



2

Revista Internacional de Estudos de
Direito & Economia

Ano 1 (2026)

Ficha Técnica

Publicação do CIEDE - Centro Internacional de Estudos de
Direito e Economia



<https://ciede.org/>, contato@ciede.org

ISSN: 3051-875X

Director: Fernando Araújo

Sub-Director: Ricardo Lupion

Redacção: Amanda Rodrigues, Anelize Caminha, Danilo Brum
de Magalhães, Juliana Amaral, Marcelo Silveira, Raquel Franco

 **CC BY-NC-ND 4.0**

**Attribution-NonCommercial-
NoDerivatives 4.0 International**

Deed

Este trabalho foi licenciado com a Licença Creative Commons

Atribuição – Não Comercial – Sem Derivados 4.0

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

Conselho Editorial

- | | |
|------------------------------------|----------------------------------|
| 1. Alexandre Gomide | 31. Juliana Ferreira do Amaral |
| 2. Alexandre Mariotti | 32. Lais Lucas |
| 3. Amanda Flávio de Oliveira | 33. Leticia Ferrarini |
| 4. Amanda Rodrigues | 34. Luciana Yeung |
| 5. Ana Frazão | 35. Luciano Timm |
| 6. Anelize Caminha | 36. Manoel Neubarth Trindade |
| 7. Angélica Carlini | 37. Marcelo Bürger |
| 8. Bruno Meyerhof Salama | 38. Marcelo Matos Amaro Silveira |
| 9. Bruno Miragem | 39. Marcia Carla Ribeiro |
| 10. Carolina Hauer | 40. Maria Vital da Rocha |
| 11. Cesar Santolim | 41. Mariana Keppen |
| 12. Cristiana Gomes Ferreira | 42. Mariana Pargendler |
| 13. Cristiano Rosa de Carvalho | 43. Martha Sittoni |
| 14. Daniel Braga Lourenço | 44. Miguel Moura e Silva |
| 15. Danilo Brum de Magalhães | 45. Miguel Patrício |
| 16. Demétrio Giannakos | 46. Nuno Garoupa |
| 17. Doris Ghilardi | 47. Oksandro Gonçalves |
| 18. Eduardo Agostinho | 48. Paula Vaz Freire |
| 19. Eduardo Rocha Dias | 49. Pery Shikida |
| 20. Egon Bockmann Moreira | 50. Rachel Sztajn |
| 21. Elton Venturi | 51. Rafael Bicca Machado |
| 22. Eugenio Battesini | 52. Rafael Dresch |
| 23. Fabiano Koff Coulon | 53. Ramon Medeiros Nogueira |
| 24. Fernando Araújo | 54. Raquel Franco |
| 25. Fernando Fita Ortega | 55. Ricardo Lupion |
| 26. Giacomo Balbinotto Neto | 56. Rute Saraiva |
| 27. Hugo de Brito Machado Segundo | 57. Silvio Romero Beltrão |
| 28. João Luis Nogueira Matias | 58. Thaís G. Pascoaloto Venturi |
| 29. João Ricardo Brandão Aguirre | 59. Thereza Nahas |
| 30. José Maurício Pinto de Almeida | |

Estatuto Editorial

A Revista Internacional de Estudos de Direito & Economia (RIEDE) é uma publicação de âmbito internacional que visa promover a produção e partilha científicas na área do Direito e da Economia, e em áreas afins.

A Revista Internacional de Estudos de Direito & Economia (RIEDE) procura contribuir para a cultura jurídica, económica e juseconómica, facultando o acesso a trabalhos que possam ser entendidos como representativos da vanguarda científica internacional.

A Revista Internacional de Estudos de Direito & Economia (RIEDE) abre as suas páginas aos estudiosos de todos os ramos do Direito e da Economia, e de todas as matérias que sejam objecto do ensino e da formação jurídicos e económicos, e aos de todas as ciências que contribuam para a maturação das áreas interdisciplinares.

A Revista Internacional de Estudos de Direito & Economia (RIEDE), no respeito de todas as normas jurídicas e éticas aplicáveis, é um espaço de liberdade, de tolerância e de responsabilidade, aberto ao debate de ideias e à inovação doutrinária, procurando recriar condições ideais de convivência académica, facilitando o conhecimento recíproco, e fomentando aproximações e colaborações.

Artigos

Aquilino Paulo ANTUNES, “IA, Propriedade Industrial, Medicamentos Inovadores e Sustentabilidade: A «Quadratura do Círculo»”	1
Isadora Ribeiro BAKER, “Análise Económica da Cobrança de Taxas Associativas: Desincentivo ao <i>Free-Riding</i> ”	37
Rodrigo Garcia BASTOS, “A Recuperação de Crédito e as Novas Tecnologias”	77
Giovana BENETTI & Helena Gasparovic CHAGAS, “A Declaração Inicial do Risco na Formação do Contrato de Seguro”	93
Bruno BODART, “Fraude ao Quadrado: Uma Análise Económica da Política de Cotas Femininas nas Eleições”	129
Nayara Maria Silvério da Costa DALLEFI & Isabela de Souza CAMARGO, “Alimentos Gravídicos: A Efetividade da Proteção ao Nascituro no Ordenamento Jurídico Brasileiro”	185
Adriano Lélis de MEDEIROS & Aline Fagundes dos SANTOS, “Contribuições Previdenciárias, Súmula Vinculante 53 e Eficiência Administrativa: Análise Estatística das Restrições à Capacidade Arrecadatória da Justiça do Trabalho”	265
Eduardo Henrique NAZARI, “Criptomoedas e ‘A Riqueza das Nações’: Reflexões Smithianas sobre Criptomoedas e Mercado”	309

Gustavo de Souza PREUSSLER & Francis Pignatti do NASCIMENTO, “Técnicas Criminológicas de Neutralização e a Negação da Ditadura Militar”		379
Caio Henrique Lopes RAMIRO & Glauco BARSALINI, “Uma Voz de Suspeita: Giorgio Agamben e o Estado de Exceção em Tempos de Pandemia”		413
Arnaldo RIZZARDO FILHO, Giovana FARENZENA & Manoel Gustavo Neubarth TRINDADE, “Sucessão no Agronegócio Familiar para Além da Holding: Fatores Impeditivos, Governança e Função Preventiva da Advocacia”		441
Fillipe Azevedo RODRIGUES, “Análise Econômica do Direito Penal: Entre a Economia do Crime e a Dogmática Penal”		465
Nuno Cunha RODRIGUES, “A Abertura ao Comércio Internacional da Contratação Pública no Brasil: Entre o Acordo sobre Compras Governamentais (GPA) e o Acordo UE/Mercosul”		507
Regina Linden RUARO & Juliano HEINEN, “Regulação da Inteligência Artificial por Adjacência: Transplante Semântico e Custos Regulatórios”		545
Marcus Firmino SANTIAGO, “Excessive Rights: The Social Welfare Demonization and the Risk to 1988 Brazilian Constitution Survival”		605
Adriana Fonteles SILVA & João Luis Nogueira MATIAS, “Governança do Mercado de Carbono e <i>Blockchain</i> : Uma Análise das Potencialidades e Limitações Estruturais à Luz dos		639

Princípios de Elinor Ostrom”

Alex SOSA, “¿Se Debe Regular la Publicidad Programática Comportamental?”	667
Gilberto STÜRMER & Diogo Antonio Pereira MIRANDA, “Participação nos Lucros ou Resultados: Aspectos Controvertidos e Análise da Jurisprudência do CARF”	681
Rennan THAMAY, Leonardo Peteno MAGNUSSON & Lucas Augusto Gaioski PAGANI, “Processo Estrutural e Eficiência Processual: Adequação da Tutela Jurisdicional aos Litígios Complexos”	703
Eliseu Raphael VENTURI, “Planejamento Público e Capacidade Municipal de Execução: Análise Jurídico-Econômica”	737
Emerson Alexandre Borba VILAR, “A Tempestade Perfeita da Litigância Trabalhista Pós-Reforma e a Necessária Evolução do Jurídico Corporativo: O Case Petrobras”	775

NORMAS EDITORIAIS E TÉCNICAS PARA PUBLICAÇÃO

1- NORMAS EDITORIAIS

1. A *Revista Internacional de Estudos de Direito & Economia* (RIEDE) tem por missão a divulgação da produção científica desenvolvida por profissionais empenhados na pesquisa e no progresso das instituições jurídicas e económicas, nacionais e internacionais. Para que tais objetivos sejam alcançados, a RIEDE não publicará artigos que tenham por finalidade a mera divulgação da atividade profissional do autor, ou que, no fito da autopromoção, apresentem apenas uma visão parcial do tema abordado. Se for esse o caso, a RIEDE reserva-se o direito de recusar a publicação.
2. Os artigos submetidos *devem ser inéditos* e serão submetidos à avaliação de pares, por meio do sistema de análise “*double blind*”. Os consultores (do Conselho Editorial da RIEDE, ou *ad hoc*) receberão os artigos sem identificação do autor, assim como uma ficha de avaliação. A avaliação levará em consideração a linha editorial da Revista e a qualidade do manuscrito, além dos demais elementos aqui indicados. Devolvida a referida ficha, se esta indicar a aprovação, o artigo será encaminhado para edição. Caso seja necessária a realização de modificações, o autor será informado, sendo indicado um prazo para devolução, se mantiver interesse na publicação. Na hipótese de parecer pela não publicação, o autor será informado.
3. Os artigos *não devem ser encaminhados para apreciação simultânea noutros periódicos*.
4. Excepcionalmente, *serão aceites trabalhos já publicados noutros locais, que serão sujeitos, pela RIEDE, à mesma avaliação de originais inéditos*. O autor deverá comprovar a autorização do Editor da revista ou livro onde o seu trabalho tenha sido publicado.
5. Serão aceites artigos escritos em português, inglês, francês, italiano ou espanhol, ou traduzidos para qualquer destas línguas
6. A Redação reserva-se o direito de fazer alterações formais nos originais, para manter a homogeneidade e a qualidade da publicação – no respeito integral do conteúdo do original submetido e aprovado.
7. A submissão de trabalhos à RIEDE implica a aceitação, por parte dos autores, das normas aqui expressas, bem como, em caso de aprovação, a autorização da publicação.
8. Fica ao exclusivo critério da RIEDE a publicação, ou não, de um artigo, mesmo após a sua aprovação, e a seleção dos artigos que deverão compor os volumes da Revista.

9. As afirmações, opiniões e conceitos veiculados nos artigos são da responsabilidade exclusiva dos autores.
10. Os direitos autorais dos trabalhos publicados são propriedade da RIEDE, ficando sujeitos ao regime de licenciamento adotado pela Revista, sendo que os originais não serão devolvidos. Em caso algum serão devidos direitos autorais de conteúdo patrimonial pelos artigos publicados.

II- NORMAS TÉCNICAS

1. *Formatação*: O trabalho deverá ser digitado em Microsoft Word, fonte Times New Roman, tamanho 12, espaçamento 1,5 e parágrafo justificado. As páginas devem ser numeradas e configuradas no formato A4 ou Letter, contendo no máximo 50 páginas, incluindo referências, ilustrações, quadros, tabelas, gráficos, etc.
2. *Folha de rosto*: A folha de rosto deve conter o título na língua originária do artigo (CAIXA ALTA, em negrito, fonte Times New Roman, tamanho 14, parágrafo centralizado) e em inglês (Caixa Baixa, com iniciais em maiúsculo, em itálico, fonte Times New Roman, tamanho 12, parágrafo centralizado). O título deve conter no máximo 12 palavras, sendo suficientemente específico e descritivo. O nome do(s) autor(es) deve(m) constar logo após o título em inglês e ser acompanhado, em nota de rodapé, dos seguintes elementos: instituição a que se vincula o(s) autor(es), instituição, cidade, país e e-mail para contato. O resumo deve constar na primeira página, juntamente com o abstract e palavras-chave e keywords. O texto do trabalho deve ser antecedido de sumário indicativo dos itens, na língua originária do artigo.
3. *Resumo / Abstract*: Devem conter no mínimo 200 palavras, e no máximo 250, na língua originária do artigo e em inglês, com fonte Times New Roman, tamanho 12, espaçamento simples e parágrafo justificado. Na última linha, deverão ser indicados palavras-chave/keywords. O número de palavras-chave desejado é de no mínimo 3 e no máximo 5.
4. *Agradecimentos*: Agradecimentos a auxílios recebidos para a realização do trabalho deverão ser mencionados no final do artigo, logo após as considerações finais.
5. *Notas e referências citadas*: As notas e referências citadas devem ser inseridas no corpo do trabalho, e deverão constar do rodapé da mesma página em que são inseridas. Excecionalmente admitir-se-á a adoção do sistema autor/data, com notas explicativas.
6. *Materiais gráficos*: Não serão publicadas fotos coloridas, a não ser em caso de absoluta necessidade e a critério da Revista. As ilustrações, gráficos, tabelas,

desenhos etc. devem ser limitados ao mínimo indispensável. Imagens digitalizadas devem ser enviadas em resolução 300 dpi, formato JPG ou TIF. As tabelas e os quadros devem ser numerados consecutivamente, em algarismos arábicos. A legenda será colocada na parte superior dos mesmos, com fonte Times New Roman, tamanho 10, *em itálico*, parágrafo centralizado. A legenda deverá ser curta e concisa, e as fontes do gráfico devem ser sempre indicadas.

7. *Referências*: Nas referências devem constar somente as citações que figuram no texto. As referências no final do trabalho devem ser organizadas e apresentadas em ordem alfabética, de acordo com o apelido / sobrenome do primeiro autor. As indicações de legislação e de jurisprudência devem ser referenciadas separadamente.
8. *Distinção de referências*: Para a elaboração da referência, devem ser observadas regras congruentes que, dentro da ordem alfabética adotada, permitam distinguir, identificar e localizar precisamente:
 - *Livros de um só autor.*
 - *Livros de dois ou mais autores.*
 - *Capítulos de livro.*
 - *Artigos de revistas.*
 - *Dissertações ou teses.*
 - *Trabalhos apresentados em Congressos.*
 - *Artigos online, working papers e preprints.*
9. *Normas de referência*: em apoio da congruência das citações, que é responsabilidade dos autores, poderão estes socorrer-se de normas estabelecidas, caso em que deverão mencioná-lo. Nomeadamente:
 - Normas portuguesas e europeias: NP ISO 690; NF ISO 690; UNI ISO 690; NP UNE 690; OSCOLA; subsidiariamente, NP 405.
 - Normas brasileiras: ABNT (NBR 6023, NBR 10520 e restantes aplicáveis).
 - Normas norte-americanas e mundiais: *The Chicago Manual of Style*, *The Bluebook: A Uniform System of Citation*, *APA Style*, *ALWD Guide to Legal Citation*.
10. *Esclarecimentos / regras supletivas*: A solicitação dos autores, a RIEDE poderá prestar-lhes ulteriores esclarecimentos sobre as normas técnicas que adota, tendo em particular atenção o *Interinstitutional Style Guide* da União Europeia, as orientações do *COPE* para ética editorial e as *EASE Guidelines* para boas práticas na publicação científica.

No site <https://ciede.org/> encontra-se um documento (“Editorial Policies and Instructions for Authors”) que desenvolve as regras aqui enunciadas.

EDITORIAL AND TECHNICAL GUIDELINES FOR PUBLICATION

I – EDITORIAL GUIDELINES

1. The *Revista Internacional de Estudos de Direito & Economia* (RIEDE) is dedicated to disseminating scholarly work produced by professionals committed to research and to the advancement of national and international legal and economic institutions. To achieve these objectives, RIEDE will not publish articles intended merely to promote the author's professional activity or presenting only a partial view of the subject for purposes of self-promotion. In such cases, RIEDE reserves the right to refuse publication.
2. Submitted articles must be original and will undergo peer review under a double-blind review process. Reviewers (members of the RIEDE Editorial Board or *ad hoc* reviewers) will receive manuscripts without author identification, together with an evaluation form. Evaluation will consider the Journal's editorial scope, the quality of the manuscript, and the remaining criteria set forth herein. If approved, the manuscript will proceed to editing. Where revisions are required, the author will be informed and given a deadline for resubmission if still interested in publication. Authors will also be notified in the event of rejection.
3. Articles must not be submitted simultaneously to other journals.
4. Exceptionally, works previously published elsewhere may be considered, subject to the same review process as original manuscripts. Authors must provide proof of authorization from the editor of the journal or book in which the work originally appeared.
5. Articles written in, or translated into, Portuguese, English, French, Italian, or Spanish will be accepted.
6. The Editorial Office reserves the right to make formal editorial changes to accepted manuscripts in order to ensure consistency and quality, while fully preserving the substance of the approved text.
7. Submission of a manuscript implies acceptance of these guidelines and, if accepted, authorization for publication.
8. Publication of any article, even after approval, and selection of articles for inclusion in each issue remain at the sole discretion of RIEDE.
9. Statements, opinions, and concepts expressed in published articles are the sole responsibility of their authors.

10. Copyright in published works belongs to RIEDE and is subject to the licensing regime adopted by the Journal. Original manuscripts will not be returned. No royalties or other proprietary copyright remuneration shall be payable for published articles.

II – TECHNICAL GUIDELINES

1. *Formatting:* Manuscripts must be prepared in Microsoft Word, using Times New Roman 12-point font, 1.5 line spacing, and justified paragraphs. Pages must be numbered and formatted on A4 or Letter paper, with a maximum length of 50 pages, including references, illustrations, tables, figures, charts, and similar material.
2. *Title page:* The title shall appear in the article's original language (UPPERCASE, bold, Times New Roman 14 pt, centered) and in English (Title Case, italic, Times New Roman 12 pt, centered). The title should not exceed 12 words and must be sufficiently specific and descriptive. The author's (or authors') name(s) shall appear immediately below the English title and be accompanied by a footnote stating institutional affiliation, institution, city, country, and contact e-mail. The first page shall also include the abstract, keywords, and, where applicable, the abstract in the original language. The main text shall be preceded by a table of contents in the article's original language.
3. *Abstract:* The abstract must contain between 200 and 250 words, both in the article's original language and in English, in Times New Roman 12-point font, single-spaced, and justified. The final line shall contain three to five keywords.
4. *Acknowledgements:* Acknowledgements for financial or other support should appear at the end of the article, immediately after the concluding remarks.
5. *Notes and citations:* Notes and citations shall appear as footnotes on the same page on which they are cited. Exceptionally, an author-date citation system, with explanatory notes, may be used.
6. *Graphic material:* Color photographs will not normally be published except where absolutely necessary, and at the Journal's discretion. Illustrations, charts, tables, drawings, and similar material should be limited to what is strictly necessary. Digital images must be submitted at 300 dpi in JPG or TIF format. Tables and figures shall be numbered consecutively using Arabic numerals. Captions shall appear above the table or figure in Times New Roman 10-point italic, centered. Captions should be concise, and data sources must always be identified.

7. *References*: Only works cited in the text shall appear in the reference list. References shall be arranged alphabetically by the surname of the first author. Legislation and case law shall be listed separately.
8. *Categories of references*: References should follow consistent rules enabling readers to distinguish, identify, and locate:
 - books by one author;
 - books by multiple authors;
 - book chapters;
 - journal articles;
 - dissertations and theses;
 - conference papers;
 - online articles, working papers, and preprints.
9. *Citation standards*: To ensure consistency, authors may adopt recognized citation standards, provided they identify the standard used. In particular:
 - Portuguese and European standards: NP ISO 690; NF ISO 690; UNI ISO 690; NP UNE 690; OSCOLA; subsidiarily NP 405.
 - Brazilian standards: ABNT (NBR 6023, NBR 10520, and other applicable standards).
 - U.S. and international standards: The Chicago Manual of Style; The Bluebook: A Uniform System of Citation; APA Style; ALWD Guide to Legal Citation.
10. *Supplementary guidance*: At the authors' request, RIEDE may provide further clarification regarding its technical requirements, with particular regard to the European Union Interinstitutional Style Guide, the COPE guidelines on publication ethics, and the EASE Guidelines for good practice in scholarly publishing.

On the <https://ciede.org/> website there is a document ("Editorial Policies and Instructions for Authors") that further develops the rules set out herein.

IA, PROPRIEDADE INDUSTRIAL, MEDICAMENTOS INOVADORES E SUSTENTABILIDADE: A «QUADRATURA DO CÍRCULO»

Aquilino Paulo Antunes*

Resumo: A crescente utilização da inteligência artificial (IA) e de técnicas de *machine learning* na investigação farmacêutica está a transformar o processo de descoberta e desenvolvimento de medicamentos inovadores. Esta transformação tecnológica ocorre num contexto caracterizado pelo aumento continuado dos preços dos medicamentos, pela pressão crescente sobre os orçamentos públicos da saúde e pela necessidade de garantir inovação, acesso e sustentabilidade.

