Evasão de divisas (art. 22 da Lei nº 7.492/86). Trancamento. Inépcia da denúncia. Admissibilidade. Imputação derivada da mera condição de o paciente ser diretor presidente das empresas. Ausência de descrição mínima dos fatos. Denúncia que individualizou as condutas de corrêus. Possibilidade de diferenciação de responsabilidades dos dirigentes da pessoa jurídica. Teoria do domínio do fato. Invocação na denúncia. Admissibilidade. Exigência, contudo, da descrição de indícios convergentes no sentido de que o paciente não somente teria conhecimento da prática do crime como também teria dirigido finalisticamente a atividade dos demais agentes. Violação da regra da correlação entre acusação e sentença. Ordem de habeas corpus concedida para determinar o trancamento da ação penal em relação ao paciente.

Note-se que precedente citado traz a compreensão de que, em se tratando de crime imputado a administradores de sociedade, não exigem a doutrina e a jurisprudência descrição pormenorizada da conduta do sócio e/ou do administrador da empresa, devendo a responsabilidade individual de cada um deles ser apurada.

Mas o entendimento capitaneado pelo STF vai além e traz a diferenciação de responsabilidades dos dirigentes da pessoa jurídica. No precedente em voga, a denúncia, embora tenha narrado em que consistiu a evasão de divisas, se limitou a imputar ao paciente o concurso para o crime em razão de ser, à época dos fatos, diretor-presidente das empresas, cargo que lhe conferiria “*o domínio do fato concernente às principais ações das referidas empresas*”. Ainda de acordo com a denúncia, não seria crível que lhe passassem despercebidas negociações vultosas, que montavam a cerca de 1% de todo o capital social do grupo. Porém, o STF entendeu que a denúncia, em relação ao paciente, não conteria o conteúdo mínimo narrativo exigido pelo art. 41 do Código de Processo Penal.

Na espécie, a denúncia, ao atribuir fatos específicos ao diretor financeiro da empresa e a seu subordinado, individualizou condutas de condenados, razão por que não poderia se limitar a imputar o concurso do seu diretor-presidente para o crime de evasão de divisas em razão tão

somente de seu suposto poder de mando e decisão, sem indicar qual teria sido sua contribuição concreta para tanto (nexo causal).

Importante atentar para umas das teorias da causa e efeito denominada teoria da equivalência dos antecedentes (ou da *conditio sine qua non*), segundo a qual se afigura essencial que a causa seja indispensável na produção do resultado. Como lembra o Ministro do STF Gilmar Mendes<sup>42</sup>, para se verificar se o fato é causador do resultado – nos delitos comissivos – é feito o chamado “teste da eliminação hipotética”, que consiste em suprimir mentalmente o fato, e “se ocorrer uma modificação no resultado, isto evidenciaria que o fato é sim relevante à produção do resultado”.

Logo, se o diretor-presidente não praticou fato comissivo que constituiu causa para a ocorrência do crime de evasão de divisas, nem dirigiu finalisticamente a atividade dos demais acusados, não bastaria afirmar que ele se encontrava numa posição hierarquicamente superior para se presumir que tenha ele dominado toda a realização delituosa, com plenos poderes para decidir sobre a prática do crime, sua interrupção e suas circunstâncias, máxime considerando-se que a estrutura das empresas da qual era diretor-presidente contava com uma diretoria financeira no âmbito da qual se realizaram as operações incriminadas.

Sob a mesma ótica o Superior Tribunal de Justiça já enfrentou a matéria decidindo que:

Exige-se que a imputação penal dada pelo Parquet na denúncia, em se tratando de crimes que envolva sociedade empresarial, seja acompanhada de indícios mínimos da responsabilidade pessoal e subjetiva do agente, estabelecendo-se, nessa medida, a necessária relação de causalidade entre sua conduta e o evento delituoso, não bastando a mera alusão à condição de sócio, diretor ou gerente da empresa.<sup>43</sup>

Em síntese, os julgados STF – e também do STJ – estão em conformidade de entendimento ao reconhecerem como inepta a denúncia que não

<sup>42</sup> HC nº 83.554/PR, Segunda Turma, DJe 28/10/2005.

<sup>43</sup> RHC nº66.633/PE, Sexta Turma, Redator para o acórdão o Ministro Rogerio Schietti Cruz, DJe 25/5/16.

contém descrição mínima dos fatos imputados aos acusados, principalmente por tratar-se de crime imputado a administradores de sociedade, quando não descrito corretamente o nexo causal na peça inaugural do *Parquet*.

Entretanto, especificamente quanto aos delitos omissivos impróprios, a responsabilização penal no campo empresarial é muito mais complexa, assumindo outro tom, na medida em que, como visto não basta a verificação do nexo causal – ou a mínima descrição deste na denúncia – entre a conduta omissiva e algum membro da empresa (sócio, dirigente, membro do conselho de administração, diretor), porque se tal pessoa não tinha o dever de agir, pouco importa a verificação do nexo causal.

Vale lembrar que, já nos idos de 1988, o Ministro do STF Célio Borja expôs o problema ao analisar um caso, em recurso em *habeas corpus*, no qual se retratou a situação de um sócio-gerente de uma mineradora a quem se atribuíra delito de lesão corporal por explosão.

Segundo os autos, aquele paciente foi denunciado à época pelos delitos do art. 251, § 3º (explosão na modalidade culposa) c/c o art. 258 (forma qualificada pela lesão corporal da vítima), ambos do Código Penal. A denúncia capitulou a conduta narrada como omissão culposa em decorrência de negligência, tendo em consideração o fato de aquele paciente, na qualidade de “sócio-gerente”, ter a obrigação de colocar redes protetoras quando da utilização de explosivos pelos técnicos.

O fulcro da questão era saber se a responsabilidade penal alcançaria aquele paciente, consoante os termos da denúncia.

O voto condutor do acórdão, adotando os fundamentos da Procuradoria-Geral da República, ao citar Heleno Fragoso, destacou que, nos crimes comissivos por omissão, mais fortemente na modalidade culposa, o especial dever jurídico de atuar seria característica do tipo, resultando a sua não descrição na denúncia em atipicidade da conduta.

Logo, no caso concreto, a prosperar a tese esposada na exordial acusatória, todo e qualquer sócio de empresa poderia ser responsabilizado pelos eventuais atos cometidos por seus empregados quando em serviço, pela simples razão de não haverem sido verificadas previamente as condições operativas de trabalho deles, embora estes fossem técnicos al-

tamente abalizados. Como a inicial acusatória não apontou de que forma a ação “*esperada, possível e devida*” daquele paciente teria impedido o resultado, concluiu a 2ª Turma do STF que o crime comissivo por omissão imputado ao sócio da empresa caracterizaria uma espécie de responsabilidade objetiva, inadmissível no âmbito do Direito Penal.

A 2ª Turma do STF reconheceu, assim, como atípica a conduta, “pois não descrit[a] a ‘inobservância do dever jurídico de cuidado com a que estava adstrito o agente’”. O julgado foi assim ementado:

Explosão. Modalidade culposa. Crime comissivo por omissão imputado a sócio de empresa mineradora. Responsabilidade objetiva. Impossibilidade no âmbito do direito penal. Peça acusatória que não descreve característica básica do delito capitulado no parágrafo 3º do artigo 251 do Código Penal. Fato atípico. RHC provido para excluir o paciente da denúncia.<sup>44</sup>

Em outra oportunidade, a 2ª Turma do STF, ao julgar *habeas corpus*, trancou uma ação penal movida em face do dirigente da Petrobrás, por entender que a responsabilidade pelo dano ambiental não poderia ser atribuída ele. Eis a ementa:

Habeas Corpus. 2. Responsabilidade penal objetiva. 3. Crime ambiental previsto no art. 2º da Lei nº 9.605/98. 4. Evento danoso: vazamento em um oleoduto da Petrobrás 5. Ausência denexo causal. 6. Responsabilidade pelo dano ao meio ambiente não-atribuível diretamente ao dirigente da Petrobrás. 7. Existência de instâncias gerenciais e de operação para fiscalizar o estado de conservação dos 14 mil quilômetros de oleodutos. 8. Não-configuração de relação de causalidade entre o fato imputado e o suposto agente criminoso. 8. Diferenças entre conduta dos dirigentes da empresa e atividades da própria empresa. 9. Problema da assinalagmaticidade em uma sociedade de risco. 10. Impossibilidade de se atribuir ao indivíduo e à pessoa jurídica os mesmos riscos. 11. Habeas Corpus concedido.<sup>45</sup>