O presente artigo sustenta que os fundamentos materiais que de há décadas a esta parte justificaram a concessão de extensos direitos de propriedade industrial na indústria farmacêutica estão a sofrer alterações significativas. Se a IA reduz os custos e o tempo necessários para identificar moléculas viáveis e desenvolver novos medicamentos, importa questionar se se mantêm válidas as razões que justificam a atribuição de longos períodos de exclusividade através de patentes, certificados complementares de protecção (CCP) e regimes de protecção de dados.

Defende-se que a evolução tecnológica exige uma reavaliação dos mecanismos jurídicos de incentivo à inovação, procurando alcançar um equilíbrio mais adequado entre o retorno do investimento privado, o acesso dos doentes aos medicamentos e a sustentabilidade dos sistemas nacionais de saúde.

* Doutor em Direito pela Fac. de Direito da Universidade de Lisboa. Prof. Auxiliar Convocado da Universidade Católica Portuguesa, Fac. de Direito, Escola do Porto. Investigador Colaborador do CIDP - *Lisbon Public Law Resarch Centre*. Árbitro do CAAD. Advogado.

Palavras-Chave: inteligência artificial; propriedade industrial; medicamentos inovadores; patentes; certificados complementares de protecção; protecção de dados; sustentabilidade do SNS.

Abstract: The growing use of artificial intelligence (AI) and *machine learning* techniques in pharmaceutical research is transforming the process of discovering and developing innovative medicines. This technological transformation is taking place in a context marked by the continuous increase in medicine prices, growing pressure on public healthcare budgets, and the need to ensure innovation, access, and sustainability.

This article argues that the underlying economic and policy rationales that have historically justified the granting of extensive industrial property rights in the pharmaceutical industry are undergoing significant change. If AI reduces the costs and time required to identify viable molecules and develop new medicines, it is legitimate to question whether the reasons that justify granting lengthy periods of exclusivity through patents, supplementary protection certificates (SPCs), and regulatory data protection regimes remain valid.

It is submitted that technological progress requires a reassessment of the legal mechanisms designed to incentivise innovation, with a view to achieving a more appropriate balance between the return on private investment, patients' access to medicines, and the sustainability of national healthcare systems.

Keywords: artificial intelligence; industrial property; innovative medicines; patents; supplementary protection certificates (SPCs); data protection; sustainability of the National Health Service (NHS).

Sumário: 1. Introdução; 2. O fundamento económico dos mecanismos de incentivo à inovação farmacêutica; 3. A função dos

direitos de exclusivo e outros mecanismos de incentivo à inovação; 4. A IA e a transformação da investigação farmacêutica; 5. A redução dos custos e dos tempos de desenvolvimento; 5.1. Em teoria; 5.2. Dados empíricos preliminares; 6. O impacto sobre os CCP; 7. A revisão da legislação farmacêutica europeia; 8. Sustentabilidade do Serviço Nacional de Saúde; 8.1. Reduz a duração dos monopólios; 8.2. Acelera o desenvolvimento dos medicamentos genéricos e biossimilares; 8.2.1. Sustentabilidade financeira: redução da despesa pública com medicamentos; 8.2.2. Sustentabilidade distributiva: tratar mais doentes com os mesmos recursos; 8.2.3. Sustentabilidade intergeracional: preservar o SNS para o futuro; 8.3. Facilita a análise das patentes e contribui para reduzir a litigância; 9. Impacto sobre a inovação; 9.1. Redução do custo da inovação; 9.2. Libertação de recursos para financiar nova inovação; 9.3. Incentivo à genuína inovação; 9.4. Criação de novas oportunidades de investigação; 9.5. Foco na velocidade e na diversificação em detrimento dos exclusivos; 9.6. Transformação do sistema de patentes e CCP; 10. A quadratura do círculo; 11. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O aumento contínuo da despesa com medicamentos constitui hoje em dia um dos principais desafios financeiros enfrentados pelos sistemas e seguros públicos de saúde. Em Portugal, tal como em diversos outros Estados membros da União Europeia e do Espaço Económico Europeu (EEE), a despesa pública com medicamentos no âmbito do Serviço Nacional de Saúde (SNS) tem registado crescimentos significativos, em alguns anos, da ordem dos dois dígitos, impulsionados sobretudo pela introdução no mercado de medicamentos inovadores destinados ao tratamento de, por exemplo, doenças raras, oncológicas e genéticas¹.

¹ <https://www.infarmed.pt/documents/15786/12177214/maio/de36a544-7cb0-04a8->

Em numerosos casos, o preço de um único tratamento ultrapassa centenas de milhares de euros e, em determinadas terapias genéticas ou biológicas, pode mesmo superar um milhão de euros por doente². Esta realidade coloca aos poderes públicos uma questão difícil, que é a de saber como garantir o acesso universal à inovação terapêutica sem comprometer a sustentabilidade financeira dos sistemas e seguros de saúde, no caso português, a sustentabilidade do SNS³.

A resposta tradicional para a existência destes preços elevados assenta na necessidade de permitir a recuperação do investimento realizado pelas empresas farmacêuticas na investigação e desenvolvimento (I&D)⁴. Durante décadas, afirmou-se que o desenvolvimento de um novo medicamento implicava investimentos superiores a mil milhões de euros e períodos de investigação que podiam ultrapassar uma década⁵. Por isso, a par do sistema de patentes, que remonta ao século XIX e é transversal a todo o tipo de invenções, o ordenamento jurídico criou diversos mecanismos incentivo destinados a assegurar a recuperação

3997-ac5fb465f4bd?version=1.0 .

² Veja-se, a título de exemplo, o caso do *Zolgensma*, para a atrofia muscular espinhal, cujo preço chegou a rondar inicialmente os dois milhões de euros, como foi noticiado. Cfr. AQUILINO PAULO ANTUNES, “Avaliação de tecnologias de saúde, acesso e sustentabilidade: desafios jurídicos presentes e futuros”, in *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, LXIII, n.ºs 1 e 2, 2022, p. 224.

³ Para maiores desenvolvimentos, cfr. AQUILINO PAULO DA SILVA ANTUNES, *O Acesso a Medicamentos em Portugal: Uma Perspectiva Jurídico-Económica*, Lisboa, 2020, AAFDL, pp. 33-40; AQUILINO PAULO ANTUNES, *Breves Apontamentos sobre Direito Administrativo da Saúde e do Medicamento*, 2025, Lisboa, e-book, pp. 415-416, https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/fi-les/ebook_dir_adm_saude_e_medicamento_apo-maio2025.pdf.

⁴ AQUILINO PAULO DA SILVA ANTUNES, *O Acesso ...*, (cit.), pp. 546 e ss.

⁵ FERNANDO LAMATA, RAMÓN GÁLVEZ, PEDRO PITA BARROS e JAVIER SÁNCHEZ CARO, *Acesso aos Novos Medicamentos: o Exemplo da Hepatite C – Custos, Preços e Patentes*, 2015, *paper*, www.infarmed.pt, pp. 43-45; AQUILINO PAULO DA SILVA ANTUNES, *O Acesso ...*, (cit.), pp. 556; JOSEPH A. DiMASI *et al*, “Innovation in the pharmaceutical industry: New estimates of R&D costs”, in *Journal of Health Economics*, 47, 2016, p. 28; PEDRO PITA BARROS, *Economia da Saúde*, Coimbra, 2019, Almedina, pp. 381-384.

desses investimentos⁶.

Contudo, como teremos oportunidade de analisar de seguida, a rápida evolução da inteligência artificial (IA) veio alterar este paradigma⁷, em termos que poderão fundamentar a avaliação da necessidade, adequação e proporcionalidade das medidas em vigor.

O potencial transformador da inteligência artificial é reconhecido pelas principais autoridades reguladoras internacionais. Em Janeiro de 2026, a Agência Europeia de Medicamentos (EMA) e a *Food and Drug Administration* (FDA) publicaram conjuntamente dez princípios orientadores para a utilização da IA ao longo do ciclo de vida dos medicamentos, reconhecendo de modo expresse a sua capacidade para acelerar o desenvolvimento de novos medicamentos, melhorar a produção de evidência científica e reduzir o tempo necessário para disponibilizar novas terapêuticas aos doentes⁸.

Todavia, apesar deste reconhecimento institucional, permanece ausente do debate regulatório a questão de saber se estas transformações justificam uma reavaliação dos actuais períodos de exclusividade associados às patentes, aos certificados complementares de protecção (CCP) e aos prazos de protecção de dados.

⁶ AQUILINO PAULO ANTUNES, “Avaliação ...”, (*cit.*), pp. 218 e ss; AQUILINO PAULO ANTUNES, “Mecanismos de incentivo à investigação e desenvolvimento de medicamento: existe alternativa?”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2023, Vol. 64, pp. 300 e ss.

⁷ NATIONAL ACADEMIES OF SCIENCES, ENGINEERING, AND MEDICINE, *Artificial Intelligence and Machine Learning to Accelerate Translational Research: Proceedings of a Workshop in Brief*, 2018, Washington, DC, The National Academies Press, <https://doi.org/10.17226/25197>, pp. 2-4; NATIONAL ACADEMIES OF SCIENCES, ENGINEERING, AND MEDICINE, *Artificial Intelligence in Health Care: The Hope, the Hype, the Promise, the Peril*, 2019, Washington, DC, The National Academies Press, <https://doi.org/10.17226/27111>, pp. 85-87; NATIONAL ACADEMIES OF SCIENCES, ENGINEERING, AND MEDICINE, *AI for Scientific Discovery: Proceedings of a Workshop*, 2024, Washington, DC, The National Academies Press, <https://doi.org/10.17226/27457>, p. 19, dando nota de algumas dificuldades;

⁸ <https://www.ema.europa.eu/en/news/ema-fda-set-common-principles-ai-medicine-development-0>.

Com efeito, a crescente relevância da inteligência artificial para o sector farmacêutico vinha já sendo assinalada por diversas iniciativas regulatórias. Desde logo, pela publicação, pela EMA, do *Reflection Paper on the Use of Artificial Intelligence (AI) in the Medicinal Product Lifecycle*, que reconhece a utilização da IA em todas as fases do ciclo de vida dos medicamentos, incluindo a descoberta de novas moléculas, o desenvolvimento não clínico, os ensaios clínicos, a fabricação e a farmacovigilância⁹. Por outro lado, a FDA publicou, em 2025, orientações específicas relativas à utilização da IA para apoiar decisões regulatórias sobre medicamentos¹⁰. Acresce que a própria patenteabilidade de métodos informáticos utilizados na identificação ou selecção de moléculas candidatas a medicamento tem sido objecto de análise por parte das autoridades e *fora* competentes¹¹. A própria associação da indústria farmacêutica europeia reconhece a utilização da IA na fase de identificação de moléculas e na fase pré-clínica¹².

Todavia, quer as orientações da FDA, quer a reflexão desenvolvida pela EMA, centram-se, no essencial, na credibilidade, validação, transparência e governação dos modelos de IA utilizados ao longo do ciclo de vida dos medicamentos. Do mesmo modo, as decisões sobre patenteabilidade limitam-se a apreciar a admissibilidade da protecção jurídica destas soluções técnicas. Nenhuma destas iniciativas aborda a questão que aqui se suscita: saber se a redução dos custos, dos riscos e dos tempos de desenvolvimento proporcionada pela IA deve reflectir-se numa reavaliação dos mecanismos jurídicos de incentivo à

⁹ EUROPEAN MEDICINES AGENCY, *Reflection Paper on the Use of Artificial Intelligence (AI) in the Medicinal Product Lifecycle*, EMA/CHMP/CVMP/83833/2023, adopted by CHMP on 9 September 2024 and by CVMP on 11 September 2024, <https://www.ema.europa.eu/system/files/documents/scientific-guideline/reflection-paper-use-artificial-intelligence-ai-medicinal-product-lifecycle-en.pdf>

¹⁰ <https://www.fda.gov/media/184830/download>.

¹¹ <https://www.ipo.gov.uk/p-challenge-decision-results/o16307.pdf>; <https://www.epo.org/en/boards-of-appeal/decisions/t162677eu1>.

¹² <https://www.efpia.eu/about-medicines/development-of-medicines/>

inovação, como é o caso das patentes, dos CCP e dos prazos de protecção de dados.

O reconhecimento institucional do potencial transformador da inteligência artificial é também visível fora do contexto estritamente farmacêutico. O *AI Opportunities Action Plan*, adoptado pelo Governo britânico em 2025¹³, apresenta a IA como um instrumento fundamental de crescimento económico, aumento da produtividade e aceleração da inovação. Todavia, apesar de enfatizar os ganhos de eficiência proporcionados por estas tecnologias, o debate sobre as implicações da IA para os mecanismos jurídicos de incentivo à inovação permanece incipiente. Se a inteligência artificial reduz os custos, os riscos e os tempos associados ao desenvolvimento de novos medicamentos, importa questionar se direitos de exclusivo concebidos para uma realidade tecnológica distinta continuam a satisfazer as exigências de proporcionalidade económica que justificaram a sua criação.

A IA está a transformar os métodos tradicionais de identificação, concepção e optimização de candidatos a medicamento, permitindo explorar espaços químicos e biológicos de uma dimensão até há pouco inacessível. Esta evolução sugere que os processos de inovação farmacêutica poderão tornar-se cada vez mais eficientes, contribuindo para a redução dos custos, dos riscos e dos tempos de desenvolvimento¹⁴.

A emergência da inteligência artificial na descoberta de medicamentos tem sido caracterizada pela doutrina recente como uma verdadeira mudança de paradigma na investigação farmacêutica, com aplicações que se estendem desde o desenho de novas moléculas e a previsão da sua actividade biológica até à optimização dos processos de síntese e reposicionamento de

¹³ <https://www.gov.uk/government/publications/ai-opportunities-action-plan/ai-opportunities-action-plan>.

¹⁴ GISBERT SCHNEIDER, “An insight into artificial intelligence in drug discovery: an interview with Professor Gisbert Schneider”, in *Expert Opinion On Drug Discovery*, 2021, VOL. 16, NO. 9, pp. 933-935, <https://doi.org/10.1080/17460441.2021.1976007>

medicamentos¹⁵.

2. O FUNDAMENTO ECONÓMICO DOS MECANISMOS DE INCENTIVO À INOVAÇÃO FARMACÊUTICA

A indústria farmacêutica constitui um dos exemplos clássicos da justificação económica dos direitos de propriedade industrial, entre outros mecanismos protecção da informação resultante de I&D e de incentivo à inovação farmacêutica¹⁶, por duas ordens de razões essenciais.

Por um lado, o processo de investigação e desenvolvimento de um medicamento caracteriza-se por elevados custos iniciais, forte incerteza e reduzida probabilidade de sucesso. Tem sido referido que, por cada dez milhares de moléculas analisadas, apenas uma reduzida chega ao mercado sob a forma de medicamento¹⁷.

Por outro lado, as crescentes necessidades de saúde das populações, motivadas, entre outros aspectos, pelo aumento da população mundial em certas regiões e pelo envelhecimento noutras, bem como a rápida propagação de doenças associada à globalização, exigem melhores e mais eficazes medicamentos, que possam aumentar a qualidade e a esperança de vida. A globalização tem tido outros efeitos, tais como a deslocalização das indústrias, como a farmacêutica, do território da União Europeia e do EEE para outras regiões, reduzindo o produto interno bruto daquele e aumentando dificuldades para as populações dependentes dos empregos que aquelas propiciavam. Esta preocupação de fixação da indústria farmacêutica no território da União

¹⁵ M. K. G. ABBAS, ABRAR RASSAM, FATIMA KARAMSHAHI, REHAB ABUNORA & MAHA ABOUSEADA, “The Role of AI in Drug Discovery”, in *ChemBioChem*, pp. 1-21, doi.org/10.1002/cbic.202300816.

¹⁶ FERNANDO ARAÚJO, *A Tragédia dos Baldios e dos Anti-Baldios: O Problema Económico do Nível Ótimo de Apropriação*, Coimbra, 2008, Almedina, pp. 30-32, 61 e ss, 111 e ss, 149 e ss, 184 e ss, 191 e ss; AQUILINO PAULO DA SILVA ANTUNES, *O Acesso ...*, (cit.), pp. 199-201.

¹⁷ <https://www.efpia.eu/about-medicines/development-of-medicines/>.

e do EEE está bem patente no preâmbulo do Regulamento (CE) n.º 469/2009, referente ao certificado complementar de protecção.

Perante esta realidade, o legislador europeu e internacional construiu ao longo de décadas um sistema assente em diversos mecanismos de incentivo, mais gerais ou mais dirigidos, à inovação farmacêutica¹⁸: patentes de invenção; certificados complementares de protecção (CCP); prazos de protecção de dados, os quais incluem os prazos de exclusividade de mercado; regimes mais favoráveis aplicáveis a medicamentos órfãos e a medicamentos para uma indicação pediátrica; benefícios fiscais; financiamento público à aquisição de medicamentos, entre outros mecanismos de incentivo aplicáveis à inovação farmacêutica.

Todos estes instrumentos assentam na mesma lógica económica: sem a perspectiva de uma exploração exclusiva temporária, os investidores não estariam dispostos a suportar os elevados riscos inerentes à investigação farmacêutica.

A patente confere, em regra, um monopólio de exploração do invento patenteado durante vinte anos contados da data do pedido. Os CCP permitem estender essa protecção por um período que não poderá exceder cinco anos¹⁹, compensando parte do tempo perdido nos procedimentos de autorização administrativa, de modo a que o titular da autorização de introdução no mercado do medicamento possa beneficiar de um máximo de 15 anos de exploração exclusiva. Paralelamente, os prazos de protecção de dados, cuja contagem é independente da contagem da duração da patente e do CCP, impedem os concorrentes de solicitar à autoridade administrativa competente que utilize os

¹⁸ ANA SANTOS RUTSCHMAN, “Intellectual Property as a Determinant of Health”, *Saint Louis University School of Law, Legal Studies Research Paper Series*, No. 2021-30, pp. 48-49; AQUILINO PAULO ANTUNES, “Mecanismos ...”, (*cit.*), pp. 300 e ss.

¹⁹ No caso dos medicamentos para uma indicação pediátrica, este período é superior. AQUILINO PAULO DA SILVA ANTUNES, *O Acesso ...*, (*cit.*), pp. 50-51; 198; 220-221-571-573.

resultados dos ensaios clínicos e pré-clínicos realizados pelo titular durante determinados períodos legalmente definidos, para efeito de obtenção de da autorização de introdução no mercado de medicamento genérico.

A justificação destas protecções reside, como se referiu, no facto de, regra geral, o desenvolvimento de medicamentos ser moroso, caro e arriscado e na necessidade de criar condições para que continue a haver inovação farmacêutica, como meio de continuar a melhorar a saúde e a qualidade de vida das populações²⁰.

3. A FUNÇÃO DOS DIREITOS DE EXCLUSIVO E OUTROS MECANISMOS DE INCENTIVO À INOVAÇÃO

Os direitos de propriedade industrial, tal como os demais mecanismos de incentivo à inovação farmacêutica a que aludimos *supra*, não constituem um fim em si mesmos. O seu objectivo consiste também em alcançar um equilíbrio entre dois interesses contraditórios: por um lado incentivar a inovação; por outro lado garantir a concorrência futura, em termos tais que o medicamento genérico possa aceder ao mercado no dia seguinte àquele em que expirem os direitos de propriedade industrial conferidos pela patente ou pelo CCP, consoante aplicável.

Durante o período de protecção, a empresa inovadora beneficia de uma posição monopolística ou quase monopolística que lhe permite praticar preços superiores aos que resultariam de um mercado concorrencial²¹ e que podem conduzir a perdas

²⁰ AQUILINO PAULO DA SILVA ANTUNES, *O Acesso ...*, (cit.), pp. 60 e ss.

²¹ Quase monopolística, ou *mitigadamente monopolística*, porque, pelo menos em Portugal, vigoram controlos de preços e mecanismos de autorização do financiamento público na aquisição de medicamentos. AQUILINO PAULO DA SILVA ANTUNES, *O Acesso ...*, (cit.), pp. 142; ADAM GAILEY, DARIUS LAKDAWALLA E NEERAJ SOOD, "Patents, Innovation, and the Welfare Effects of Medicare Part D", in *Pharmaceutical Markets and Insurance Worldwide*, AVI DOR (ed.), 2010, Bingley, UK, Emerald Group Publishing Limited, pp. 125 e ss, concluem que um sistema público de financiamento da aquisição de medicamentos pode reduzir a perda absoluta de bem-estar decorrente

absolutas de bem-estar.

Após o termo desses direitos, porém, os medicamentos genéricos autorizados podem entrar no mercado, provocando uma redução dos preços, por força dos mecanismos de fixação de preços e pela sujeição ao Sistema de Preços de Referência e, deste modo, permitindo o acesso pelas pessoas a medicamentos a custos comportáveis²².

Os direitos de exclusivo proporcionados pelas patentes e pelos CCP e os prazos de protecção de dados, atento o seu carácter temporário, permitem, como se referiu, estabelecer um equilíbrio entre inovação e concorrência, mas a legitimidade material desses direitos de exclusivo depende da proporcionalidade entre o investimento realizado e o benefício jurídico concedido.