44 RHC nº 65.995/RJ, Segunda Turma, DJ 3/6/1988.

45 HC 83554, Segunda Turma, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJe 28/10/2005.

No julgado se extrai que a imputação foi por crime ambiental, formulada em face da Petrobrás, do Presidente da empresa e do Superintendente da refinaria, diante de danos ambientais causados, de acordo com a acusação, “porque embora tenham colocado em risco o meio ambiente pela exploração e gerenciamento de atividade altamente perigosa, deixaram em contrapartida de adotar medidas administrativas e de impor o manejo de tecnologias apropriadas – dentre as disponíveis – para prevenir ou minimizar os efeitos catastróficos que uma mera falha técnica ou humana poderia provocar em atividade desta natureza”.

O voto condutor do acórdão adota mais uma vez a linha de ausência denexo de causalidade entre a conduta e o resultado, afirmando também que não é possível se equiparar, sem qualquer restrição, a conduta da pessoa jurídica com a conduta de seu dirigente.

Afirma que, se houvesse uma relação de causa e efeito, o órgão ministerial deveria tê-la explicitado de modo consistente. Ressalva que ainda que houvesse consistência:

A cadeia causal dificilmente ocorreria diretamente entre um ato da Presidência de Petrobras e um oleoduto. Imagino que entre a Presidência da Petrobras, obviamente um órgão de gestão, e um tubo de óleo, há inúmeras instancias gerenciais e de operação em campo. Não há uma equipe de engenheiros responsável pela referida tubulação? É o Presidente da Petrobras que examina, por todos os dias, o estado de conservação dos 14 mil quilômetros de oleodutos? Não há engenheiros de segurança na Petrobrás?

## 4 CONCLUSÃO

Pode-se assim concluir, em não exauriente análise, pela existência de um direcionamento dos entendimentos relacionados à responsabilidade penal por crimes empresariais, no sentido de se considerar como inepita a denúncia que inaugura a ação penal quando não há descrição do nexocausal entre a conduta e o resultado, também nos crimes omissivos impróprios. Ou, então, na análise de mérito, é também nessa direção que se tem

visto caminhar a jurisprudência dos Tribunais Superiores, particularmente a do Supremo Tribunal Federal, cada vez mais rigoroso na exigência de que a imputação descreva o nexo de causalidade da conduta imputada ao acusado de crime empresarial, notando-se, todavia, uma ainda tímida abordagem sobre o tema da posição de garantidor do acusado, ou seja, se é ele quem de fato, diante de um dever especial, deveria ter agido para evitar o resultado lesivo.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: RT, 1973.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 76-77.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 88875**, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe 09/03/2012. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2383791>. Acesso em: 28 out. 2021.

CALLEGARI, André Luis. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 3. ed. rev., e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.v. 1, parte geral.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal: parte geral**. 7. ed., rev. atual. e ampl. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017

ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresa por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

GRECO, Luís. **Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios**. Tradução Ronan Rocha. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas, SP: Bookseller, 1997.

SÁNCHEZ. Jesús-María Silva. **Fundamentos del Derecho penal de la Empresa**. 2. ed. [S. l.: s. n.], 2016.

SCHUNEMANN, Bernd. **Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria**. Tradução Alaor Leite, em: Schünemann. Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. São Paulo: [s. n.], 2013.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal empresarial: a omissão do empresário como crime**. Belo Horizonte, MG: D'Plácido, 2016.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos da teoria do delito**. Florianópolis, SC: Tirantlo Blanch, 2018.

VILARD, Celso Sanchez et al. **Direito penal econômico**. Crimes econômicos e processo penal. São Paulo: Saraiva, 2008.

## AUTORES



### **Adriane Garcel**

Mestre em Direito Empresarial e Cidadania no Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Pós-graduada em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná – EMAP. Pós-graduada em Ministério Público pela Fundação Escola do Ministério Público – FEMPAR. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pela Escola da Magistratura do Trabalho – EMATRA. Graduada em Direito pela Universidade Tuiuti do Paraná e Graduada em Letras. Assessora Jurídica do TJPR e Mediadora Judicial.

Filiação: UNICURITIBA



### **André Luiz Nogueira Santos**

Mestrando na Universidade Nove de Julho.

Filiação: UNINOVE



### **Cíntia Rosa Pereira de Lima**

Professora Associada de Direito Civil da Faculdade de Direito da USP Ribeirão Preto – FDRP. Doutora em Direito Civil pela Faculdade de Direito da USP com estágio na Universidade de Ottawa (Canadá) com bolsa CAPES - PDEE - Doutorado Sanduíche e livre-docente em Direito Civil Existencial e Patrimonial pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (USP). Pós-doutorado em Direito Civil pela Università degli Studi di Camerino (Itália) e pela Fordham Law School (Nova York) com fomento FAPESP e CAPES. Líder e Coordenadora dos Grupos de Pesquisa

“Observatório LGPD” e “Observatório do Marco Civil da Internet”, cadastrados no Diretório de Grupos de Pesquisa do CNPq e do Grupo de Estudo “Tech Law” do Instituto de Estudos Avançados (IEA/USP). Presidente do Instituto Avançado de Proteção de Dados – IAPD. Pesquisadora Ano Sabático do IEA/USP – Polo Ribeirão Preto (2020). Advogada.

Filiação: Faculdade de Direito da USP Ribeirão Preto – FDRP



**Claudia Lima Marques**

Professora Titular da UFRGS e da UNINOVE, Professora Permanente do PPGD UFRGS e UNINOVE, Pesquisadora 1 A do CNPq, Pós-Doutorado e Doutorado na Universidade de Heidelberg e Mestre em Direito pela Universidade de Tübingen, Alemanha. Ex-Presidente do Brasilcon (Brasília).

Filiação: UFRGS; UNINOVE



**Daniel Jacomelli Hudler**

Doutorando em Direito Empresarial e Mestre em Direito pela Universidade Nove de Julho (UNINOVE), ex- bolsista de pesquisa PROSUP/CAPES na área de concentração “Justiça, Empresa e Sustentabilidade”. Especialista em Direito Processual Civil e Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (MACKENZIE). Ex- Editor assistente das revistas científicas Prisma Jurídico e Thesis Juris. Advogado. Experiência internacional pela Universidade da Coruña (UDC - Espanha) em Globalización & Empresa: una visión Europea. Pesquisador em Direito e Desenvolvimento; Empresas e Direitos Humanos; Economia e Direito.

Filiação: UNINOVE



**Danna Catharina Mascarello Luciani**

Mestranda em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), com Bolsa PROEX/CAPES. Bacharel em Direito pela mesma Universidade. Coordenadora Científica do Grupo de Estudos em Análise Econômica do Direito (GRAED PUCPR) e Membro do Grupo de Pesquisas Tributação, Complexidade e Desenvolvimento (TAXPUC).

Filiação: PUC-PR



**Demetrius Nichele Macei**

Pós-doutorado na Faculdade de Direito do Largo São Francisco (USP). Doutor em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2012). Mestre em Direito Econômico e Social (2004) e Especialista em Direito Empresarial (2000), ambos pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1994). Professor de Direito Tributário na graduação, especialização, mestrado e doutorado na Faculdade de Direito Curitiba (UNICURITIBA), Ex-professor da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (2006-2007) e na graduação e especialização da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2000-2006/2011-2013). Ocupou os cargos de gerente e diretor jurídico de empresas de grande porte no Brasil e no exterior, nos ramos da Indústria e Auditoria Externa. Realizou Curso de Extensão em Direito Norte-Americano pela Fordham University, em Nova York/EUA (2010). Atuou como titular na Câmara Superior de Recursos Fiscais no CARF/MF (2015-2019) e do Conselho Temático de Assuntos Tributários da Federação das Indústrias do Paraná (FIEP). Atualmente par-

participa como titular do Conselho Fiscal de Companhias listadas na Bolsa de Valores de São Paulo (BOVESPA), e da Comissão de Direito Tributário da OAB/PR. Conselheiro Certificado pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC). Advogado em SP e no PR.

Filiação: UNICURITIBA



### **Flávia Piva Almeida Leite**

Professora da Faculdade de Arquitetura, Artes e Comunicação - no Departamento de Ciências Humanas da FAAC/UNESP. Professora do Programa de Mestrado em Direito da UNESP/Franca. Doutora em Direito do Estado pela PUC/SP na sub-área Direito Urbanístico. Líder do grupo de pesquisa "Direito à inclusão e acessibilidade das pessoas com deficiência e mobilidade reduzida, credenciado junto ao CNPq.