Quanto maiores forem os custos e os riscos da investigação, mais se justifica a atribuição de direitos de exclusivo extensos. Pelo contrário, se os custos e os riscos diminuïrem, a manutenção dos mesmos períodos de protecção terá menor justificação. Afigura-se-nos ser esta a situação decorrente da crescente utilização da IA no desenvolvimento de novos medicamentos.

4. A IA E A TRANSFORMAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO FARMACÊUTICA

A utilização da IA na descoberta de medicamentos representa uma das inovações mais significativas da história recente da indústria farmacêutica.

Na actualidade e dependendo da maior ou menor imaginação e ambição das empresas, algoritmos avançados são capazes de realizar operações como as seguintes (i) triagem virtual - avalia milhares de milhões de moléculas num tempo recorde, identificando compostos com alta probabilidade de se ligarem a

dos preços de monopólio e aumentar o incentivo à inovação.

²² PEDRO PITA BARROS, *Economia...*, (cit.), pp. 402-403, avançando como uma das justificações a equidade no acesso; AQUILINO PAULO DA SILVA ANTUNES, *O Acesso ...*, (cit.), pp. 44 e ss; *passim*.

alvos terapêuticos específicos; (ii) previsão de propriedades – antecipa os parâmetros da Absorção, Distribuição, Metabolismo, Excreção e Toxicidade (ADMET)²³ de uma molécula antes de qualquer teste físico, cedo eliminando compostos inviáveis; (iii) geração de novas moléculas: Algoritmos de aprendizagem profunda (como modelos generativos) conseguem “desenhar” estruturas moleculares inéditas de raiz para atingir alvos difíceis; (iv) otimização de compostos – melhora a eficácia e reduz os efeitos secundários de moléculas já existentes através da alteração estrutural orientada; (v) redução de custos – minimiza a necessidade de ensaios laboratoriais dispendiosos e falhas clínicas tardias.

Organizações internacionais como a OMS²⁴, a OMPI²⁵ e a Comissão Europeia²⁶ têm destacado o potencial transformador da IA na inovação em saúde e na redução dos custos associados ao desenvolvimento de novos medicamentos e à realização de ensaios clínicos, embora também alertem as para alguns riscos que a IA poderá acarretar, se não for usada com precauções adequadas.

A experiência adquirida durante a pandemia de COVID-19 evidenciou esta realidade²⁷. Ferramentas computacionais avançadas permitiram acelerar processos de investigação

²³ LONGFEI GUAN, HONGBIN YANG, YINGCHUN CAI, LIXIA SUN, PEIWEN DI, WEIHUA LI, GUIXIA LIU & YUN TANG, “ADMET-score – a comprehensive scoring function for evaluation of chemical drug-likeness”, *Med. Chem. Commun.* 2019, 10 (1), <https://doi.org/10.1039/c8md00472b>, pp. 148–157.

²⁴ OMS, *Ethics and governance of artificial intelligence for health: WHO guidance*, ISBN 978-92-4-002920-0 (electronic version), <https://iris.who.int/server/api/core/bitstreams/f780d926-4ae3-42ce-a6d6-e898a5562621/content#page=26.06>, pp. 11 e 54.

²⁵ PRATAP KHEDKAR & DHARMENDRA SAHAY, “Trends in Healthcare and Medical Innovation”, in *Global Innovation Index 2019*, Chapter 3, https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_gii_2019-chapter3.pdf, pp. 87-93.

²⁶ https://health.ec.europa.eu/chealth-digital-health-and-care/artificial-intelligence-healthcare_pt

²⁷ AQUILINO PAULO ANTUNES, “Algumas Lições a Retirar da Pandemia por Covid-19 para a Área do Medicamento”, in *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, 2022, n.º 4, pp. 149-150.

que antes exigiam anos de trabalho humano especializado.

Tarefas de há muito executadas por equipas multidisciplinares de médicos, farmacêuticos, biólogos e químicos podem agora ser realizadas, ao menos em parte, por sistemas computacionais em períodos muito mais reduzidos.

De acordo com recente estudo da PricewaterhouseCoopers, a indústria farmacêutica tem vindo a estabelecer um número crescente de parcerias com empresas especializadas em IA para a identificação de moléculas candidatas a medicamentos e para a optimização dos processos de investigação e desenvolvimento²⁸. Segundo aquele estudo, o principal objectivo destas parcerias consiste na redução dos custos, do tempo de desenvolvimento e das taxas de insucesso associadas à inovação farmacêutica.

A utilização da IA não se tem cingido à descoberta de pequenas moléculas de síntese química, mas também de grandes moléculas para medicamentos biológicos. Entre exemplos recentes destacam-se a colaboração entre a *Novartis* e a *Generate:Biomedicines* para a descoberta de medicamentos biológicos baseada em modelos generativos, bem como os acordos celebrados pela *Eli Lilly* com a *Genetic Leap* para o desenvolvimento de terapêuticas dirigidas ao RNA e com a *OpenAI* para a descoberta de novos antimicrobianos destinados ao combate à resistência bacteriana²⁹. Estes exemplos evidenciam a

²⁸ PWC SWITZERLAND, *M&A Trends in AI for Drug Discovery: What Pharma Companies Need to Consider on Their Journey to Optimise Drug Development* (2023), https://www.pwc.ch/en/publications/2023/m-and-a-trends-in-AI_EN_web.pdf, pp. 5-15.

²⁹ GENERATE:BIOMEDICINES today announced a multi-target collaboration with Novartis to discover and develop protein therapeutics across multiple disease areas, 5 September 2024 <https://generatebiomedicines.com/news-releases/generatebiomedicines-announces-multi-target-collaboration-with-novartis/>; ELI LILLY AND COMPANY, *Lilly collaborates with OpenAI to discover novel medicines to treat drug-resistant bacteria*, 25 June 2024, <https://investor.lilly.com/news-releases/news-release-details/lilly-collaborates-openai-discover-novel-medicines-treat-drug> ; GENETIC LEAP AND LILLY Enter Collaboration to Accelerate Genetic Medicine Development with AI, 5 September 2024, <https://www.prnewswire.com/news-releases/genetic-leap-and->

expectativa da indústria de que a IA permita reduzir os tempos, os custos e as taxas de insucesso associados ao processo de investigação e desenvolvimento farmacêutico.

Há ainda que atentar na mais recente evolução da IA da mera análise de dados para a criação autónoma de novas soluções químicas. Como salientam GANGWAL e LAVECCHIA, a IA generativa permite conceber e otimizar candidatos a medicamento, porque amplia a capacidade de inovação da investigação farmacêutica através da produção computacional de novas estruturas moleculares³⁰. Esta evolução sugere que a IA não apenas acelera a descoberta de medicamentos, mas pode também alterar os pressupostos económicos associados ao próprio processo inventivo. A IA deixa assim de actuar apenas como instrumento de apoio à investigação, passando a desempenhar um papel directo na geração de soluções inovadoras³¹.

Não se trata apenas de uma melhoria incremental, mas de uma verdadeira alteração estrutural do próprio modelo de investigação, cujo impacto não pode ser ignorado nem subestimado.

Acrescente-se que a recente aprovação e aplicação a partir de 2 de Agosto de 2026 do Regulamento Europeu da Inteligência Artificial [Regulamento (UE) 2024/1689] não altera a questão aqui discutida, pois o n.º 6 do artigo 2.º desse diploma exclui do seu âmbito de aplicação os sistemas de IA e modelos de IA especificamente desenvolvidos e colocados em serviço exclusivamente para fins de investigação e desenvolvimento científicos. Deste modo, sempre que a utilização da IA na descoberta e optimização de medicamentos ocorra predominantemente em

[lilly-enter-collaboration-to-accelerate-genetic-medicine-development-with-ai-302239471.html](https://www.lilly.com/press-releases/202239471.html) .

³⁰ AMIT GANGWAL & ANTONIO LAVECCHIA, “Unleashing the power of generative AI in drug discovery”, in *Drug Discovery Today*, Volume 29, Issue 6, 2024, 103992, ISSN 1359-6446, <https://doi.org/10.1016/j.drudis.2024.103992> .

³¹ UDDALAK DAS, “Generative AI for drug discovery and protein design: the next frontier in AI-driven molecular science”, in *Medicine in Drug Discovery*, Volume 27, September 2025, p. 100213.

contexto de investigação científica, os custos de conformidade associados ao mesmo Regulamento não poderão ser invocados para neutralizar os ganhos de eficiência que estas tecnologias tendem a proporcionar.

De resto, as opções legislativas da União Europeia são de difícil conciliação, pois enquanto o citado Regulamento assume que a investigação científica baseada em IA deve beneficiar de um quadro regulatório *soft*, os mecanismos de incentivo à investigação farmacêutica continuam assentes em pressupostos económicos associados a processos de investigação mais lentos, mais onerosos e tecnologicamente menos eficientes. A ser assim, a paulatina alteração desses pressupostos pela IA, torna legítima a questão de saber se a intensidade dos incentivos jurídicos à inovação deve permanecer inalterada, ou se, pelo contrário, deverá ser proporcionalmente revista.

5. A REDUÇÃO DOS CUSTOS E DOS TEMPOS DE DESENVOLVIMENTO

A utilização da IA no sector farmacêutico, entre outros aspectos, para a identificação de novas moléculas viáveis como medicamento, conduz à questão central que nos move neste trabalho, que consiste em determinar se a utilização da IA produz efeitos relevantes a ponto de justificarem uma revisão dos actuais mecanismos de incentivo.

Vejamos de seguida o enquadramento teórico e os dados empíricos preliminares sobre as potencialidades da IA neste domínio.

5.1. EM TEORIA

Conforme assinala uma revisão sistemática recente da literatura, a descoberta tradicional de medicamentos continua a caracterizar-se por custos elevados, longos períodos de

desenvolvimento e reduzidas taxas de sucesso, podendo o processo ultrapassar uma década e implicar investimentos superiores a dois mil milhões de dólares³². Os autores concluem que a utilização da inteligência artificial e do *machine learning* tem potencial para reduzir custos, acelerar a identificação de moléculas candidatas, otimizar a selecção de alvos terapêuticos e aumentar a eficiência global do processo de investigação e desenvolvimento farmacêutico.

Embora os ensaios clínicos continuem a representar uma parcela substancial dos custos de desenvolvimento³³, a fase inicial de descoberta e selecção de moléculas constitui uma componente importante do investimento total e onde os riscos identificados, por exemplo, para a fase dos ensaios clínico, não são evidentes.

Se algoritmos capazes de processar milhões de combinações moleculares reduzem o número de experiências laboratoriais necessárias; o tempo de investigação; os custos com recursos humanos especializados; e as taxas de insucesso, é legítimo, pelo menos, interrogarmo-nos sobre se continuam a verificar-se os pressupostos económicos que justificaram os actuais períodos de duração dos direitos de exclusivo.

Por outras palavras, se a inovação se torna mais rápida e menos onerosa, o retorno do investimento pode ser alcançado em condições diferentes das que existiam há vinte ou trinta anos e, naturalmente, mais favoráveis às empresas farmacêuticas. Por este motivo, parece lógico que os actuais mecanismos de incentivo à inovação farmacêutica carecem de revisão.

³² FABIO J. N. FERREIRA & AGNALDO S. CARNEIRO, “AI-Driven Drug Discovery: A Comprehensive Review”, *ACS Omega*, 2025, 10, pp. 23889–23903.

³³ Em cuja realização a IA também poderá dar um contributo importante, embora com riscos: PRATAP KHEDKAR AND DHARMENDRA SAHAY, “Trends In Healthcare And Medical Innovation”, in *Global Innovation Index 2019*, Chapter 3, https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_gii_2019-chapter3.pdf, p. 90; OMS, *Ethics and governance of artificial intelligence for health: WHO guidance*, ISBN 978-92-4-002920-0 (electronic version), <https://iris.who.int/server/api/core/bitstreams/f780d926-4ae3-42ce-a6d6-e898a5562621/content#page=26.06>, pp. 106-110.

Além de lógico, trata-se de uma imposição do princípio do Estado de Direito, do qual se depreende o princípio da proporcionalidade³⁴. Com efeito, este princípio, que também dá corpo ao Direito da União Europeia, pressupõe que as políticas públicas sejam necessárias, adequadas e não excessivas.

Ora, os direitos de exclusivo, embora sejam positivos para os seus titulares, encerram uma vertente negativa para a restante sociedade, na medida em que restringem a liberdade e a concorrência dos demais cidadãos e empresas. Por este motivo, as políticas públicas que decidem a concessão desses direitos devem ser necessárias, adequadas e não excessivas.

Decorre do que vimos dizendo que a IA vem colocar a questão de saber se essas políticas atributivas dos mencionados direitos de exclusivo ainda serão necessárias, adequadas e não excessivas ou se, pelo contrário, neste momento já não serão tão necessárias nem tão adequadas e se violarão o princípio da proibição do excesso.

5.2. DADOS EMPÍRICOS PRELIMINARES

O carácter recente do fenómeno e alguma falta de informação disponível ainda não permite reunir um conjunto de dados com a robustez desejável.

Em todo o caso, os primeiros exemplos de medicamentos desenvolvidos com recurso intensivo a plataformas de IA sugerem que os ganhos de eficiência podem ser substanciais. O

³⁴ J. J. GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada: Artigos 1.º a 107.º*, Volume I, 4.ª Edição Revista, 2007, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 379-396; JORGE MIRANDA E RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Introdução Geral, Preâmbulo, artigos 1.º a 79.º, 2.ª Edição, 2010, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 301-404; PEDRO MACHETE & TERESA VIOLANTE, *O Princípio da Proporcionalidade e da Razoabilidade na Jurisprudência Constitucional, também em relação com a Jurisprudência dos Tribunais Europeus*, XV Conf. Trilateral dos Tribunais Constitucionais de Espanha, Itália e Portugal, 2013, pp. 3 e ss, https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/content/files/conferencias/ctri20131024/ctri20131024_relatorio_pt_vf.pdf.

candidato DSP-1181, desenvolvido pela *Exscientia* em colaboração com a *Sumitomo Dainippon Pharma*, atingiu a fase clínica após um processo de descoberta inferior a doze meses, contrastando com os quatro a seis anos habitualmente referidos para programas convencionais³⁵. De forma semelhante, o candidato INS018_055 (*rentosertib*), desenvolvido pela *Insilico Medicine*, passou da descoberta do alvo terapêutico à fase I em menos de trinta meses³⁶. Estes resultados parecem indicar que a principal contribuição da IA consiste na compressão da fase de descoberta e optimização pré-clínica. Esta fase é aquela em que se alicerçaram alguns dos fundamentos económicos justificativos de mecanismos de incentivo como os CCP.

6. O IMPACTO SOBRE OS CCP

Esta questão da utilização da IA na descoberta de novos fármacos assume especial relevância quanto aos CCP. Estes foram criados para compensar o tempo consumido pelos procedimentos de desenvolvimento e autorização administrativa de medicamentos³⁷.

O raciocínio subjacente era simples no momento da sua criação: embora a patente tenha a duração formal de vinte anos, uma parte significativa desse período é consumida antes de o medicamento poder ser comercializado. Por esta razão, a duração efectiva do direito de exclusivo seria insuficiente para garantir um retorno adequado do investimento³⁸.

Daí a necessidade de atribuição de um período de tempo destinado a compensar, ao menos em parte, esse tempo consumido.

Todavia, se as novas tecnologias reduzem o período que

³⁵ <https://www.sumitomo-pharma.com/news/20200130.html>; T. BURKI, “A new paradigm for drug development”, in *The Lancet Digital Health*, 2, e226-e227.

³⁶ https://insilico.com/blog/first_phase2.

³⁷ AQUILINO PAULO DA SILVA ANTUNES, *O Acesso ...*, (cit.), pp. 551-555.

³⁸ Nota anterior.

antecede a introdução do medicamento no mercado, a justificação original para a atribuição dos CCP, assente no lapso temporal decorrido desde o pedido da patente até ao início da comercialização, torna-se menos evidente, porque, pelas razões já aduzidas, este período passa a ser menor³⁹.

A manutenção automática de uma extensão que poderá ir até cinco anos⁴⁰ pode deixar de corresponder às condições económicas que deram origem ao instituto do CCP.

7. A REVISÃO DA LEGISLAÇÃO FARMACÊUTICA EUROPEIA

A recente revisão da legislação farmacêutica da União Europeia procurou introduzir alguns ajustamentos nos prazos de protecção de dados, no sentido da sua redução.

A este propósito, importa recordar que a proposta inicial apresentada pela Comissão Europeia em Abril de 2023 previa uma redução dos períodos-base de protecção de dados, combinada com mecanismos de incentivo destinados a promover o lançamento de medicamentos em todos os Estados membros e a investigação em áreas de necessidades médicas não satisfeitas⁴¹.

Contudo, o resultado final do processo legislativo revelou-se mais conservador, resultando, *grosso modo*, em algo a menos de meio caminho entre o que ainda existe e o que foi proposto em 2023⁴². De salientar que os períodos de protecção de

³⁹ AQUILINO PAULO ANTUNES, “Algumas ...”, (*cit.*), pp. 150-152

⁴⁰ No caso dos medicamentos para uma indicação pediátrica, a duração é superior. AQUILINO PAULO DA SILVA ANTUNES, *O Acesso ...*, (*cit.*), pp. 50-51; 198; 220-221-571-573.

⁴¹ Artigos 80.º a 86.º da Proposta de Directiva disponibilizada em https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:bfc9e00-e437-11ed-a05c-01aa75ed71a1.0005.02/DOC_1&format=PDF, e artigos 40.º a 43.º e 72.º da Proposta de Regulamento disponibilizada em https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e3f40e76-e437-11ed-a05c-01aa75ed71a1.0016.02/DOC_1&format=PDF.

⁴² Artigos 80.º a 86.º da Proposta de Directiva, disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C_202501328, e artigos 40.º a 43.º e 72.º da Proposta de Regulamento, disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C_202501328.

dados vigentes na União Europeia são superiores aos praticados, por exemplo, nos Estados Unidos da América⁴³. Os mesmos prazos, que, até 2004, eram de seis anos, passaram nesse ano para um mínimo de 8 anos para utilização dos dados e 10 anos para início da comercialização, pelo medicamento genérico⁴⁴. Agora tais prazos sofrerão uma pequena redução que, em alguns casos, não ultrapassa seis meses, como sucede com a redução do prazo regra de oito para sete anos e meio⁴⁵.

Quer isto dizer que o compromisso alcançado no processo de revisão da legislação farmacêutica europeia iniciado em 2023, cuja publicação da versão final dos diplomas se aguarda, procurou preservar elevados níveis de protecção para a indústria farmacêutica, reflectindo as preocupações relacionadas com a competitividade europeia e a necessidade de continuar a atrair investimento em investigação⁴⁶.

Pode sustentar-se, todavia, que essa revisão não reflectiu, de todo, o impacto transformador da IA ou, pelo menos, não o reflectiu em toda a sua extensão.

8. SUSTENTABILIDADE DO SERVIÇO NACIONAL DE SAÚDE

A discussão que procuramos fazer neste trabalho não é apenas jurídica, mas também de sustentabilidade financeira, em particular do SNS. Já defendemos noutro lugar que o direito à saúde consagrado no artigo 64.º da Constituição da República Portuguesa pressupõe a sustentabilidade do SNS, como

content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C_202501329, embora nesta proposta se tenha procurado de algum modo reduzir um pouco a duração dos vales transferíveis. Em todo o caso, os diplomas ainda não se encontram publicados, pelo que só com a efectiva publicação poderá constatar-se a redacção final dos mesmos.

⁴³ Embora haja excepções, de maior e menor duração, a regra é a de cinco anos de prazo de protecção de dados, nos termos da *Hatch-Waxman Act*.

⁴⁴ AQUILINO PAULO DA SILVA ANTUNES, *O Acesso ...*, (cit.), pp. 215 e ss.

⁴⁵ Nota 42.

⁴⁶ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_25_3015.

condição para o mesmo poder continuar a ser assegurado pelo Estado⁴⁷.

Os sistemas públicos de saúde enfrentam recursos limitados e necessidades crescentes. Cada euro adicional gasto na aquisição de medicamentos inovadores deixa de poder ser utilizado noutras áreas da prestação de cuidados de saúde. Nos últimos anos, o orçamento do SNS quase duplicou, em grande medida por efeito do aumento da despesa com medicamentos.

Quanto mais prolongada for a duração dos direitos de exclusivo dos medicamentos inovadores, mais tarde ocorrerá a entrada no mercado dos medicamentos genéricos e biossimilares no mercado⁴⁸.

Ora, é a concorrência introduzida pela entrada no mercado dos medicamentos genéricos ou biossimilares que conduz às maiores reduções de preço verificadas após o termo da protecção⁴⁹.

A aceleração dessa transição poderia libertar recursos significativos para o financiamento de novos tratamentos e para a melhoria global da prestação de cuidados de saúde.