Filiação: UNESP



### **Giovani Clark**

Doutor em Direito Econômico pela UFMG. Professor da Pós-graduação e da Graduação da PUC Minas e Docente da Graduação da Faculdade de Direito da UFMG.

Filiação: UFMG/PUC Minas



### **Guilherme Burzynski Dienes**

Advogado militante na área trabalhista. Membro do grupo de pesquisa "Direito à inclusão e acessibilidade das pessoas com deficiência e mobilidade reduzida, credenciado junto ao CNPq. Mestrando em Direito

pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP). Graduado em 2012 pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS).

Filiação: UNESP



**Gustavo Luiz de Matos Xavier**

Mestre e Doutorando em Direito Público pela PUC Minas.

Filiação: PUC Minas



**João Maurício Adeodato**

Professor das Faculdades de Direito de Vitória e da Universidade Nove de Julho. Ex-Professor Titular da Faculdade de Direito do Recife (Universidade Federal de Pernambuco). Mestre, Doutor e Livre Docente pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor convidado pela Fundação Alexander von Humboldt.

Filiação: FDV/UNINOVE



**João Negrini Filho**

Doutorando da Universidade Nove de Julho. Mestre em Direito pela PUCSP. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Filiação: UNINOVE



**José Laurindo de Souza Netto**

Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade Degli Studi di Roma – La Sapienza, com. Estágio Pós-doutoral na Universidade Degli Studi di

Roma – La Sapienza. Professor permanente no Mestrado da Universidade Paranaense – UNIPAR. Professor convidado do Programa de Mestrado e Doutorado do Centro Universitário Curitiba - Unicuritiba. Desembargador e Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Filiação: UNIPAR/UNICURITIBA



### **Karen Paiva Hippertt**

Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania no Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Pós-graduanda em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Especialista em Processo Civil, Mediação e Arbitragem pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Curitiba. Assessora da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Filiação: UNICURITIBA



### **Klaus Almeida Struecker**

Bacharel em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Pós-Graduado em Direito Corporativo e Compliance pela Escola Paulista de Direito (EPD). Pós-Graduado em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET-SP). Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania na Unicuritiba. Advogado.

Filiação: UNICURITIBA



**Leandro Carlos Alves Bezerra**

Membro do Grupo de Estudos e Pesquisas sobre Organizações, Trabalho e Educação (GEPOTE). Doutorando em Administração pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Mestre em Administração pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (2021).

Filiação: UFMS



**Luiz Felipe Rossini**

Professor da Universidade Nove de Julho e Assistente Judiciário no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Graduado pela Universidade Mackenzie, Especialista em Processo Civil pela Escola Paulista da Magistratura, Mestre e Doutorando pela Universidade Nove de Julho.

Filiação: UNINOVE



**Marcelo Benacchio**

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2005), Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2001) e graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1991). É professor permanente do Doutorado e Mestrado em Direito e da Graduação da Universidade Nove de Julho - UNINOVE. Professor Convidado da Pós Graduação lato sensu da PUC/COGEAE e da Escola Paulista da Magistratura. Prof. Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Juiz de Direito.

Filiação: UNINOVE

  **Marcelo Reviglio Bertoncini**

Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Bacharel em Direito pela mesma Universidade. Especialista pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET) e pela Fundação Escola do Ministério Público do Paraná (FEMPAR). Membro do Grupo de Pesquisas Tributação, Complexidade e Desenvolvimento (PPGD/PUCPR/CNPq).

Advogado.

Filiação: PUC-PR

 **Maria Carolina Negrini**

Pós-Doutoranda da Universidade Nove de Julho. Doutora e Mestre em Direito pela PUCSP.

Filiação: UNINOVE

 **Mariana Fleming S. Ortiz**

Mestranda na Universidade Nove de Julho.