A IA pode acelerar a entrada de medicamentos genéricos ou biossimilares no mercado de forma directa e indirecta, em várias vertentes, como veremos de seguida.

8.1. REDUZ A DURAÇÃO DOS MONOPÓLIOS

Os CCP e os prazos de protecção de dados foram, como referimos, criados para compensar o tempo perdido durante a investigação, desenvolvimento e obtenção da autorização de introdução no mercado (AIM).

Se a IA permitir identificar moléculas viáveis em semanas em vez de anos; reduzir o número de experiências

⁴⁷ AQUILINO PAULO DA SILVA ANTUNES, *O Acesso ...*, (cit.), pp. 33-40; AQUILINO PAULO ANTUNES, *Breves ...*, (cit.), pp. 415-416.

⁴⁸ AQUILINO PAULO DA SILVA ANTUNES, *O Acesso ...*, (cit.), pp. 50 e ss.

⁴⁹ AQUILINO PAULO DA SILVA ANTUNES, *O Acesso ...*, (cit.), pp. 226 e ss.

laboratoriais necessárias; diminuir a taxa de insucesso dos projectos; e acelerar a selecção de candidatos para ensaios clínicos, o período que decorre entre a descoberta da invenção e a comercialização do medicamento tenderá a encurtar-se.

Nesse cenário, deixa de ser tão necessário compensar a indústria com períodos adicionais de exclusividade. Por este motivo, os CCP poderiam ter uma duração mais curta; os períodos de protecção de dados poderiam ser reduzidos; e os medicamentos genéricos ou biossimilares poderiam entrar mais cedo no mercado.

Deste modo, seriam reduzidos os períodos em que as companhias farmacêuticas titulares dos referidos direitos de exclusivo poderiam praticar os seus preços de monopólio ou quase monopólio.

Esta é uma possível articulação virtuosa entre IA, propriedade industrial e sustentabilidade do SNS, que até ao momento não tem sido explorada, mas que deveria sê-lo, até por imposição constitucional, seja por via do princípio da proporcionalidade seja pela imposição da sustentabilidade do SNS, como condição da sua manutenção em funcionamento.

8.2. ACELERA O DESENVOLVIMENTO DOS MEDICAMENTOS GENÉRICOS E BIOSSIMILARES

Os produtores de medicamentos genéricos ou biossimilares, para poderem preparar o produto e entrar com ele no mercado, necessitam, por exemplo, de desenvolver formulações equivalentes do medicamento; realizar estudos de bioequivalência para demonstrar a biodisponibilidade; otimizar processos produtivos; garantir a estabilidade e a qualidade do produto; e produzir lotes à escala industrial para colocação no mercado.

As ferramentas de IA podem reduzir o tempo e o custo destas actividades, proporcionando melhores condições para que as empresas possam estar prontas a lançar o medicamento no

mercado logo após o termo dos direitos de exclusivo.

Na prática, a diferença temporal entre a caducidade da patente e a efectiva entrada do genérico ou do biossimilar no mercado pode diminuir.

A aceleração da entrada de medicamentos genéricos ou biossimilares no mercado, além de beneficiar os cidadãos (doentes e contribuintes) contribui para a sustentabilidade do SNS em três dimensões fundamentais: financeira, distributiva e intergeracional.

8.2.1. SUSTENTABILIDADE FINANCEIRA: REDUÇÃO DA DESPESA PÚBLICA COM MEDICAMENTOS

A principal consequência da entrada de medicamentos genéricos ou biossimilares no mercado consiste, como referimos, na redução dos preços dos medicamentos.

Enquanto vigora uma patente, um CCP ou um prazo de protecção de dados, o titular do medicamento inovador beneficia de uma situação de monopólio ou quase monopólio, podendo praticar preços mais elevados. Quando os direitos de exclusivo cessam, os fabricantes de medicamentos genéricos ou biossimilares entram no mercado e inicia-se a concorrência pelo preço. O próprio Sistema de Preços de Referência assenta nesta lógica, conduzindo a reduções muito significativas do custo dos tratamentos.

Assim, se a IA permitir uma redução dos períodos de exclusivo — porque diminuiu os custos e os tempos da I&D de novos medicamentos — os medicamentos genéricos ou biossimilares poderão entrar mais cedo no mercado e o SNS⁵⁰ passará a beneficiar mais cedo dessas reduções de preço.

⁵⁰ Não é apenas o SNS. Os próprios cidadãos adquirentes do medicamento genérico ou biossimilar passam a pagar uma parte do preço que é mais reduzida, em termos de valor, na medida em que passa a ser considerado para efeito de comparticipação o preço de referência e não o preço do medicamento. E os cidadãos contribuintes pagam menos impostos para sustentar esta despesa.

Em termos económicos, isto significa menor despesa pública por doente tratado; menor pressão sobre o orçamento do SNS; maior capacidade para financiar novas terapias inovadoras.

8.2.2. SUSTENTABILIDADE DISTRIBUTIVA: TRATAR MAIS DOENTES COM OS MESMOS RECURSOS

A sustentabilidade não se resume à redução de custos, na medida em que o verdadeiro objectivo das políticas de saúde é maximizar os resultados em saúde com os recursos disponíveis, tornando o sistema cada vez mais eficiente.

Quando um determinado medicamento passa de um custo anual de dezenas, centenas ou milhares de euros para uma fracção desse valor após a entrada dos medicamentos genéricos ou biossimilares, o SNS consegue tratar um número maior de doentes com o mesmo orçamento.

Deste modo, a antecipação da concorrência permite aumentar o acesso aos medicamentos; reduzir desigualdades no acesso à terapêutica; e libertar recursos para outras áreas assistenciais.

Numa perspectiva constitucional, este aspeto é relevante porque contribui para a concretização do direito à protecção da saúde através de uma utilização mais eficiente dos recursos públicos.

8.2.3. SUSTENTABILIDADE INTERGERACIONAL: PRESERVAR O SNS PARA O FUTURO

Existe ainda uma dimensão que nem sempre é considerada neste contexto: os recursos consumidos hoje por medicamentos protegidos além do necessário deixam de estar disponíveis para responder aos desafios futuros, cada vez mais presentes, como sejam o envelhecimento da população; o aumento das

doenças crónicas; as novas terapias genéticas e celulares; a inovação baseada em medicina personalizada.

Se a IA reduz a necessidade de protecção jurídica prolongada, mas o legislador mantém inalterados direitos de exclusivo concebidos para uma realidade tecnológica mais onerosa, corre-se o risco de conceder rendas monopolísticas que ultrapassem as necessárias para recuperar o investimento.

Nessa hipótese, o SNS estará a suportar custos mais elevados sem uma justificação económica, aumentando sem necessidade a ineficiência do sistema de seguro público.

8.3. FACILITA A ANÁLISE DAS PATENTES E CONTRIBUI PARA REDUZIR A LITIGÂNCIA

Um dos focos de tensão entre medicamentos inovadores e medicamentos genéricos ou biossimilares resulta da incerteza que em muitos casos se verifica quanto à duração dos direitos de exclusivo. Esta incerteza decorre, em regra, da sobreposição de diversas patentes ou CCP que poderão dificultar a identificação da sua vigência.

Julga-se que também neste caso a IA poderá ter um contributo positivo, pois a mesma já é utilizada para analisar grandes bases de dados de patentes.

Por isso, os produtores de genéricos ou biossimilares podem recorrer a algoritmos para identificar o termo exacto dos direitos de exclusivo; detectar vulnerabilidades em patentes secundárias; analisar estratégias de *evergreening*; recusar a celebração de acordos *pay-for-delay*; preparar procedimentos de oposição ou invalidação⁵¹.

Esta utilização reduz custos com a litigância e acelera a remoção de barreiras artificiais à concorrência.

⁵¹ Sobre as estratégias que as empresas titulares de direitos de propriedade industrial podem utilizar para retardar o acesso de medicamentos genéricos ao mercado, AQUILINO PAULO DA SILVA ANTUNES, *O Acesso ...*, (cit.), pp. 44 e ss; 139 e ss; 195 e ss.

9. IMPACTO SOBRE A INOVAÇÃO

Quanto ao impacto sobre a inovação, existe um paradoxo. A redução dos períodos de exclusividade não conduz a menos inovação nem a inovação de menor qualidade. Em determinadas circunstâncias, poderá até conduzir a mais e melhor inovação.

A questão essencial consiste em perceber que o objectivo dos actuais mecanismos de incentivo não é proteger a inovação ao máximo, mas protegê-la na medida necessária para a incentivar e não mais do que isso. Vejamos algumas ordens de razões nesta perspectiva.

9.1. REDUÇÃO DO CUSTO DA INOVAÇÃO

A primeira ordem de razões é de natureza económica e ligada à inovação: se a IA e o *machine learning* permitem reduzir os custos de descoberta e selecção de moléculas, o retorno do investimento pode ser alcançado mais cedo. As organizações já referidas têm sublinhado que a IA está a encurtar etapas do ciclo de inovação farmacêutica e a reduzir custos associados à investigação biomédica.

Neste contexto, uma redução moderada dos períodos de exclusivo não significa uma redução do incentivo à inovação. Pelo contrário, se o investimento necessário diminui, também diminui o período de exploração exclusiva adequado a permitir recuperar esse investimento.

O pressuposto é simples e evidente, como temos vindo a explanar: não faz sentido manter inalterado o incentivo quando o custo de obtenção do resultado diminuiu.

9.2. LIBERTAÇÃO DE RECURSOS PARA FINANCIAR NOVA INOVAÇÃO

A segunda ordem de razões nem sempre é considerada e, embora também revista natureza económica, já não respeita à inovação.

Como referimos, a entrada mais rápida de medicamento genéricos ou biossimilares no mercado reduz a despesa pública com medicamentos originais colocados no mercado há mais tempo.

Isso significa que o SNS e os restantes sistemas de seguro de saúde passam a dispor de mais recursos para, por exemplo, financiar medicamentos inovadores; compartilhar terapias avançadas; apoiar programas de investigação; celebrar contratos de aquisição inovadores.

Assim, uma parte das poupanças obtidas com medicamentos antigos pode ser canalizada para financiar a inovação futura.

Neste sentido, a concorrência dos medicamentos genéricos ou biossimilares não destrói inovação e a descoberta de novos medicamentos; antes ajuda a criar condições para melhor poder financiá-la.

9.3. INCENTIVO À GENUÍNA INOVAÇÃO

Outra relevante ordem de razões prende-se com o combate à chamada inovação marginal. Por vezes, os longos períodos de proteção incentivam estratégias de extensão artificial dos exclusivos, com estratégias como o *evergreening*; a obtenção de patentes secundárias; a celebração de acordos *pay-for-delay*; e a introdução de pequenas modificações terapêuticas reduzidas.

Quando os mecanismos de protecção são ou se tornam generosos além do necessário, essa circunstância incentiva as empresas a procurar prolongar monopólios existentes em vez de procurarem novas e verdadeiras descobertas disruptivas.

Considera-se, por isso, que uma redução proporcional

dos períodos de protecção, atendendo ao impacto da utilização da IA neste domínio, seria apta a criar incentivos para desenvolver medicamentos novos; identificar necessidades médicas não satisfeitas e desenvolver medicamentos para lhes fazer face; e investir em inovação radical.

O foco das empresas inovadoras deslocar-se-ia, assim, da mera gestão dos direitos de exclusivo para a crescente procura e criação de valor terapêutico, por referência ao arsenal terapêutico disponível.

9.4. CRIAÇÃO DE NOVAS OPORTUNIDADES DE INVESTIGAÇÃO

Uma quarta ordem de razões prende-se com o facto de a própria IA gerar novas áreas de inovação.

Isto porque a aceleração da descoberta de moléculas permite às empresas desenvolver mais candidatos a medicamento; investigar mais doenças raras; explorar nichos terapêuticos até há pouco de rentabilidade reduzida ou inexistente; e reduzir o risco associado a projectos experimentais.

Por isso, uma empresa pode lançar um número superior de projectos com o mesmo orçamento de I&D. No fundo, é o argumento homólogo ao da sustentabilidade do SNS: este poderá gerar ganhos para financiar novas áreas terapêuticas; as empresas inovadoras, gerando ganhos orçamentais com a utilização da IA, poderão diversificar mais o seu investimento em inovação.

Este cenário poderá ter ainda outro impacto positivo, pois o aumento da produtividade científica poderá compensar uma eventual diminuição do período de exploração exclusiva.

9.5. FOCO NA VELOCIDADE E NA DIVERSIFICAÇÃO EM DETRIMENTO DOS EXCLUSIVOS

Quinta ordem de razões. Em termos históricos, a vantagem competitiva das empresas farmacêuticas – entre empresas inovadoras e entre estas e as empresas produtoras de genéricos e biossimilares – derivava sobretudo dos direitos de exclusivo resultantes dos mecanismos de incentivo vigentes.

Num contexto de maior aproveitamento das potencialidades da IA, a vantagem entre empresas farmacêuticas poderá passar a resultar cada vez mais de capacidade computacional; acesso a dados; qualidade dos algoritmos; e rapidez de execução, bem como da própria diversificação de projectos resultante da redução dos custos de I&D.

Ou seja, poderá assistir-se a uma progressiva deslocação da concorrência de um modelo baseado na protecção prolongada para um modelo assente na capacidade de inovar de modo mais rápido e mais diversificado.

Note-se que a crescente utilização da IA ocorre num contexto de expansão sem precedentes da actividade inventiva. Segundo a Organização Mundial da Propriedade Intelectual, em 2024 foram apresentados cerca de 3,7 milhões de pedidos de patente a nível mundial, representando um aumento de 4,9% face ao ano anterior e a taxa de crescimento mais elevada desde 2018, enquanto o número de patentes em vigor atingiu aproximadamente 19,7 milhões⁵². Estes números podem ser interpretados como sinal da vitalidade do sistema de propriedade industrial, mas igualmente suscitam uma questão distinta, que é a de saber se, atendendo a que as novas tecnologias aumentam significativamente a capacidade de gerar invenções, continuam a ser necessários os actuais níveis de protecção para assegurar os incentivos à inovação que originalmente justificaram a sua criação.

9.6. TRANSFORMAÇÃO DO SISTEMA DE PATENTES E CCP

⁵² https://www.wipo.int/pressroom/en/articles/2025/article_0012.html .

Sexta ordem de razões. Importa ainda recordar que o sistema de patentes foi concebido com base na ideia de que a invenção é escassa. De resto, na área farmacêutica assistiu-se nas décadas de 1990 e 2000 a um importante declínio da descoberta de novos fármacos⁵³, facto que motivou o reforço dos mecanismos de incentivo, de modo a remunerar pequenos ganhos terapêuticos⁵⁴.

É, no entanto, de admitir que os sistemas de IA possam passar a gerar grande número de novas moléculas em período mais reduzido; a descobrir combinações terapêuticas inovadoras; e a identificar múltiplas soluções técnicas para o mesmo problema técnico. A IA não só altera a economia da investigação farmacêutica como também poderá alterar a própria economia da invenção⁵⁵.

Se a capacidade de gerar soluções técnicas inovadoras aumenta de forma significativa, ficam em crise os pressupostos materiais que do antecedente justificaram a extensão dos direitos de exclusivo permanecem inalterados, sendo indagar se continua a justificar-se atribuir o mesmo nível de exclusividade a algo que passou a poder ser produzido em quantidades quase *industriais*.

Em termos económicos, a escassez é um dos principais fundamentos da protecção jurídica. Se a IA aumentar a oferta de soluções inventivas, a justificação material para o sistema de patentes (e também dos CCP, dada a interligação destes com aquelas) poderá deixar de subsistir ou, no mínimo, ficar muito debilitada.

Por isso, a utilização da IA não altera apenas os custos e

⁵³ AQUILINO PAULO DA SILVA ANTUNES, *O Acesso ...*, (cit.), pp. 134 e ss; 488 e ss.

⁵⁴ AQUILINO PAULO ANTUNES, “Acesso ao medicamento: o caso da Hepatite C em Portugal”, in *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 2 (2016), n.º 5, pp. 183- 223; AQUILINO PAULO DA SILVA ANTUNES, *O Acesso ...*, (cit.), p. 143; FERNANDO LAMATA, RAMÓN GÁLVEZ, PEDRO PITA BARROS E JAVIER SÁNCHEZ CARO, *Acesso ...*, (cit.), pp. 43-45.

⁵⁵ UDDALAK DAS, “Generative AI for drug discovery and protein design: the next frontier in AI-driven molecular science”, in *Medicine in Drug Discovery*, Volume 27, September 2025, p. 100213.

os tempos da investigação farmacêutica. A mesma poderá também modificar os pressupostos em que assenta o próprio sistema de patentes.

Se os sistemas de IA aumentarem a capacidade de gerar soluções técnicas e moléculas susceptíveis de ser patenteadas, a invenção poderá tornar-se um bem menos escasso do que aquele que o legislador tinha em vista quando definiu os actuais mecanismos de exclusividade.

Nesse enquadramento, cada vez mais provável, importa questionar se a duração e a intensidade da protecção continuam a obedecer a um critério de proporcionalidade adequado.

Em suma, a IA não desafia apenas o modo como se inova, mas também os próprios fundamentos económicos que de há décadas a esta parte legitimaram a concessão de direitos de exclusivo sobre a inovação.

Ainda este propósito, refira-se que a proposta de reforma europeia dos CCP tem incidido sobretudo sobre a simplificação administrativa e a harmonização dos procedimentos de concessão⁵⁶. Contudo, a centralização do sistema e a sua simplificação não resolve a questão fundamental suscitada pela IA, que é a de saber se os pressupostos económicos que justificaram a própria existência e duração dos CCP permanecem inalterados num contexto em que a descoberta e o desenvolvimento de medicamentos podem tornar-se mais rápidos, menos dispendiosos e em quantidades cada vez maiores. A discussão europeia parece concentrar-se na eficiência do mecanismo, quando a verdade é que, como se deixa equacionado, a evolução tecnológica pode exigir uma reflexão mais profunda sobre a sua proporcionalidade, à luz do Direito da União Europeia e da Constituição da República Portuguesa.

10. A QUADRATURA DO CÍRCULO

⁵⁶ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2024-0019_PT.html .

Retomemos, então, o problema central deste trabalho. De um modo geral – e, em Portugal, por imposição constitucional – a sociedade pretende a um tempo incentivar a inovação farmacêutica; permitir a recuperação do investimento feito para obter essa inovação; garantir o acesso universal aos medicamentos a custos comportáveis; e assegurar a sustentabilidade dos sistemas de saúde.

Cada um destes objectivos é legítimo, mas o problema assenta no facto de os mesmos objectivos tenderem a entrar em tensão entre si.

Se é verdade que a IA não erradica essa tensão, não é menos certo que a sua utilização altera os termos da equação.

Vejamus: se a tecnologia reduz os custos da investigação, acelera a inovação e, em certa medida, pode até contribuir para a sua relativa banalização, a procura de um equilíbrio adequado entre direitos de exclusivo e concorrência deverá ser reavaliada.

É nesta reconfiguração que reside a verdadeira quadratura do círculo. Apesar das reformas há pouco aprovadas ou ainda em discussão, por exemplo no âmbito da legislação farmacêutica europeia e da proposta de regime dos CCP unitários, não se observa, até ao momento, uma reflexão, muito menos aprofundada, sobre o impacto que a crescente utilização da IA poderá ter nos fundamentos económicos que justificam os actuais mecanismos de incentivo e, em particular, dos direitos de exclusivo.

Enquanto tal não suceder — e não é difícil compreender que uma parte significativa da indústria farmacêutica não tenha interesse numa alteração substancial do *statu quo*, na medida em que beneficia em simultâneo dos direitos de exclusivo vigentes e dos ganhos de eficiência proporcionados pela IA — é previsível que a despesa com medicamentos continue a crescer a um ritmo elevado, agravando a pressão financeira sobre os sistemas de saúde e sobre os próprios cidadãos.

Com efeito, seja qual for o modelo de financiamento

adoptado — através da tributação, de prémios de seguro, mais ou menos mutualizados, ou de pagamentos directos pelos utentes (*out-of-pocket payments*) — é sempre o cidadão quem, em última instância, suporta o custo dos medicamentos. Por essa razão, seria desejável que os decisores políticos dedicassem maior atenção à reavaliação dos pressupostos económicos que sustentam o actual regime de protecção da inovação farmacêutica.

Não somos, porém, ingénuos ao ponto de ignorar que estas matérias se inserem num contexto amplamente estudado pela teoria económica da regulação. Como demonstraram MANCUR OLSON e, mais tarde, GEORGE STIGLER, grupos beneficiários de vantagens regulatórias concentradas tendem a organizar-se de forma mais eficaz do que os contribuintes ou consumidores que suportam custos difusos⁵⁷. Para PAUL J. FELDSTEIN, trata-se da legislação de produtor⁵⁸. Nestas circunstâncias, torna-se expectável a existência de pressões no sentido da preservação de mecanismos jurídicos favoráveis aos titulares dos direitos de exclusivo, mesmo quando os pressupostos económicos que justificaram a sua criação tenham sofrido alterações significativas.

Nestas situações, os decisores políticos tendem a responder com maior intensidade aos interesses de grupos dotados de capacidade de organização, representação e influência, concentrando benefícios nesses grupos e dispersando os correspondentes custos pelo conjunto dos contribuintes e consumidores. Foi por essa razão que os referidos autores chamaram a atenção para a força dos interesses organizados na formação das políticas públicas, fenómeno que continua a registar-se em sectores muito regulados e relevantes sob a perspectiva económica, como o farmacêutico.

⁵⁷ MANCUR OLSON, *The Rise and Decline of Nations*, Yale University Press, 1982, pp. 17-35; GEORGE J. STIGLER, “The Theory of Economic Regulation”, *The Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol. 2, No. 1, 1971, pp. 3-21.

⁵⁸ PAUL J. FELDSTEIN, *The Politics of Health Legislation: An Economic Perspective*, Third Edition, Chicago, 2006, Health Administration Press, pp. 1-193, 195 e ss, 233 e ss; AQUILINO PAULO DA SILVA ANTUNES, *O Acesso ...*, (cit.), pp. 130 e ss, *passim*.

Embora possa haver alguma dificuldade, em termos do cumprimento do ónus da prova (de algum modo mitigado com a possibilidade de pedir a apresentação de documentos em poder da parte contrária), julga-se que, atento o facto de estar em causa, desde logo, o princípio de Direito da União Europeia e Constitucional da proporcionalidade, nada impedirá que as empresas produtoras de medicamentos genéricos e bioequivalentes comecem, mais tarde ou mais cedo, a defender a violação daquele princípio quando sejam demandadas por alegada infracção de direitos de propriedade industrial.

11. CONCLUSÃO

Os mecanismos de incentivo à inovação farmacêutica – além do pré-existente sistema de patentes – foram surgindo em épocas em que a descoberta de novos medicamentos exigia recursos financeiros, humanos e temporais superiores aos até há pouco eram necessários, graças à IA.

Embora continue a ser indispensável assegurar incentivos adequados à inovação, a manutenção de direitos de exclusivo concebidos para uma realidade tecnológica distinta merece ser reexaminada.

A redução dos custos de investigação e o encurtamento dos ciclos de desenvolvimento justificam uma reflexão sobre a duração das patentes, dos CCP e dos prazos de protecção de dados, bem como de outros mecanismos de incentivo, incluindo, entre outros, sistemas de preços e financiamento público e benefícios fiscais.

Não se trata de enfraquecer a inovação, mas apenas de adaptar o direito às novas condições tecnológicas. A verdadeira sustentabilidade exige isso: preservar os incentivos necessários ao progresso científico sem comprometer o acesso dos cidadãos aos medicamentos nem a viabilidade financeira dos sistemas públicos de saúde.

Em última análise, a IA pode oferecer uma oportunidade histórica para aproximar objectivos que, durante décadas, pareceram incompatíveis. O desafio do legislador europeu e nacional consiste agora em determinar em que medida esta nova realidade tecnológica deve reflectir-se na arquitectura dos direitos de propriedade industrial farmacêutica e nos demais mecanismos de incentivo à inovação. Não o fazer poderá significar a perpetuação de modelos de protecção concebidos para um mundo que já não existe ou que tende a deixar de existir.

A IA contribui para a sustentabilidade do SNS não apenas porque permite desenvolver medicamentos de modo mais célere, mas sobretudo porque enfraquece a justificação económica dos longos períodos de exclusividade que mantêm elevados os preços dos medicamentos. Se os custos e os tempos da investigação diminuem, a redução proporcional dos mecanismos de protecção industrial poderá antecipar a entrada dos medicamentos genéricos, promover a concorrência pelo preço e libertar recursos públicos para o financiamento de novos tratamentos, reforçando em simultâneo a sustentabilidade financeira e social do SNS.

Deste modo, procura-se alcançar um equilíbrio dinâmico entre o incentivo à inovação e o acesso aos medicamentos. A utilização da IA na investigação farmacêutica altera os pressupostos económicos que justificaram a configuração actual dos direitos de propriedade industrial e dos restantes mecanismos de incentivo à inovação, tornando legítima a reavaliação dos respectivos períodos de protecção à luz dos princípios da proporcionalidade, da eficiência económica e da sustentabilidade dos sistemas públicos de saúde.

A IA permite compatibilizar objectivos de há muito considerados contraditórios. Ao reduzir os custos e a duração da investigação farmacêutica, possibilita ao mesmo tempo a manutenção dos incentivos à inovação e a redução dos períodos de exclusividade necessários para remunerar o investimento. Deste

modo, torna-se possível antecipar a entrada dos medicamentos genéricos, promover a concorrência, reduzir a despesa pública e reforçar a sustentabilidade do SNS sem comprometer o progresso científico.

Esta é, em rigor, a verdadeira quadratura do círculo: utilizar a IA para criar um cenário em que mais inovação, mais acesso aos medicamentos e maior sustentabilidade financeira deixem de ser objectivos incompatíveis.

A IA pode contribuir para incentivar a inovação, permitindo aumentar o número de projectos e a sua diversificação, ao mesmo tempo que afasta a escassez de actividade inventiva que motivou o surgimento do sistema de patentes.

O debate tem-se centrado sobretudo na forma de integrar a IA na investigação farmacêutica e menos na questão de saber se a transformação do processo inovador exige uma reavaliação dos mecanismos jurídicos de incentivo que foram concebidos para um contexto tecnológico diferente.

A crescente utilização da IA poderá não conduzir à inconstitucionalidade dos actuais mecanismos incentivo à inovação, mas a alteração dos pressupostos económicos que justificaram a criação desses mecanismos, é apta a enfraquecer a justificação material da sua proporcionalidade. A ser assim, a utilização intensiva de IA, em particular da IA generativa, poderá constituir um factor relevante para futuras reavaliações legislativas ou para uma interpretação mais restritiva de mecanismos excepcionais de exclusividade próprios do direito do medicamento, como é o caso dos CCP e dos prazos de protecção de dados.

ANÁLISE ECONÓMICA DA COBRANÇA DE TAXAS ASSOCIATIVAS: DESINCENTIVO AO *FREE-RIDING**

Isadora Ribeiro Baker

Resumo: O presente estudo tem como objetivo analisar os aspetos económicos da cobrança de taxas associativas em “condomínios de casas” no Brasil, a partir dos reflexos práticos do tratamento legislativo e jurisprudencial conferido à questão. Para tal, realizou-se uma breve análise acerca do contexto verificado antes e depois da Lei n.º 13.465/2017, em especial quanto à interpretação dos tribunais superiores. Em seguida, recorreu-se a institutos de análise económica do direito para evidenciar como o inadimplemento reiterado leva ao “efeito de boleia” e pode resultar na indesejada “tragédia dos baldios”, bem como no elevado custo de transação de soluções que recorram à intervenção externa. Perante tal perspetiva, apresentam-se, de forma articulada, propostas práticas para enfrentar o problema, como a valorização da governação comunitária e a expressa previsão da obrigação de contribuir. A abordagem é feita a partir da premissa de que o caminho mais apropriado deve fomentar o incentivo à contribuição individual para a preservação do recurso coletivo.

Palavras-Chave: condomínio de casas; taxa associativa; efeito de boleia; “tragédia dos baldios”; incentivo; contribuição

Abstract: This report analyses economic aspects of association fees charging, in Brazilian “housing condominiums” by considering the practical effects of legislative and judicial approaches

* Relatório apresentado na disciplina de Análise Económica do Direito, no curso de Curso de Doutoramento em Direito e Ciências Jurídico-Civis, ano letivo 2024/2025, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

to the issue. A brief examination from the context before and after Law No. 13.465/2017 is conducted, particularly attention to the interpretation of higher Courts. The study then draws on Law and Economics concepts from to demonstrate how repeated default generates the “free-riding effect” and may lead to the undesirable “tragedy of the commons” in addition to the high transaction costs of solutions involving external intervention. From this perspective, the report presents practical proposals to address the problem, such as strengthening community governance and explicitly establishing the obligation to contribute. The analysis rests on the premise that the most appropriate approach incentivizes individual contributions to preserve collective resources.

Keywords: “housing condominiums”; association fee; free-riding effect; “Tragedy of the Commons”; incentives; contribution

Sumário: 1. Introdução. 2. Aspectos Jurídicos da Cobrança de Taxas Associativas. 2.1. Contexto anterior à Lei n.º 13.465/2017. 2.2. Situação verificada a partir da entrada em vigor da Lei n.º 13.465/2017. 3. A Cobrança de Taxas Associativas à Luz de Institutos da Análise Económica do Direito. 3.1. O “efeito de boleia” (free-riding). 3.2. A “tragédia dos baldios” e a gestão da coisa comum. 3.3. Os custos de transação. 4. Análise Económica do Direito e Propostas de Solução. 4.1. A governação comunitária e as normas sociais. 4.2. Os direitos e as regras de propriedade. 4.3. O contrato incompleto e a completude do contrato-padrão. 4.4. Propostas integradas de desincentivo ao free-riding. 5. Conclusões. 6. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A cobrança de taxas associativas em “condomínios de casas” é, seguramente, um tema que desperta grande interesse tanto no âmbito do direito civil quanto no da análise económica do direito. O problema não se limita ao enquadramento normativo, mas envolve também a compreensão das razões económicas que explicam o comportamento dos indivíduos em contextos de uso coletivo de recursos.

A escolha do tema deu-se a partir da constatação de que, embora a legislação posterior tenha consagrado a obrigatoriedade do rateio das despesas comuns, subsistem dificuldades interpretativas, especialmente no que toca à aplicação da nova disciplina a situações constituídas antes da sua vigência, bem como à vinculação de proprietários não associados. E, ainda que se possa admitir que o tema já recebeu solução legal e jurisprudencial, os obstáculos verificados nesse percurso não escapam ao interesse da análise económica, sobretudo pela possibilidade de se repetir em cenários similares.

Com efeito, a situação é permeada de circunstâncias das quais emergem fenómenos tipicamente económicos, como os “efeitos de boleia” (*free-riding*), em que os indivíduos beneficiam de bens comuns sem arcar com a correspondente contraprestação, gerando externalidades negativas e desincentivando a cooperação coletiva. Também é possível identificar paralelos com a chamada “tragédia dos baldios”, conceito que descreve a tendência de esgotamento de recursos comuns quando cada utilizador busca, individualmente, maximizar o seu benefício. Sem prejuízo, verifica-se, ainda, o valor da teoria dos custos de transação para a compreensão dos limites entre a livre negociação entre proprietários e a necessidade de enquadramentos institucionais, a fim de reduzir os custos de coordenação e assegurar maior eficácia na gestão.

A partir desta perspectiva, a análise das taxas associativas não pode ser reduzida a um debate sobre a validade de cláusulas estatutárias ou sobre os limites da autonomia privada. Exige-se

a compreensão de como diferentes enquadramentos jurídicos podem interferir na lógica dos incentivos, moldando comportamentos e mitigando conflitos.

Como forma de conferir coesão teórica ao estudo, a investigação está organizada de forma a evoluir dos elementos mais genéricos para os mais específicos. Parte-se, assim, da contextualização normativa da controvérsia, passando pela análise dos conceitos económicos fundamentais e, finalmente, alcançam-se propostas de solução que conjugam direito e economia.

Por fim, o objetivo não é oferecer fórmulas definitivas, mas construir uma base teórica consistente que permita interpretar a questão das taxas associativas sob uma perspetiva integrada, apta a revelar as tensões entre a autonomia individual e a solidariedade comunitária.

2. ASPETOS JURÍDICOS DA COBRANÇA DE TAXAS ASSOCIATIVAS

A controvérsia relativa à cobrança das chamadas taxas associativas revela um percurso jurídico marcado por incertezas normativas e por uma intensa oscilação da jurisprudência. Para compreender a evolução da questão e os desafios que envolvem a matéria, é importante analisar tanto o cenário existente antes da Lei n.º 13.465/2017 como as mudanças introduzidas após a promulgação desta.

2.1. CONTEXTO ANTERIOR À LEI N.º 13.465/2017¹

Os chamados “condomínios de casas”, assim vulgarmente designados², têm origem na prática de desmembrar uma

¹ Na ausência de indicação em contrário, todos os artigos referenciados consideram-se do ordenamento jurídico brasileiro, na redação verificada até à entrega do relatório.

² Não se desconhece a distinção dogmática quanto aos conceitos de “condomínio de casas”, regulado pelo art. 8º da Lei n.º 4.591/64; “condomínio de lotes”, disciplinado no art. 1.358-A do Código Civil Brasileiro; e “loteamento de acesso controlado”,

gleba de terreno de área significativa, dividindo-a em diversos lotes de terrenos e individualizando-os em matrículas próprias. Depois de segmentados em imóveis autônomos, os lotes são adquiridos por particulares e usualmente destinados a moradias, ou a outro uso privado habitual.

Apesar da individualização promovida, mantêm-se espaços de uso coletivo, tais como ruas internas pavimentadas, portarias de acesso e áreas de lazer, além de serviços que, em regra, seriam oferecidos pelo poder público, tais como iluminação viária, recolha de lixo e segurança. Assim, na prática, consistem em verdadeiros bairros planejados e cercados, em que os proprietários de cada lote usufruem do imóvel privativo e, ao mesmo tempo, de estruturas comuns indissociáveis da propriedade privada.

É elementar que tais benefícios comuns gerem despesa significativa, além de exigirem uma gestão adequada. Para operacionalizar esta dinâmica, constituem-se “associações de moradores” e estabelecem-se contribuições mensais para a manutenção adequada desses “condomínios de casas”. São essas as chamadas “taxas associativas”.

Acontece que, antes da entrada em vigor da Lei n.º 13.465/2017, a cobrança das referidas taxas associativas carecia de qualquer regulamentação específica, e encontrava-se em terreno jurídico incerto, marcado por intensos debates doutrinários e jurisprudenciais acerca da existência da correspondente

previsto no §8º do art. 2º da Lei n.º 6.766/79. Diferenciam-se, grosso modo, pela natureza – pública ou privada – das vias de acesso, e pela existência de edificação no lote, sendo esta imprescindível para se considerar condomínio de casas (LOUREIRO, Francisco Eduardo; PELUSO, Antônio Cezar (org). (2021). *Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência*. (15ª ed.). São Paulo: Manole, pp. 1322-1323).

Todavia, as particularidades dos correspondentes regimes pouco interessam à essência da análise económica da cobrança de taxas associativas, tal como se propõe neste relatório. A propósito, o condomínio de casas propriamente dito pressupõe uma convenção condominial e constituição formal, a elidir os problemas que inspiram este trabalho. Assim, a expressão “condomínio de casas” será utilizada neste trabalho para designar as situações em geral de “loteamentos fechados”, razão pela qual se recorrerá sempre ao uso de aspas.

obrigação de pagar³.

Perante a ausência de regulamentação própria e expressa, muitos proprietários de lotes recusavam-se a realizar o pagamento das taxas associativas, e, quando judicialmente cobrados, passaram a invocar o direito constitucional à liberdade de associação (artigo 5º, XX, da Constituição Federal Brasileira⁴). O argumento utilizado traduz-se da seguinte forma: uma vez que o direito de não se associar consiste num direito individual garantido pela Constituição, não se poderia exigir de um proprietário não vinculado à associação de moradores a respetiva contribuição financeira.

A controvérsia acerca da cobrança das taxas associativas ecoou no plano doutrinário e jurisprudencial, sobretudo pelo volume de ações instauradas para discutir se a contribuição seria exigível.

Por um lado, defendia-se que, apesar de não existir norma específica que regulasse a questão, a obrigação decorreria da vedação ao enriquecimento sem causa⁵, consagrada no artigo

³ Do clássico conceito de obrigação extrai-se o ser inerente a esta não apenas o “dever de prestar”, mas também o “poder de exigir” conferido ao credor (VARELA, João de Matos Antunes. (2000). *Das obrigações em geral*. (Vol. I., 10ª ed., rev. e atual.). 12ª reimpressão. Coimbra: Almedina, p. 63). Assim, a obrigação, ainda que provenha originalmente de deveres morais, afasta-se desta pela circunstância de a prestação ser exigível pelos mecanismos jurídicos à disposição do credor, inclusive mediante substituição da ação voluntária do devedor.

Esta distinção tem uma grande relevância para a cobrança das taxas associativas, uma vez que a obrigatoriedade depende do reconhecimento de vínculo jurídico que a torna juridicamente – e não apenas moralmente – exigível.

⁴ “Ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado”.

⁵ Convém reproduzir trecho de decisão da 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

“Sempre entendi que não está no direito fundamental à livre associação a questão fundamental ao julgamento de lides envolvendo cobrança de taxas associativas. Afirmar em diversas oportunidades que o ponto nuclear do julgamento é a teoria do enriquecimento sem causa, cláusula geral positivada no artigo 884 do Código Civil, que dispõe: “aquele que, sem justa causa, se enriquecer às custas de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”. Pode-se questionar qual o enriquecimento auferido pelos adquirentes de imóveis como o dos autos em razão

884 do Código Civil⁶. Em tal sentido, argumentava-se que o comportamento do proprietário inadimplente seria manifestamente ilícito, pois, de forma contraditória, usufruiria da segurança, da limpeza e da conservação, custeadas e geridas pela associação de moradores, sem a respetiva contrapartida financeira. Assim, a imposição da contribuição decorreria do reconhecimento de que o particular deixou de realizar a despesa que teria para fruir de similares benefícios^{7, 8}.

dos serviços prestados pela associação de moradores. A vantagem que expressa melhor a situação do que o termo enriquecimento pode dar-se não somente pelo acréscimo ou transferência patrimonial, como também na situação em que o patrimônio não diminua, como deveria, vale dizer, evitando um desembolso que seria justificado (cfr. Agostinho Alvim, Enriquecimento sem Causa, Revista Forense, vol 173, ps. 47/67 e Fernando Noronha, Enriquecimento sem Causa, Fernando Noronha Revista de Direito Civil, vol. 56, ps. 51/78). Associados ou não, morando em loteamento aberto ou fechado, é fato que os moradores de tais bairros sentiram a necessidade de complementar os deficientes serviços públicos, na área de segurança, portaria, ajardinamento, entre outros. Reuniram inúmeros moradores, fundaram associações devidamente registradas e passaram a prestar uma série de serviços úteis à comunidade.” (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. (2023, 23 de novembro). *Apelação Cível 1005178-25.2023.8.26.0189*. Relator Des. Francisco Loureiro. Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado).

⁶ “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”.

⁷ O enriquecimento sem causa, é melhor traduzido a partir da noção de deslocamento patrimonial ou de “atribuições patrimoniais”, uma vez que pressupõe que a vantagem experimentada por alguém decorre indissociavelmente de uma ação praticada por outrem. A partir desta conceção, o enriquecimento sem causa não se verifica somente em hipóteses de “ganho” do dito enriquecido, mas também naquelas em que houve “poupança de despesa” (VARELA, João de Matos Antunes. (2000). *Das obrigações em geral*. (Vol. I, 10ª ed., rev. e atual.). 12ª reimpressão. Coimbra: Almedina, pp. 478-480).

⁸ Embora inquestionável a lógica construída para se reconhecer a exigibilidade da contribuição, são pertinentes algumas ressalvas. Primeiramente, o enriquecimento sem causa consiste em tese residual (CORDEIRO, António Menezes. (2023). *Tratado de Direito Civil, VIII (Direito das Obrigações)*. (2ª ed.) Coimbra: Almedina, p. 218), e, para explicar a obrigação de pagamento de taxas associativas, não deve ser invocado de imediato, sobretudo se as circunstâncias do caso concreto revelarem outras fontes da correspondente obrigação. Além disso, o comportamento contraditório do proprietário inadimplente, repudiado pelo sistema jurídico, reflete a racionalidade económica esperada das circunstâncias, conforme explorado no capítulo seguinte.

De outro lado, apesar da jurisprudência vacilante, acolheu-se o argumento dos proprietários inadimplentes, que gradualmente se consolidou na jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros. Em decisões paradigmáticas, o Superior Tribunal de Justiça, (STJ), fixou a tese de que as taxas instituídas por associações de moradores não seriam exigíveis dos proprietários de lotes que não se associaram de forma expressa⁹. Essa tese foi fixada sob o regime de Recursos Repetitivos, e, por essa razão, ostenta um carácter vinculativo¹⁰.

Contudo, a uniformização da matéria pela jurisprudência não pacificou a questão no plano factual. Ao contrário, acabou por catalisar o sentimento de frustração dos proprietários associados, sobretudo pela atribuição indireta dos custos que corresponderiam ao uso do proprietário não associado.