Filiação: UNINOVE

  **Mateus Bertoncini**

Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Estágio de Pós-Doutoramento pelo Instituto Ius Gentium Conimbrigae – Centro de Direitos Humanos/Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (IGC-CDH/FDUC). Estágio de Pós-Doutoramento em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor do Corpo

Permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA/ÂNIMA). Professor da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná. Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. Filiação: UNICURITIBA/ÂNIMA



**Paulo Ricardo Artequilino da Silva**

Graduando em Direito pela Faculdade de Direito da USP Ribeirão Preto – FDRP. Bolsista de Iniciação Científica do Programa Unificado de Bolsas PUB-USP (2020-2021). Integrante dos Grupos de Pesquisa “Observatório LGPD” e “Observatório do Marco Civil da Internet”, cadastrados no Diretório de Grupos de Pesquisa do CNPq e do Grupo de Estudo “Tech Law” do Instituto de Estudos Avançados (IEA/USP).

Filiação: Faculdade de Direito da USP Ribeirão Preto – FDRP



**Ricardo Hasson Sayeg**

Diretor e Professor Titular do Programa de Doutorado e Mestrado da Universidade Nove de Julho. Professor Livre-Docente de Direito Econômico da PUCSP.

Filiação: UNINOVE/PUC-SP



**Rodrigo Campos Hasson Sayeg**

Professor do Curso de Direito da Universidade Nove de Julho. Doutorando da UNICURITIBA. Mestre em Direito Americano pela California Western School of Law.

Filiação: UNINOVE/UNICURITIBA

 **Rodrigo Tritapepe**

Doutorando em Direito pela Universidade Nove de Julho (UNINOVE).

Filiação: UNINOVE

 **Rogério Schietti Cruz**

Doutor e Mestre em Direito Processual pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - Largo do São Francisco. Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Professor dos cursos de Doutorado e Mestrado da UniNove. Professor de Direito Penal e Processual na Pós-Graduação do Damásio Educacional.

Filiação: UNINOVE

 **Rubens Mendonça Canuto Neto**

Doutorando da Universidade Nove de Julho. Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça. Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

Filiação: UNINOVE

  **Viviane Coelho de Séllos-Knoerr**

Doutora em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2005). Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1996). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (1991). É advogada. Professora e Coordenadora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba

/UNICURITIBA. Realizou estágio Pós-Doutoral na Universidade de Coimbra (2015/2016).

Filiação: UNICURITIBA

## Índice Remissivo

### A

arquitetura de escolha 10, 113, 114, 116,  
122, 126, 132  
atividade empresária 107, 226  
atividade empresarial 9, 10, 11, 61, 152,  
210, 212

### B

#### BOLHA IMOBILIÁRIA

bolha imobiliária 64

Brasil 2, 8, 9, 10, 12, 13, 17, 18, 19, 23, 24,  
25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 53, 55,  
56, 59, 61, 62, 63, 64, 65, 67, 70, 71,  
72, 73, 76, 79, 84, 85, 86, 87, 90, 91,  
92, 94, 95, 96, 105, 106, 107, 108,  
109, 110, 111, 112, 137, 145, 146,  
149, 151, 157, 160, 162, 163, 171,  
173, 174, 176, 192, 193, 206, 209,  
210, 211, 217, 225, 230, 244

### C

capitalismo humanista 10, 112, 134, 136,  
137, 146, 147, 150, 155, 157, 173  
ciências organizacionais 195, 196, 197,  
199, 200, 201, 204, 205, 206, 216,  
217  
compliance 195  
consumo 8, 10, 47, 66, 69, 70, 71, 72, 88,  
92, 103, 111, 118, 119, 121, 122,  
134, 135, 139, 140, 144, 145, 146,  
150, 151, 154, 163, 164, 165, 166,  
167, 172, 177, 182, 183  
crédito responsável 134, 136, 141, 161,  
162, 166, 172, 173  
crime omissivo impróprio 221, 223

### D

democracia 12, 16, 25, 36, 90, 146, 147,  
148  
desenvolvimento 9, 11, 15, 26, 29, 36, 38,  
52, 62, 74, 79, 82, 91, 94, 95, 97, 98,

100, 105, 106, 107, 108, 109, 110,  
111, 112, 131, 150, 177, 182, 198,  
202, 203, 204, 211, 228

direitos fundamentais 9, 13, 14, 16, 17,  
19, 20, 25, 26, 28, 29, 74, 76, 79,  
134, 136, 141, 142, 143, 144, 145,  
146, 149, 154, 155, 165, 214, 215