2.2. SITUAÇÃO VERIFICADA A PARTIR DA ENTRADA EM VIGOR DA LEI N.º 13.465/2017

Neste cenário de incertezas jurídicas e de insatisfação dos proprietários que sempre contribuíram para a manutenção dos benefícios coletivamente aproveitados, promulgou-se a Lei

⁹ Ao julgar o Tema 882 dos recursos repetitivos, o STJ firmou posição vinculativa nesse sentido, afastando a possibilidade de cobrança compulsória contra proprietários dissidentes. A argumentação central assentava na prevalência do direito fundamental à liberdade de associação, em leitura estrita do artigo 5º, inciso XX, da Constituição Federal (Superior Tribunal de Justiça. (2015, 22 de maio). *Recursos Especiais n.º 1280871/SP e n.º 1439163/SP (Tema 882)*. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva).

Todavia, esta conceção parece decorrer de uma interpretação superficial da norma, que desconsidera existir uma diferença flagrante entre não se associar, no sentido de se vincular institucionalmente, e a situação de, a partir de certas posições jurídicas – como, no caso, ser proprietário de um lote –, vincular-se às correspondentes consequências.

¹⁰ Nos termos do artigo 927, III, do Código de Processo Civil Brasileiro, “*Os juízes e os tribunais observarão: [...] III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos*”. Assim, decisões judiciais proferidas sob tal regime vinculam o respetivo tribunal e as instâncias inferiores.

n.º 13.465/2017, que promoveu relevante alteração legislativa, por meio do acréscimo e novo dispositivo ao Código Civil (art.º 1.358-A), além de alterações significativas na Lei do Parcelamento do Solo Urbano (Lei n.º 6.766/79). Foi, então, consagrado o denominado “condomínio de lotes”, além de se prever expressamente a figura do “loteamento de acesso controlado” (art.º 2º, §8º da Lei n.º 6.766/79).

Apesar das fundadas críticas à nova legislação, é inegável que esta equiparou a situação factual do “condomínio de casas” ao tradicional “condomínio edilício”, com expressa previsão de rateio das despesas de manutenção¹¹. Assim, o argumento relativo ao direito de livre associação mostrou-se insuficiente para justificar o não pagamento das taxas associativas.

A inovação no plano normativo, contudo, revelou-se ainda insuficiente a pacificar a questão, uma vez que se passou então a indagar qual o regime jurídico aplicável aos “condomínios de casas” constituídos antes da entrada em vigor da Lei 13.465/2017.

Renovada a controvérsia acerca da exigência das taxas associativas, a matéria foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em sede de repercussão geral. Assim, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 695.911 (Tema 492), fixou-se a tese no sentido da inconstitucionalidade da cobrança de taxa associativa de proprietários que não sejam formalmente associados até à entrada em vigor da Lei nº 13.465/2017 ou de eventual legislação municipal específica¹². Logo, de acordo com a

¹¹ Especificamente quanto à Lei do Parcelamento do Solo Urbano, tal previsão decorre do disposto no art. 36-A, incluído pela alteração promovida pela Lei n.º 13.465/2017.

¹² Eis o teor da tese fixada:

“É inconstitucional a cobrança por parte de associação de taxa de manutenção e conservação de loteamento imobiliário urbano de proprietário não associado até o advento da Lei 13.465/2017, ou de anterior lei municipal que discipline a questão, a partir da qual se torna possível a cotização dos titulares de direitos sobre lotes em loteamentos de acesso controlado, que: (i) já possuindo lote, adiram ao ato constitutivo das entidades equiparadas a administradoras de imóveis ou (ii) sendo novos adquirentes de lotes, o ato constitutivo da

jurisprudência vinculativa do STF, a imposição da contribuição a todos os titulares de lotes situados em “condomínio de casas” – associados ou não – é admitida, basicamente, em duas situações: 1- se a cobrança corresponder à despesa vencida a partir da nova lei; ou 2 - no caso de o imóvel ter sido adquirido quando já constava a contribuição do registo do ato constitutivo no cartório competente.

De facto, apesar de certa divergência interpretativa do precedente vinculante, a melhor leitura é aquela no sentido de considerar que a Lei n.º 13.465/2017 tornou compulsória a contribuição, além de se admitir que a previsão expressa no registo do ato constitutivo do loteamento vincula o proprietário que adquiriu o imóvel ciente do correspondente respetivo ónus.

A nova disciplina legal e a orientação consolidada pelo Supremo Tribunal Federal representam avanços significativos. Contudo, não eliminaram por completo a complexidade da matéria¹³, que ainda motiva reflexões doutrinárias e permite a utilização de instrumentos de análise económica do direito, inclusive para cenários futuros de natureza semelhante.

Nessa perspectiva, prosseguiremos com a análise da questão sob a perspectiva económica.

3. A COBRANÇA DE TAXAS ASSOCIATIVAS À LUZ DE

obrigação esteja registrado no competente Registro de Imóveis” (Supremo Tribunal Federal. (2020, 18 de dezembro). *Recurso Extraordinário n.º 695.911 (Tema 492)*. Relator: Ministro Dias Toffoli).

Oportuno destacar que a data refere-se à publicação do acórdão que julgou o Recurso Extraordinário, e que o trânsito em julgado ocorreu apenas no ano de 2022.

¹³ A esse respeito, cabe pontuar que, no ano de 2023, o Superior Tribunal de Justiça submeteu ao julgamento de recursos repetitivos a seguinte questão: “Definir qual a natureza do crédito oriundo do rateio de despesas e cobrado por associações de moradores, se propter rem ou pessoal, a fim de viabilizar, ou não, a penhora do bem de família” (Superior Tribunal de Justiça. (2023). *Recursos Especiais n.º 1995213/SP e n.º 2023451/SP (Tema 1183)*. Relator: Desembargador convocado Carlos Cini Marchionatti).

Destaca-se que até a data de entrega deste relatório o julgamento da questão ainda se encontrava pendente.

INSTITUTOS DA ANÁLISE ECONÓMICA DO DIREITO

3.1. O “EFEITO DE BOLEIA” (*FREE-RIDING*)

Como o próprio título revela, o problema descrito neste relatório é identificável, de imediato, com o fenómeno do “efeito de boleia” (*free-riding* ou boleia¹⁴).

Convém desde logo ressaltar que, apesar de aplicado habitualmente a situações de bens públicos, não há qualquer prejuízo à situação apresentada, e por dois motivos principais. Em primeiro lugar, porque não se deve confundir a titularidade do bem (ou seja, se pertencente ou não ao Estado) e a estrutura do bem, que, mesmo de titularidade de privada, pode projetar-se no plano coletivo. Em segundo lugar, conforme ressalva realizada na nota “1”, a depender do regime do “condomínio de casas”, a circunstância de se limitar o acesso ao loteamento não retira a natureza de bem público das vias de trânsito internas¹⁵.

Feitas estas considerações, prosseguimos com o estudo do fenómeno e a relação deste com a situação em análise neste trabalho.

Em linhas gerais, o “efeito de boleia” consiste na situação em que, em razão de inexistir situação de exclusividade nem de rivalidade no uso do bem, o indivíduo sente-se desincentivado a contribuir com a produção e/ou manutenção deste. Diz-se “boleia”, porque, de forma análoga à boleia (carona) em

¹⁴ As expressões aparecerão no texto como sinónimas, uma vez que consistem apenas de variações do idioma português a partir da tradução do termo em inglês.

¹⁵ Trata-se de uma situação correspondente ao “loteamento fechado” ou “loteamento de acesso controlado”, regido pela Lei 6.766/79, na qual, a partir do registo competente, se transfere de forma automática para o domínio público do Município as vias internas e áreas destinadas aos equipamentos urbanos. Portanto, nesta situação, os proprietários de lotes não titularizam frações ideais da gleba desmembrada, exercendo o domínio privado exclusivamente sobre os lotes de terreno adquiridos, mas não sobre as áreas comuns (cf. LOUREIRO, Francisco Eduardo; (2021). PELUSO, Antônio Cezar (org). *Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência*. (15ª ed.). São Paulo: Manole, p. 1323).

sentido próprio, o indivíduo, sem qualquer contrapartida, tem o mesmo benefício do dono do veículo, ou seja, daquele que custeia o bem. Nada mais é, portanto, do que “a tendência para obter benefícios à custa da disposição de pagar dos outros”¹⁶, ou seja, de privilegiar a si próprio em razão do “esforço dos outros”¹⁷.

Aplicado o conceito à questão da cobrança de taxas associativas, verifica-se que, em razão, a indivisibilidade de certos serviços, sobretudo os relacionados com a segurança, a iluminação pública interna e a limpeza, é impraticável excluir os proprietários inadimplentes dos respectivos benefícios. Desta forma, os proprietários que não contribuem financeiramente com a manutenção de tais serviços, usufruem de benefícios providos pelo esforço coletivo dos proprietários que pagam as taxas associativas.

Verifica-se, sem muito esforço, o desequilíbrio na distribuição dos bens coletivos, uma vez que os custos recaem sobre os proprietários adimplentes, enquanto os inadimplentes beneficiam-se gratuitamente. Assim, em situações como a agora descrita, por não haver rivalidade no consumo – uma vez que o uso por um não exclui o uso dos demais – nem havendo possibilidade de excluir o proprietário inadimplente, verifica-se um desincentivo à contribuição voluntária.

A propósito, este cenário é propício a gerar externalidades negativas, na medida em que os inconvenientes do comportamento individual do proprietário inadimplente não serão por este absorvidos, mas sim pelos adimplentes. Isto porque os proprietários que contribuem acabam por ter a respetiva quota contributiva aumentada devido à diluição daquela que deveria ser paga pelo inadimplente.

Esta internalização dos prejuízos fomenta o ciclo de

¹⁶ ARAÚJO, Fernando. (2022). *Introdução à economia. Vol. II: Microeconomia Aplicada e Macroeconomia*. (4ª ed.). Lisboa: AAFDL Editora, (e-book), p. 86.

¹⁷ ALBANESE, Robert; VAN FLEET, David D.. (November 1985). “The free riding tendency in organizations” in *Scandinavian Journal of Management Studies*. (Vol. 2, Issue 2). November, pp. 121-136, p. 123.

desincentivo à contribuição. Além do sentimento pessoal de injustiça, por constatar que um vizinho usufrui dos mesmos benefícios sem arcar com a respetiva despesa, o adimplente acaba por ser sancionado mediante a maior onerosidade da própria contribuição¹⁸.

Na senda de tal raciocínio, se o inadimplemento for generalizado, a manutenção dos benefícios passa a ser insustentável, podendo resultar no encerramento de certos serviços comuns menos indispensáveis (por exemplo, segurança privada). Nesse ponto, convém destacar que a racionalidade individual tende a ignorar os reflexos negativos indiretos do próprio comportamento, na medida em que o benefício direto é por si integralmente internalizado¹⁹. Noutros termos, ainda que o proprietário inadimplente sofra as consequências do colapso dos serviços coletivos, considera-se em situação mais privilegiada, uma vez que nada contribuiu enquanto deles usufruía.

Ademais, não podemos esquecer os naturais conflitos sociais que a situação tem grande potencial para gerar. Com efeito, a percepção pessoal de injustiça experimentada pelos proprietários inadimplentes pode levar a maiores tensões entre vizinhos, prejudicando demasiadamente o convívio social. Esta situação, já por si desagradável, também pode resultar em mais uma fonte de desincentivo à cooperação para a manutenção dos benefícios comuns.

Por último, é pertinente observar que o comportamento inadimplente tende a ser mais intenso na mesma proporção do volume de proprietários. Primeiro, porque quanto maior o fracionamento da contribuição, menos relevante o inadimplemento de uma ou de alguma delas, sendo até mesmo pouco perceptível

¹⁸ OLSON, MANCUR. (1971). *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*. Second Printing with a New Preface and Appendix. London: Harvard University Press, p. 43.

¹⁹ ALBANESE, Robert; VAN FLEET, David D.. (1985). "The free riding tendency in organizations" in *Scandinavian Journal of Management Studies*. (Vol. 2, Issue 2). November, 1985 (November), pp. 121-136, p. 126.

a diluição entre os adimplentes. Segundo, porque nos loteamentos com uma dimensão significativa, as relações entre os vizinhos é, por norma, mais superficial, o que diminui a eficiência do constrangimento social. Terceiro, porque esta mesma diluição das relações interpessoais e dos custos acaba por reduzir a percepção do valor da própria contribuição individual para o custeio do bem coletivo^{20, 21}.

Por conseguinte, sobretudo no que diz respeito ao problema desta investigação, conclui-se que o “efeito de boleia” resulta na erosão da consciência coletiva, decorrente de circunstâncias de gestão de bens comuns que impedem a individualização da fruição dos respetivos benefícios.

Ao analisar a evolução normativa e jurisprudencial relativa à cobrança das taxas associativas, é possível perceber que a decisão vinculativa do Superior Tribunal de Justiça fomentou o “efeito de boleia”, ao privilegiar a leitura rasa da norma constitucional, em detrimento da funcionalidade do sistema.

Por sua vez, ao que parece, a alteração legislativa procurou travar o *free-riding*, através de mecanismos que permitem a cobrança compulsória da contribuição. A tendência foi seguida pelo Supremo Tribunal Federal, o que se constatada pelas diversas condições impostas à prevalência do direito à livre associação.

A questão, contudo, permanece desafiadora em cenários anteriores à lei, ou em contextos análogos em que o ordenamento ainda não ofereça disciplina específica. Será oportunamente retomado o fenómeno económico do “efeito de boleia” para propor soluções adequadas.

²⁰ ALBANESE, Robert; VAN FLEET, David D.. (November 1985). “The free riding tendency in organizations” in *Scandinavian Journal of Management Studies*. (Vol. 2, Issue 2). pp. 121-136, pp. 126-127.

²¹ Para Olson, o tamanho do grupo, por si só, não reflete a capacidade deste tutelar os próprios conflitos, sendo mais relevante do que o tamanho do grupo o quão evidente é o impacto da ação individual (OLSON, MANCUR. (1971). *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*. Second Printing with a New Preface and Appendix. London: Harvard University Press, p. 45).

3.2. A “TRAGÉDIA DOS BALDIOS” E A GESTÃO DA COISA COMUM

Também é possível fazer um paralelo com o fenómeno económico descrito a partir da “tragédia dos baldios”, ou “tragédia dos comuns”.

A “tragédia dos baldios” descreve a tendência dos recursos comuns²² se esgotarem ou se degradarem devido à desenfreada exploração realizada individualmente. Trata-se de uma denominação portuguesa, em tradução literal realizada por Fernando Araújo, conferida ao fenómeno que recebeu atenção a partir de artigo homónimo de Garret Hardin (*The tragedy of the Commons*). Não é leviana a escolha do termo “tragédia”, uma vez que traduz tanto as consequências extremas da situação a que se refere como a inevitabilidade do resultado correspondente²³.

Para ilustrar o evento assim denominado, Hardin recorre ao seguinte exemplo prático, envolvendo a escolha de um pastor quanto ao acesso a um baldio^{24, 25}:

“Caso deseje intensificar a sua utilização das pastagens do baldio, por exemplo acrescentando um animal ao rebanho, o pastor pode perspectivar de antemão que o incremento de utilidade correspondente à sua decisão reverterá integralmente em seu proveito, enquanto que os custos impostos pelo incremento de

²² A noção de recurso comum alinha com a de “common-pool resource”, utilizada também por Elinor Ostrom (OSTROM, Elinor. (2008). “Tragedy of the Commons” in *The New Palgrave Dictionary of Economics*. Palgrave Macmillan).

²³ ARAÚJO, Fernando. (2008). *A tragédia dos baldios e dos anti-baldios: o problema económico do nível óptimo de apropriação*. Coimbra: Almedina, pp. 61-62.

²⁴ HARDIN, Garret. (1968). “The tragedy of the commons” in *Science*, 162, pp. 1243-1248, p. 1244.

²⁵ É pertinente esclarecer um possível equívoco do termo “baldio”, que, no Brasil, designa habitualmente um lote de terreno abandonado, ou seja, cujo titular deixou de exercer os direitos inerentes à condição de proprietário. A expressão baldio utilizada por Fernando Araújo refere-se à situação de cotitularidade de direitos de uso da propriedade, que, assim se qualifica como recurso comum. No exemplo ilustrativo, o baldio corresponderia a uma área de pastagem utilizada por uma coletividade.

uso do baldio, os custos impostos sobre o baldio, recaem apenas numa pequena fracção sobre o pastor – dado que o custo é repartido entre todos os que têm acesso ao baldio, não recaindo apenas naquele pastor”²⁶.

Verifica-se, a partir do exemplo ilustrativo, que a “tragédia dos baldios” retrata o fenómeno da busca racional de benefício individual, que, de forma paradoxal, resulta em desastre coletivo (ou esgotamento trágico²⁷).

A situação desenvolve-se da seguinte forma: existe um recurso de uso comum disponível a diversos utilizadores (como, no caso do exemplo, um terreno de pastagem coletiva); assim, cada utilizador percebe que o benefício obtido por meio de exploração mais intensa (no exemplo de Hardin, ao se acrescentar um animal ao rebanho) reverte integral e exclusivamente a seu favor; por sua vez, o custo inerente ao aumento da exploração é diluído entre todos os demais utilizadores, e, assim, apenas em parte internalizado pelo utilizador mais intensivo do recurso comum. Trata-se de um cálculo racional de utilidade²⁸.

Em razão da assimetria entre os benefícios privados e os custos socializados, acaba por incentivar cada utilizador a intensificar a sua própria exploração, o que levaria ao esgotamento ou à degradação do recurso comum. O paradoxo reside na circunstância de que o raciocínio utilizado por cada utilizador, considerado isoladamente, é compatível com o propósito individual, mas a sua utilização recorrente resulta em prejuízo incompatível com o interesse privado.

Transpondo o fenómeno da “tragédia dos baldios” para a cobrança das taxas associativas, este traduz teoricamente a permanente tensão entre os benefícios providos à coletividade de moradores e os incentivos individuais à respetiva contribuição.

²⁶ ARAÚJO, Fernando. (2008). *A tragédia dos baldios e dos anti-baldios: o problema económico do nível óptimo de apropriação*. Coimbra: Almedina, p. 63.

²⁷ ARAÚJO, Fernando. (2022). *Introdução à economia. Vol. II: Microeconomia Aplicada e Macroeconomia*. (4ª ed.). Lisboa: AAFDL Editora, (e-book), p. 89.

²⁸ HARDIN, Garret. (1968). “The tragedy of the commons” in *Science*, 162, pp. 1243-1248, p. 1245.

Com efeito, de forma paralela à verificada no exemplo da “tragédia dos baldios”, cada proprietário de lote usufrui integralmente dos benefícios coletivos, mas, em razão da impossibilidade de exclusão, inerente à indivisibilidade, há um incentivo indireto ao inadimplemento da taxa associativa, pois os correspondentes prejuízos serão transferidos para os demais proprietários. E, como já se consignou anteriormente, tal pode resultar no encerramento do benefício, em razão do insuficiente financiamento coletivo.

Sucedem que a solução proposta por Hardin, aqui reduzida à ideia de renúncia à liberdade para a própria preservação²⁹, foi alvo de críticas fundamentadas, e mostra-se igualmente insuficiente para a hipótese ora trabalhada. A privação da liberdade de ação pode originar resultados desastrosos, e o exercício desta, por si só, não impede uma gestão adequada de recursos comuns.

De qualquer forma, é imprescindível a apresentação do fenómeno e a associação ora realizada para a elaboração de soluções à luz da análise económica do direito, a realizar no capítulo seguinte.

3.3. OS CUSTOS DE TRANSAÇÃO

Parece-nos pertinente, ainda, uma abordagem do problema desta investigação à luz da noção de “custos de transação”, conforme a proposta formulada por Ronald Coase em “O problema do custo social”³⁰, que passou a ser conhecida por “Teorema de Coase”³¹.

Os “custos de transação” resultam da ponderação de

²⁹ HARDIN, Garret. (1968). “The tragedy of the commons” in *Science*, 162, pp. 1243-1248, p. 1248.

³⁰ COASE, Ronald. (2008). *O problema do custo social* in *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*: (Vol. 3): N.º 1, Article 9. 2008.

³¹ Atribui-se a George Stigler a reformulação da tese de Coase em estrutura de “teorema” (ARAÚJO, Fernando. (2022). *Introdução à economia. Vol. II: Microeconomia Aplicada e Macroeconomia*. (4ª ed.). Lisboa: AAFDL Editora, (e-book), p. 76).

todos os custos envolvidos numa transação de natureza comercial, os quais não se limitariam ao preço, apesar de nele se refletirem (por exemplo, o custo de elaboração e de cumprimento de um contrato). Com esta avaliação, verifica-se se os custos de transação seriam baixos ou elevados. No primeiro caso, constata-se que o próprio mercado é capaz de resolver os problemas das externalidades negativas. Todavia, se tais custos forem elevados, pode ser necessária, e até desejável, a intervenção de uma instituição (por norma, representada pela figura do Estado nas suas diversas funções, como a legislativa e a jurisdicional).

Por conseguinte, na perspectiva de Ronald Coase, deve-se sempre dar prioridade a uma alternativa que se mostre mais eficiente, verificada a partir dos referidos custos de transação, por considerar que a intervenção institucional “não necessariamente traz os melhores resultados do que deixar que o problema seja resolvido pelo mercado”³².

Defende, assim, a “formação espontânea de um máximo de eficiência”, independentemente de corresponder a um resultado justo, na medida em que voltado para um compromisso mútuo de otimização do bem-estar recíproco. Esta conceção é assim traduzida por Fernando Araújo:

“no processo de negociação, avançar-se-ia por cedências mútuas, acabando por prevalecer a posição da parte com maior disposição de pagar pelo direito da outra, ou com menor disposição de vender o seu próprio direito, sendo que essas disposições teriam a ver, respectivamente, com o valor subjectivo e com o custo particular dos interesses em jogo, correspondessem eles ou não, na afectação inicial de recursos, a direitos reconhecidos”³³.

Adaptando esta abordagem ao contexto dos “condomínios de casas”, verifica-se que a manutenção dos serviços comuns (segurança, iluminação, limpeza etc.) exige uma

³² COASE, Ronald. (2008). *O problema do custo social* in The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies: (Vol. 3): N.º 1, Article 9. p. 14.

³³ ARAÚJO, Fernando. (2022). *Introdução à economia. Vol. II: Microeconomia Aplicada e Macroeconomia*. (4ª ed.). Lisboa: AAFDL Editora, (e-book), p. 76

organização que garanta a atribuição adequada dos respetivos ónus. Todavia, é evidente o elevado custo da gestão coletiva a partir de negociações diretas entre todos os proprietários, nomeadamente pela variedade de interesses individuais e pela diferença de capacidade contributiva.

Desta forma, num primeiro plano, a análise dos custos de transação justifica a constituição da associação como forma de estruturar a gestão que não se pode alcançar por meio de cooperação espontânea entre todos os proprietários. Destaca-se que a dimensão e a complexidade do loteamento elevam, na mesma proporção, os custos necessários à coordenação de interesses.

Por outro lado, num segundo plano, constata-se que, em certas circunstâncias, a gestão associativa é insuficiente para evitar o inadimplemento recorrente, situação que torna evidente a assimetria de interesses a coordenar.

O resultado insatisfatório da gestão associativa poderia então sugerir a necessidade de intervenção de instituição que possa exercer carácter mais coercitivo, como, por exemplo, a do Poder Judiciário. Contudo, conforme demonstrado no ponto “2.1”, tal medida pode elevar ainda mais o custo de transação, sem que se verifique uma maior eficiência com a sua adoção. Pelo contrário, muitas vezes o recurso ao judiciário pode revelar-se um desperdício de recursos, com a agravante de fomentar a tensão decorrente dos interesses em conflitos³⁴.

Assim, a abordagem sob a perspetiva do “teorema de Coase” não admite uma única solução, e presta-se a traçar parâmetros para a verificação daquela que seria mais eficiente conforme as circunstâncias concretas. Os possíveis caminhos serão apresentados a seguir.

³⁴ A este respeito, Coase também alerta para a necessidade de o Poder Judiciário “compreender as consequências económicas de suas decisões” e a importância de reduzir incertezas quanto ao teor dos comandos judiciais (COASE. Ronald. (2008). *O problema do custo social* in *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*: (Vol. 3): N.º 1, Article 9. p. 15).

4. ANÁLISE ECONÓMICA DO DIREITO E PROPOSTAS DE SOLUÇÃO

A investigação até este ponto desenvolvida, demonstrou que a questão das taxas associativas levou à controvérsia normativa e jurisprudencial, e à permanente tensão decorrente do conflito entre os interesses dos proprietários adimplentes e inadimplentes.

Num primeiro momento, realizou-se a análise jurídica da questão, a fim de delinear os contornos da situação legislativa e jurisprudencial. Em seguida, o problema foi analisado à luz de conceitos próprios da análise económica do direito, como o “efeito de boleia” e a “tragédia dos baldios”.

Nesse momento, conforme já se anunciava, é necessário realizar uma abordagem propositiva, por meio da conjugação das lógicas jurídica e económica. O método adotado permitirá disponibilizar soluções que observem os limites constitucionais e legais, sem prejuízo de promover uma maior eficiência na gestão dos interesses em conflitos.

Sob esta ótica, este capítulo dedica-se à formulação de propostas que dialoguem tanto com as questões jurídicas como com os aspetos económicos que envolvem o problema.

4.1. A GOVERNAÇÃO COMUNITÁRIA E AS NORMAS SOCIAIS

A teoria da governação comunitária foi desenvolvida por Elinor Ostrom em 1990 na obra “Governing the commons: the evolution of institutions for collective action”, a partir de uma densa investigação empírica acerca do comportamento coletivo em variados contextos sociais.

Em linhas gerais, Ostrom adota uma postura otimista em relação àquela desenvolvida por Mancur Olson quanto ao fenómeno do “efeito de boleia” e ao comportamento egoísta

exclusivamente parasitário³⁵.

Por meio da observação de grupos sociais situados em variadas partes do mundo, constatou-se a capacidade destes para constituir os próprios arranjos institucionais a fim de gerir os recursos comuns. Esta organização baseia-se em normas sociais, reciprocidade e monitorização mútua.

A experiência observada revelou que a cooperação do indivíduo com o coletivo pode emergir de forma voluntária (ainda que não espontânea), devido à combinação, em justa medida, dos seguintes elementos: confiança interpessoal, normas internalizadas e mecanismos de sanção graduada. Nos contextos que reúnem tais características, verifica-se uma interação mais direta entre os membros da comunidade, a viabilizar a formulação das próprias regras de gestão cooperativa, sendo este envolvimento direto crucial para a adesão mais sólida a um compromisso coletivo, e, assim, minimiza as hipóteses de comportamento oportunista.

Apesar do tom otimista da tese desenvolvida por Ostrom, ela própria admite que a integração comunitária, por si só, não garante um regime de governação comunitária sustentável a longo prazo. É também necessária a existência de uma monitorização recíproca, que se revela mais eficaz a partir da eleição direta de um líder, igualmente vigiado, e da alternância desta liderança. Mais ainda, impõe-se um sistema de punição a partir do qual os indivíduos possam, em primeiro lugar, identificar os comportamentos considerados inapropriados, e, em segundo lugar, considerar que aqueles que não contribuem adequadamente terão sanções que os colocam nalguma desvantagem em relação a quem contribui³⁶.

Além de se afastar da conceção de que a tendência do indivíduo seria a de “contributo zero”, Ostrom consigna que a

³⁵ OSTROM, Elinor. (2000). “Collective action and the evolution of social norms” in *Journal of Economic Perspectives*. (Vol. 14). Number 3, pp. 137-158, p. 154.

³⁶ OSTROM, Elinor. (2000). “Collective action and the evolution of social norms” in *Journal of Economic Perspectives*. (Vol. 14). Number 3, pp. 137-158, p. 151.

gestão de recursos comuns pode resolver-se com diversas formas de coerção estatal ou por mecanismos de mercado livre, uma vez que identificada, ainda, a solução eficaz por meio da autogestão comunitária. Por conseguinte, o estudo empírico realizado por Ostrom demonstra que não há dependência exclusiva de regras externas ou de imposições judiciais para garantir a gestão eficiente do recurso coletivo, e que observadas certas condições, é melhor realizada por estruturas constituídas pelos próprios indivíduos que integram determinado grupo.

Neste ponto, é oportuno reconhecer a relação da tese de Ostrom e a “tragédia dos baldios”, na medida em que, a partir de uma gestão comunitária eficaz, os baldios, traduzem-se na própria solução do problema que potencialmente são capazes de gerar. Esta perspetiva é nomeada por Fernando Araújo como “Comédia dos Baldios”

Em síntese, o ponto central da teoria de Ostrom corresponde às “normas sociais”, que resultam da dinâmica anteriormente descrita, na qual os próprios indivíduos se organizam para estabelecer os critérios de distribuição dos recursos comuns, os comportamentos que não seriam tolerados e a forma de monitorização e sanção³⁷. Aliás, Ostrom destaca que a capacidade de o ser humano de se reger por “normas sociais” decorre da perspetiva evolucionista, sendo identificável apenas através da adesão apropriada ao contexto social em que se insere³⁸.

Parece-nos evidente o paralelo entre a teoria de Ostrom e o contexto dos “condomínios de casas” e da cobrança de taxas associativas.

Em primeiro lugar, a condição genérica de proprietário de lote já seria suficiente para o identificar como integrante da coletividade do loteamento. Da condição de membro da coletividade, resulta o dever de contribuir para a gestão dos benefícios

³⁷ ARAÚJO, Fernando. (2008). *A tragédia dos baldios e dos anti-baldios: o problema económico do nível óptimo de apropriação*. Coimbra: Almedina, pp. 248-250.

³⁸ OSTROM, Elinor. (2000). “Collective action and the evolution of social norms” in *Journal of Economic Perspectives*. (Vol. 14). Number 3, pp. 137-158, pp. 143-144.

coletivos. Por meio da definição precisa de quem são os integrantes da coletividade e das respectivas obrigações evitam-se dúvidas quanto à responsabilidade contributiva do indivíduo.

Além disso, a qualidade de integrante da coletividade garante ao proprietário participar diretamente das decisões que o afetam, seja no que toca à escolha do líder (administrador ou presidente da associação), seja quanto à construção das regras de gestão (tais como a forma de rateio e serviços financiados pelo coletivo). Desta forma, confere-se maior legitimidade à gestão, aumentando consequentemente a aceitação e a adesão ao correspondente encargo financeiro, uma vez que o ônus assume natureza mais eletiva e menos impositiva.

Também se pode estabelecer uma fácil relação com a monitorização exigida na gestão da coisa comum. A fiscalização recíproca, usualmente decorrente do conhecimento público de quais os proprietários que se encontram inadimplentes com a contribuição, resulta num natural constrangimento social, que pode servir de incentivo para a mudança de comportamento do inadimplente.

Caso o constrangimento, por si só, seja insuficiente para inibir a conduta inadimplente, o sistema de sanções graduadas pode então servir de alternativa. Não se trata de mera punição nem de ostracismo, mas sim de meios de advertir o proprietário quanto à inadequação do comportamento, e, apenas se o comportamento se repetir, obstar gradualmente e de forma indireta, a fruição dos benefícios comuns. Um exemplo que ilustraria essa segunda situação seria o cancelamento do controlo automático de acesso ao loteamento, impondo ao proprietário inadimplente a abertura manual o portão de entrada.

Por um lado, a medida sancionatória, além de proporcional ao inadimplemento, resulta em constrangimento e inconveniente que desencoraja o inadimplemento. Por outro lado, a imposição desta medida traz mais coesão à coletividade, reduzindo o sentimento natural de injustiça por parte dos que contribuem.

Ainda, de acordo com a teoria de Ostrom, a relevância de instâncias locais de resolução de conflitos manifesta-se na maior acessibilidade e rapidez no apaziguamento deste, evitando que questões pontuais levem à perda da confiança comunitária. O mesmo se verifica em relação ao “condomínio de casas”, uma vez que os mecanismos internos da gestão associativa de deliberação, fiscalização e sanção podem evitar a judicialização de conflitos, além de reforçar a percepção de eficiência na ação coletiva.

Por fim, ainda que a constituição das associações observe o regime legal expresso, sobretudo para aquela constituída de forma lícita, a eficácia da governação comunitária por meio dela exercida não pressupõe a adesão a um regime jurídico pré-moldado. Ao contrário, a autonomia conferida à gestão associativa a partir das deliberações das assembleias resulta na validação externa das normas internas, circunstância que fortalece a autogestão.

A proposta ora realizada corresponde, em última análise, ao reconhecimento da relevância de articular as normas jurídicas com as normas sociais produzidas de forma autônoma pela gestão coletiva, de modo a desincentivar o inadimplemento, fomentar a contribuição comunitária, e, desta forma, assegurar a sustentabilidade dos serviços comuns.

4.2. OS DIREITOS E AS REGRAS DE PROPRIEDADE

O problema enfrentado neste trabalho também pode obter solução pela perspectiva dos “direitos de propriedade” e da teoria desenvolvida por Guido Calabresi e Douglas Melamed no artigo “Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral”.

Os autores partem da premissa de que, diante de conflitos de interesses, não se deve decidir apenas a quem atribuir determinado direito (*entitlement*), mas, principalmente, como a

proteção a este direito deve ocorrer.

A tese é então elaborada a partir da identificação da tutela de direitos em três principais modalidades. A primeira delas corresponde aos “direitos de propriedade” (*property rules*), de modo que a transferência do direito depende da anuência do titular, e ocorrerá conforme o preço por este atribuído. A segunda modalidade seria a dos direitos de responsabilidade (*liability rules*), de acordo com a qual se admite a transferência ou a violação do direito individual desde que haja a devida compensação, definida pela coletividade ou pelo Estado. Por fim, a terceira forma de tutela seria por meio de regras de inalienabilidade (*inalienability rules*), que impedem a disponibilidade de determinado direito, ainda que haja consenso entre o titular e o interessado em se apropriar do mesmo direito. É elementar que as três modalidades se encontrem presentes, com maior ou menor incidência, no momento da atribuição da maioria dos bens³⁹.

A classificação de Calabresi e Melamed tem o mérito de tornar evidente que a escolha dos regimes jurídicos não é aleatória nem desprezível. Isso porque a opção por uma ou por outra vertente varia de acordo com fatores de eficiência económica, metas distributivas e outras razões de justiça que possam ser tomadas em consideração na situação concreta. Também se verifica a possibilidade de articulação entre todos os critérios⁴⁰.

Apesar da relação estabelecida, não se confundem as modalidades de tutela de direitos (*property, liability or inalienability rules*) com as razões pelas quais se escolhe uma delas (eficiência económica, metas distributivas ou outras razões de justiça). Por outro lado, é a partir da combinação de ambas que o

³⁹ CALABRESI, Guido; MELAMED, A. Douglas. (1972). “Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral” in *Harvard Law Review*. (Vol. 85). N.º 6. Massachusetts: The Harvard Law Review Association, pp. 1089-1128, pp. 1092-1093.

⁴⁰ CALABRESI, Guido; MELAMED, A. Douglas. (1972). “Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral” in *Harvard Law Review*. (Vol. 85). N.º 6. Massachusetts: The Harvard Law Review Association, pp. 1089-1128, pp. 1093-1105

Estado define o titular do direito invocado (*entitlement*), bem como a forma como tal direito será exercido e os respectivos contornos⁴¹.

No que tange ao objeto desta investigação, a tese desenvolvida por Calabresi e Melamed fornece instrumentos para se compreender os caminhos percorridos, tanto para se negar a obrigatoriedade das taxas associativas como para se reconhecer a exigibilidade das mesmas.

Tal como analisado num primeiro momento, privilegia-se o direito constitucional à livre associação, e, a partir de uma leitura literal – quicá superficial – da norma, afastou-se a exigência de contribuição caso o proprietário não se vincule à associação de moradores. Logo, prevaleceram a regra de inalienabilidade e o critério de razões de justiça, ainda que questionável a leitura feita da norma constitucional. A propósito, utiliza-se o termo “outras razões de justiça” justamente por não se prestigiar nem a eficiência econômica nem as metas distributivas, uma vez que qualquer um desses dois critérios apontaria para uma solução diferente.

Por outro lado, a corrente oposta, que fundamenta a obrigação do pagamento da taxa associativa na norma que impede o enriquecimento sem causa, revela a aplicação de regras de responsabilidade, sobretudo pela natureza compensatória atribuída à contribuição. Quanto ao critério, poderíamos identificar a escolha a partir de qualquer dos três, sobretudo o da eficiência econômica e das metas distributivas, mas sem prejuízo do relativos a outras razões de justiça, o que reforça a argumentação de Calabresi e Melamed no sentido de que a escolha na atribuição de direitos não se realiza por meio de uma ação neutra.

No contexto das inovações legislativas implementadas

⁴¹ Para facilitar a compreensão, pode recorrer-se ao exemplo da poluição. De acordo com a tese de Calabresi e Melamed, não basta a decisão quanto ao eventual direito de uma fábrica poluir o meio ambiente em detrimento do direito a viver em ambiente saudável, mas também se deve compreender qual a regra aplicada para tal definição. Assim pela regra da propriedade,

pela Lei n.º 13.465/2017, identifica-se a prevalência das regras de propriedade e, de forma mais específica, de direitos de propriedade. Com efeito, como forma de fragilizar os argumentos que justificariam o inadimplemento das taxas associativas, a obrigação de as pagar passou a constar expressamente das normas que regem os variados modelos de “condomínio de casas”. Não bastasse, a criação da figura jurídica do “condomínio de lotes” revela a natureza *propter rem* conferida à contribuição. No mais, a escolha do legislador satisfaz os três critérios, mas, sobretudo à eficiência económica, uma vez que busca reduzir a inadimplência e, assim, garantir a sustentabilidade do loteamento e dos serviços comuns.

Em suma, a relação ora feita com a tese de Calabresi e Melamed não se destina propriamente a sugerir o mecanismo de incentivo ao pagamento das taxas associativas. A questão central reside na identificação – pelo viés económico – de categorias jurídicas que tutelariam de forma adequada o interesse coletivo dos proprietários, bem como na compreensão de que as escolhas têm natureza multifatorial.

Parece-nos, assim, que a solução para o inadimplemento das taxas associativas pressupõe reconhecer que a contribuição se insere num regime mais amplo, que conjuga o direito das obrigações, o direito contratual e os direitos de propriedade⁴².

4.3. O CONTRATO INCOMPLETO E A COMPLETUDE DO CONTRATO-PADRÃO

Conforme as considerações realizadas no ponto “3.3”, a tese elaborada por Ronald Coase permite analisar o problema das taxas associativas a partir da abordagem dos custos de

⁴² é oportuno destacar que os direitos de propriedade ora mencionados correspondem ao regime dos direitos reais, e não se confundem nem com as regras de propriedade nem com os “property rights”, considerados estes como “todas as utilizações socialmente legitimadas de recursos valiosos” (ARAÚJO, Fernando. (2007). *Teoria económica do contrato*. Coimbra: Almedina, p. 252).

transação.

Constatou-se também que, apesar de a constituição da associação se justificar como forma de fomentar a coordenação espontânea entre os proprietários – aqui aproximando-se do modelo de governação comunitária defendido por Ostrom –, em certas circunstâncias o modelo de gestão ainda seria insuficiente para garantir o adimplemento das contribuições. Neste ponto, adiantou-se que a solução que enveredasse pela intervenção de instituição externa, como o Poder Judiciário, apesar de lógica, poderia elevar os custos de transação.

De facto, sob a perspetiva do “teorema de Coase”, deve-se privilegiar, sempre que possível, meios que garantam às partes negociar de forma mais livre para que, elas próprias, cheguem a um resultado mutuamente satisfatório.

Sucede que, para se articular todos os elementos que levariam à máxima eficiência negocial (por exemplo, identificar todos agentes, obter informações completas, negociar termos e assegurar o cumprimento dos acordos), as respetivas despesas seriam tão elevadas que impediriam a negociação privada. Assim sendo, no plano factual, os custos de transação são inevitáveis.

Neste cenário, constata-se a função do Direito de fornecer alternativas mais viáveis, sobretudo no campo dos direitos reais e dos contratos, para se criar estruturas que reduzam os custos de transação, e que, desta forma, permitam remeter a uma solução que se aproxime da natureza negocial. Comporta então formular uma proposta no domínio dos contratos.

Considera-se, de início, a figura do contrato incompleto. Trata-se de um instrumento concebido para assegurar a eficiência da negociação, partindo-se da premissa de que seria impossível projetar para o futuro todas as circunstâncias que poderiam afetar o fiel cumprimento das obrigações assumidas⁴³. A

⁴³ ARAÚJO, Fernando. (2022). *Introdução à economia. Vol. II: Microeconomia Aplicada e Macroeconomia*. (4ª ed.). Lisboa: AAFDL Editora, (e-book), p. 165.

incompletude, portanto, não consiste de qualidade negativa desse modelo contratual. Pelo contrário, trata-se de uma escolha lógica, decorrente da constatação de que a estipulação prévia elevaria sobremaneira os custos de transação. Formulam-se então cláusulas elementares para a estrutura da obrigação, mantendo-se propositadamente lacunas, que eventualmente podem ser preenchidas por práticas de mercado ou por decisão judicial.

Todavia, no contexto do inadimplemento das taxas associativas, os contratos incompletos poderiam fomentar os conflitos. Isto porque a principal dificuldade enfrentada não decorre propriamente da inexistência de espaço para negociação entre as partes, mas sim da ausência da própria previsão expressa de requisitos elementares da obrigação.

Como dito anteriormente, a incompletude inerente a este modelo, resulta de escolha racional, realizada como forma de intensificar a eficiência da negociação. Por sua vez, as divergências quanto à exigibilidade da taxa associativa resultam da inexistência de manifestação expressa da vontade do proprietário em assumir a correspondente obrigação, uma vez que não associado.