Direitos Humanos 13, 30, 31, 90, 111,  
148, 149, 159, 243, 249

dirigente empresarial 220, 221

### E

economia de mercado 10, 52, 74, 113,  
114, 147

EMPRESA 1, 3, 8, 206, 220

Empresa 1, 3, 8, 206, 220

Escola Austríaca

Escola austríaca 9, 32, 34, 40, 41, 42, 43,  
44, 45, 46, 47, 48, 49, 51, 52, 53, 58,  
59, 60, 61, 63

Escola de Chicago 62, 63

Estado 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19,  
23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33,  
34, 36, 38, 43, 44, 49, 51, 56, 59, 61,  
65, 66, 69, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77,  
78, 79, 80, 81, 82, 88, 89, 94, 96, 97,  
99, 101, 102, 105, 107, 108, 109,  
111, 112, 113, 115, 116, 117, 118,  
121, 124, 125, 127, 129, 131, 136,  
141, 142, 143, 145, 146, 147, 148,  
154, 159, 160, 169, 194, 195, 196,  
212, 213, 214, 216, 232, 245, 246,  
247, 248, 249, 250, 251

Estado de Direito 12, 13, 14, 15, 16, 17,  
18, 19, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30,  
80, 97

estrutura 8, 9, 16, 35, 80, 81, 94, 95, 96,  
97, 99, 100, 106, 113, 116, 183, 188,  
190, 199, 226, 227, 228, 230, 236

ética

Ética 34, 38, 41, 44, 58, 143, 196, 204

**F**

função social 33, 36, 57, 146, 151, 209,  
210, 217

**G**

Garantias Fundamentais  
garantias fundamentais 65, 79

**H**

Humanismo  
humanismo 12, 13, 30, 31

**I**

incentivos fiscais 8, 64, 71, 82, 84, 90, 99,  
194, 196, 216, 217  
interesse social 195, 207, 208  
intervenção do Estado 38, 69, 94, 102,  
147  
isenção 71, 83, 195, 216

**J**

jurisprudência do STF 221, 229

**L**

liberalismo 40, 44, 55, 69, 73  
Liberdade 2  
liberdades individuais 43, 49

**M**

mercado econômico 45, 129

**N**

neoliberalismo 62, 72, 74, 75, 81, 85, 147,  
148

**NEUTRALIDADE TRIBUTÁRIA**

Neutralidade Tributária 94, 101

**Nudges**

nudges 10, 113, 114, 115, 116, 118, 119,  
120, 121, 122, 123, 126, 127, 128,  
129, 130, 131

**P**

**PESSOA COM DEFICIÊNCIA**

Pessoa com deficiência 194, 211  
políticas públicas 66, 71, 72, 73, 75, 80,  
81, 115, 118, 119, 123, 127, 131,  
133, 209, 213, 217  
proteção de dados 11, 174, 178, 179, 181,  
183, 189, 192, 193  
Proteção de dados 11, 174, 178, 179,  
181, 183, 189, 192, 193

**R**

regulação econômica 9, 32, 48, 51, 59, 61  
reserva de vagas 195, 212, 213  
responsabilidade penal 11, 220, 221, 228,  
229, 231, 232, 234, 237, 239

**S**

**Superendividamento**

superendividamento 10, 160, 161, 162,  
171, 172

*O que precisamos para um direito econômico mais inclusivo?* A obra “DIREITO ECONÔMICO, OS INSTRUMENTOS DE REGULAÇÃO E A EMPRESA” reúne pesquisadores vinculados a programas de pós-graduação em Direito e objetiva ampliar o debate sobre as estruturas econômicas e jurídicas que fundam a empresa, no âmbito do capitalismo contemporâneo, e sobre novas formas de regulação da atividade econômica, a fim de contextualizar operadores do Direito sobre a importante questão da influência transnacional no âmbito das estruturas de mercado e poder, nas relações de consumo, bem como a intervenção estatal pela ordem econômica constitucional brasileira que deve assegurar a todos uma existência digna.

#### **COORDENADORES**

*Prof. Dr. Ricardo Hasson Sayeg (PPGD/UNINOVE)*

*Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr (PPGD/UNICURITIBA)*

*Prof. Dr. Marcelo Benacchio (PPGD/UNINOVE)*

#### **ORGANIZADORES**

*Me. Daniel Jacomelli Hudler (PPGD/UNINOVE)*

*Me. Adriane Garcel (PPGD/UNICURITIBA)*

ISBN 978-65-99038-15-0



unicuritiba