Embora não se mostre pertinente recorrer à figura do contrato incompleto de forma direta, as premissas que o justificam, permitem concluir, a partir de uma interpretação em sentido inverso, que a elaboração de um contrato-padrão se revela como possível solução.

O contrato-padrão, que não se confunde com o contrato típico⁴⁴, consiste na uniformização de cláusulas reiteradas em determinadas relações negociais que se verificam em volume significativo (por exemplo, o compromisso de compra e venda), pois seria inviável a elaboração de contratos personalizados para responder a uma necessidade em grande escala. Desta forma, o

⁴⁴ O contrato típico corresponde a um tipo legal expressamente previsto, como, por exemplo, o contrato de compra e venda (VASCONCELOS, Pedro Pais de. (2022). *Teoria gera do direito civil*. (9ª ed.). Coimbra: Almedina, p. 532).

contrato-padrão reduz significativamente os custos de informação e os de negociação, e viabiliza a concretização de numerosas transações com um menor desperdício de recursos. Logo, é evidente o diálogo deste modelo com a lógica de Coase quanto à redução dos custos de transação⁴⁵.

Aplicado ao problema deste trabalho, pode admitir-se como possível solução a elaboração de contrato-padrão para a aquisição de um lote de terreno contendo uma cláusula expressa acerca da obrigação de contribuir com a manutenção da estrutura do loteamento. Aliás, a medida foi adotada por diversos loteadores, e reconhecida como fonte de obrigação pelo Supremo Tribunal Federal, desde que registada na matrícula que deu origem ao loteamento.

Portanto, partimos da lógica de que o contrato incompleto permite negociações futuras, para constatar que a eventual resistência de uma das partes em colaborar na manutenção dos serviços coletivos, sugere que a solução mais viável seria a de previsão prévia e expressa acerca da obrigação de pagamento da contribuição.

Sem prejuízo, podemos reconhecer situações em que a noção de contrato incompleto tem serventia para o problema ora trabalhado.

Primeiramente, não podemos esquecer a génese dos condomínios de casas, cuja estrutura não exista no momento da aquisição do lote, e que decorreu de gradual implementação, a partir da coordenação dos diversos proprietários. Em cenários assim, a lacuna contratual viabilizou justamente a criação de um modelo de gestão que não fora previsto no momento da implementação do loteamento.

⁴⁵ Apesar de justificado pela eficiência económica, diversas críticas são direcionadas aos contratos padronizados e de adesão, sobretudo por desvirtuarem o aspeto fundamental do direito dos contratos: a liberdade contratual, ou seja, a liberdade de negociar as cláusulas (RIBEIRO, Joaquim de Sousa. (1999). *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, pp. 275-277).

Além disso, e na senda do mesmo raciocínio, a gestão associativa, realizada a partir das deliberações dos associados, não deve resultar num estatuto hermético e inflexível. Pelo contrário, apenas um regimento capaz de se adaptar às dinâmicas da gestão coletiva pode oferecer solução mais eficiente, e que possa incentivar maior adesão dos proprietários.

Em síntese, no que se refere às taxas associativas, a tese de Coase lança luz sobre o desafio de reduzir os custos de transação. Conforme a viabilidade de coordenações espontâneas no caso concreto, a solução para minimizar os custos de transação pode resultar tanto em contratos incompletos como em contratos-padrão, que expressem a lógica de eficiência, defendida por Coase.

4.4. PROPOSTAS INTEGRADAS DE DESINCENTIVO AO *FREE-RIDING*

Até este ponto, a investigação centrou-se em compreender, pela ótica económica, sobretudo a partir do fenómeno do *free-riding*, a razão pela qual muitos proprietários se negam a contribuir com a manutenção do loteamento, e, assim, identificar possíveis soluções que vão além da aplicação do direito positivo.

Da mesma forma que o problema pode ser abordado por diversas teorias provenientes das ciências económicas, estas também propõem as próprias soluções que devem ser analisadas de forma articulada. O que se propõe, neste momento, é a conjugação das teses das propostas económicas, para as adequar às particularidades da questão das taxas associativas. Não se trata de substituir as soluções apresentadas anteriormente, mas sim de as complementar para alcançar o objetivo de desincentivar o comportamento oportunista.

De início, deve-se retomar o raciocínio que explica o fenómeno do *free-riding*, considerado este, tanto como o resultado da impossibilidade prática de exclusão total dos benefícios dos

recursos comuns em relação ao proprietário inadimplente, como o consequente comportamento não cooperativo deste, a gerar um círculo vicioso de inadimplemento.

Apesar do resultado tragicômico previsto pelas teses fatalistas de Olson e de Hardin, no sentido de que o comportamento individual conduz necessariamente a um colapso da cooperação coletiva e, assim, ao esgotamento do recurso comum, Ostrom demonstrou que o indivíduo tende igualmente a contribuir, sobretudo quando realizados os incentivos corretos⁴⁶.

Partimos então da premissa de que, se o parasitismo resulta de uma escolha natural e racional⁴⁷, a estratégia mais apropriada decorre do efetivo desincentivo ao inadimplemento por medidas que o tornem menos racional da própria perspectiva individual.

Em primeiro lugar, deve-se dar prioridade a um sistema que confira autonomia à associação de moradores para, dentro dos limites legais, criar mecanismos de autogestão que permitam que os proprietários se reconheçam como integrantes de uma coletividade e reconheçam as vantagens de contribuir com a gestão do loteamento. É evidente que a associação deve promover assembleias e promover uma gestão transparente, que lhe é inerente. Contudo, não se deve limitar a tanto.

Assim, a próxima medida consiste na comunicação eficiente entre a instituição gestora e os proprietários, inclusive para fomentar vínculos interpessoais que intensifiquem o interesse em exercer comportamentos que sejam considerados adequados naquela comunidade. Por outras palavras, a integração adequada dos indivíduos, além de permitir que tenham maior consciência do resultado positivo da gestão comum, evita que ajam de forma que os faça sentir socialmente constrangidos⁴⁸.

⁴⁶ “Tragedy of the Commons” in *The New Palgrave Dictionary of Economics*. Palgrave Macmillan, 2008.

⁴⁷ ARAÚJO, Fernando. (2022). *Introdução à economia. Vol. II: Microeconomia Aplicada e Macroeconomia*. (4ª ed.) Lisboa: AAFDL Editora, (e-book), p. 165.

⁴⁸ O resultado prático não se limita apenas ao sentimento pessoal de “vergonha”, mas

Caso estas medidas não evitem o inadimplemento, outra medida seria a diferenciação objetiva de tratamento conferido aos proprietários que não contribuem. Deve-se, portanto, aplicar sanções graduais e, até mesmo, a privação de acesso a certos serviços. Deste modo, além de intensificar o constrangimento social, os inconvenientes podem-se mostrar maiores do que o benefício internalizado. Além disso, reforça para os adimplentes os efeitos positivos da própria contribuição.

Neste sentido, também podem ser adotadas políticas que prestigiem o adimplemento de maneira evidente, tais como descontos ou prioridades do uso de recursos comuns. Ou seja, qualquer medida que evidencie o retorno concreto da contribuição acaba por promover o comportamento cooperativo.

Como se pode notar, o caminho da governação comunitária é o ponto de partida. Assim se propõe, por se compreender que, do mesmo modo que o comportamento individual, de natureza egoísta, tem o potencial de levar ao colapso do recurso comum, também pode, a partir do direcionamento que os incentivos adequados geram, resultar em cooperação e, assim, na preservação do recurso comum.

Todavia, não nomearíamos a proposta de integrada se a limitássemos à abordagem da tese de Elinor Ostrom.

A gestão comunitária tem um papel crucial nas situações em que não haja expressa previsão da obrigação através de contrato ou por norma cogente. Além disso, ainda que inquestionável o vínculo obrigacional, por meio das medidas acima descritas, pode assegurar-se o adimplemento voluntário das contribuições, tornando mais eficiente a gestão.

Assim, sem prejuízo da gestão comunitária, também se propõe que haja expressa previsão da obrigação de contribuir,

também se volta para uma análise racional sobre os custos sociais para o indivíduo que, ainda que de modo indireto, podem ser valorados como um ativo (OLSON, MANCUR. (1971). *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*. Second Printing with a New Preface and Appendix. London: Harvard University Press, p. 60).

seja por meio de contrato seja por imposição legal.

A criação de norma – contratual ou legal – que atrele ao próprio direito de propriedade o ónus de contribuir, viabiliza que o indivíduo compreenda a dimensão da posição jurídica que exerce, e relacione de forma mais direta o dever de contribuir com a escolha realizada no momento de adquirir o imóvel. Noutros termos, não se pode presumir que o indivíduo seja capaz de estabelecer de imediato a relação entre a obrigação de pagar e os benefícios coletivos usufruídos. Assim, ao se vincular, de forma expressa, à propriedade o respetivo ónus, pode levar-se a uma maior sensibilização de que se trata de uma decorrência natural da condição de titular de propriedade privada⁴⁹.

Em suma, a proposta aqui apresentada, embora privilegie a autorregulação da coletividade⁵⁰, visa articular as teses económicas, por reconhecer o valor de cada uma delas para estabelecer incentivos ao adimplemento das taxas associativas. Por meio da conjugação de tais medidas, estrutura-se um sistema que se reflete no comportamento individual, de modo a tornar menos atraente o *free-riding*, pela aproximação dos interesses privado e coletivo.

5. CONCLUSÕES

O estudo desenvolvido ao longo deste relatório permite compreender que a cobrança de taxas associativas em

⁴⁹ Apesar de se defender uma proposta alinhada com a tese de Elinor Ostrom, concordamos com a premissa de Mancur Olson que justifica a compulsoriedade das contribuições pelo facto de o indivíduo nem sempre ter meios para correlacionar o ónus ao bónus (OLSON, MANCUR. (1971). *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*. Second Printing with a New Preface and Appendix. London: Harvard University Press, pp. 13-16).

⁵⁰ O privilégio à proposta de Ostrom não decorre de mera simpatia, mas sim da compreensão de que a intervenção do Estado, ainda que necessária, confere soluções artificiais, e acaba por obstar o potencial da iniciativa privada (no caso, exercida por um grupo) em assegurar resultados mais eficientes (ARAÚJO, Fernando. (2008). *A tragédia dos baldios e dos anti-baldios: o problema económico do nível óptimo de apropriação*. Coimbra: Almedina, p. 117.

“condomínios de casa” exorbita o campo do Direito, inserindo-se num contexto mais amplo, que envolve racionalidade económica, governação comunitária e equilíbrio entre os interesses individuais e coletivos.

A trajetória legislativa e jurisprudencial, marcada por oscilações e inseguranças até a promulgação da Lei n.º 13.465/2017, evidencia a dificuldade de o direito positivo acompanhar a complexidade da gestão de recursos comuns. Ainda que a inovação normativa tenha representado um passo decisivo para reduzir os conflitos e impor uma maior clareza às obrigações, a experiência mostra que a imposição legal, isoladamente, não elimina os problemas de inadimplemento nem garante a sustentabilidade financeira das entidades gestoras.

De facto, verifica-se que a dificuldade central não reside apenas na ausência de previsão legal anterior ou na resistência de alguns proprietários em assumir encargos, mas na lógica de incentivos que orienta o comportamento humano em situações de partilha de recursos. A tendência de alguns indivíduos para se aproveitarem do esforço coletivo sem para ele contribuir (*free-riding*), insere-se num dilema clássico de ação coletiva. Quando o benefício de usufruir de serviços comuns não pode ser facilmente restringido apenas aos que pagam, abre-se espaço para estratégias oportunistas que, apesar de parecem vantajosas, tendem a corroer a própria viabilidade do sistema.

A evolução jurisprudencial, ao privilegiar inicialmente a liberdade de associação em detrimento da sustentabilidade dos loteamentos, acabou por acentuar o efeito de boleia. Esta orientação, embora fundamentada em direitos fundamentais, ignorava os reflexos práticos da do inadimplemento generalizado e acabava por transferir os custos exclusivamente para os que já contribuíam, os quais, por sua vez, se sentiam cada vez menos incentivados a manter a contribuição. A alteração legislativa e o posterior posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria resolveram, em parte, esse desequilíbrio ao reconhecer

a obrigatoriedade das taxas. No entanto, a solução normativa não eliminou a complexidade do problema, sobretudo em empreendimentos constituídos antes da lei, nem removeu os incentivos ao inadimplemento em cenários em que a coerção legal é difícil, dispendiosa ou socialmente desgastante.

A partir desta constatação, percebe-se que a eficácia do sistema depende da articulação entre normas jurídicas e mecanismos económicos de incentivo à cooperação. Isto porque a imposição da obrigação, sem que os proprietários reconheçam legitimidade no processo decisório nem percebam os benefícios tangíveis, tende a perpetuar resistências e litígios. Assim, busca-se na abordagem económica soluções aptas a assegurar o cumprimento eficiente da obrigação.

Neste ponto, a experiência empírica evidencia que comunidades capazes de se auto-organizar de forma participativa, transparente e inclusiva conseguem mitigar comportamentos oportunistas, prescindindo da coerção externa. Por meio de assembleias regulares, regras de rateio claras, mecanismos de monitorização recíproco e sistemas de sanções graduadas, estrutura-se uma gestão comunitária apta a aumentar a adesão voluntária às contribuições. Estas medidas reforçam a ideia de que a convivência num “condomínio de casas” vai além da propriedade privada de cada unidade, e implica corresponsabilidade na preservação do espaço comum.

Por outro lado, reconhece-se que a autogestão comunitária não consiste de panaceia, e a proposta deve ser conciliada com outros mecanismos de incentivos. A existência de contrato-padrão e de norma legal expressa, que desde o início vinculem o adquirente do lote à obrigação de contribuir, podem funcionar como complementos importantes. Desta forma, a conjugação entre instrumentos contratuais, legislação positiva e práticas comunitárias revela-se o caminho mais sólido para enfrentar a questão.

Em síntese, a principal contribuição deste estudo é

demonstrar que a cobrança de taxas associativas deve ser compreendida como uma questão heterogênea. A legislação tem um papel essencial ao impor a obrigatoriedade da contribuição, mas a sua eficácia depende da adequação de mecanismos complementares capazes de alinhar interesses e reduzir o efeito do *free-riding*.

Por conseguinte, a verdadeira solução para o problema não está em escolher entre institutos jurídicos ou económicos, mas em integrar ambos os campos, de forma a aproveitar as respetivas contribuições dogmáticas. O Estado deve fornecer segurança jurídica mínima e instrumentos coercitivos em casos de resistência extrema, mas a eficácia natural das taxas associativas dependerá sobretudo da capacidade das próprias comunidades de criar normas sociais que incentivem o cumprimento voluntário.

Conclui-se, assim, o problema não se limita à questão da obrigatoriedade jurídica, pois retrata sobretudo a gestão eficiente de recursos comuns. O resultado satisfatório exige a conjugação de normas, incentivos e práticas sociais, que revelem o fim útil da contribuição de preservação do recurso coletivo. Apenas a partir de mecanismos adequados de incentivo é possível superar a lógica do oportunismo e garantir a colaboração voluntária e constante.



6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Adenda sobre o estilo de referências e formatação (APA)

Em atenção às normas de apresentação académica e visando a consistência bibliográfica, informa-se que todas as citações, referências e formatações de estilo foram realizadas de

acordo com as normas da American Psychological Association (APA), 7.^a edição.

BIBLIOGRAFIA

- ALBANESE, Robert; VAN FLEET, David D. (1985). “The free riding tendency in organizations.” *Scandinavian Journal of Management Studies*, 2(2), 121-136.
- ARAÚJO, Fernando. (2007). *Teoria económica do contrato*. Coimbra: Almedina.
- ARAÚJO, Fernando. (2008). *A tragédia dos baldios e dos anti-baldios: o problema económico do nível óptimo de apropriação*. Coimbra: Almedina.
- ARAÚJO, Fernando. (2022). *Introdução à economia. Vol. II: Microeconomia Aplicada e Macroeconomia* (4^a ed.) [e-book]. Lisboa: AAFDL Editora.
- CALABRESI, Guido; MELAMED, A. Douglas. (1972). “Property rules, liability rules and inalienability: One view of the cathedral.” *Harvard Law Review*, 85(6), 1089-1128.
- COASE, Ronald. (2008). “O problema do custo social.” *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*, 3(1), Article 9.
- CORDEIRO, António Menezes. (2023). *Tratado de Direito Civil, VIII (Direito das Obrigações)* (2^a ed.). Coimbra: Almedina.
- HARDIN, Garret. (1968). “The tragedy of the commons.” *Science*, 162, 1243-1248.
- LOUREIRO, Francisco Eduardo; PELUSO, António Cezar (org.). (2021). *Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência* (15^a ed.). São Paulo: Manole.
- OLSON, Mancur. (1971). *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups* (Second Printing with a New Preface and Appendix). London: Harvard University Press.

- OSTROM, Elinor. (2000). “Collective action and the evolution of social norms.” *Journal of Economic Perspectives*, 14(3), 137-158.
- OSTROM, Elinor. (2008). “Tragedy of the Commons.” In *The New Palgrave Dictionary of Economics*. Palgrave Macmillan.
- RIBEIRO, Joaquim de Sousa. (1999). *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina.
- VARELA, João de Matos Antunes. (2000). *Das obrigações em geral. Volume I* (10ª ed. rev. e atual; 12ª reimpressão). Coimbra: Almedina.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de. (2022). *Teoria geral do direito civil* (9ª ed.). Coimbra: Almedina.

JURISPRUDÊNCIA

- Supremo Tribunal Federal. (2020, 18 de dezembro). *Recurso Extraordinário nº 695.911 (Tema 492)*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>.
- Superior Tribunal de Justiça. (2015, 22 de maio). *Recursos Especiais n.º 1280871/SP e n.º 1439163/SP (Tema 882)*. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/>.
- Superior Tribunal de Justiça. (2023). *Recursos Especiais n.º 1995213/SP e n.º 2023451/SP (Tema 1183)*. Relator: Desembargador convocado Carlos Cini Marchionatti
- Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. (2023, 23 de novembro). *Apelação Cível 1005178-25.2023.8.26.0189*. Relator Des. Francisco Loureiro. Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/>.

A RECUPERAÇÃO DE CRÉDITO E AS NOVAS TECNOLOGIAS

Rodrigo Garcia Bastos*

Resumo: O presente artigo apresenta uma análise sobre os efeitos dos avanços tecnológicos da Quarta Revolução Industrial sobre o fenômeno da inadimplência e a recuperação de crédito no Brasil, expondo os conceitos e características desta nova revolução, e as adaptações que os operadores de direito têm realizado para acompanhar esta nova realidade. Para tanto, utiliza-se de revisão bibliográfica e do método dedutivo, pelo qual se pretende discorrer sobre os desafios impostos para melhorar o percentual de sucesso na recuperação de crédito no Brasil.

Palavras-Chave: Revolução Industrial 4.0.; Recuperação de Crédito; Inadimplência.

CREDIT RECOVERY AND NEW TECHNOLOGIES

Abstract: This article presents an analysis of the effects of the technological advances of the Fourth Industrial Revolution on the phenomenon of delinquency and credit recovery in Brazil, exposing the concepts and characteristics of this new revolution, and the adaptations that legal operators have made to keep up with this new reality. To this end, it uses a literature review and the deductive method, through which it is intended to discuss the challenges imposed to improve the percentage of success in credit recovery in Brazil.

Keywords: Industrial Revolution 4.0.; Artificial intelligence;

* Advogado. Mestre em Direito pela Fadisp. Currículo *Lattes*: <http://lattes.cnpq.br/3270096522544885>

Credit Recovery; Enforcement Process; Delinquency.

Sumário: Introdução; 2. A Revolução Industrial 4.0.; 3. O Processo de Execução.; 4. O Impacto da Revolução 4.0 na Recuperação de Crédito; 5. Conclusão

INTRODUÇÃO

A recuperação de crédito é uma importante engrenagem no sistema econômico capitalista, pois se trata de uma das fases que fecham o ciclo tomada de crédito, que é outro elemento fundamental no sistema capitalista.

Neste contexto o presente trabalho busca apresentar uma análise sobre as transformações e perspectivas que as novas tecnologias têm trazido para a recuperação de crédito.

Serão expostos tantos os problemas como a busca por soluções para as novas realidades decorrentes da popularização de novas tecnologias que impactam no cotidiano de toda a sociedade, e para tanto, será necessária uma breve exposição sobre o que vem a ser a Revolução Industrial 4.0 e a sua abrangência.

Tendo em vista que a principal ferramenta judicial para a recuperação de crédito é o processo de execução, que se traduz como uma das atuações estatais mais invasivas nas relações interpessoais, serão analisadas algumas reformas realizadas no processo de execução a partir de 2005 que tem buscado cada vez mais tornar a execução um procedimento eficaz, que atenda os anseios do jurisdicionado.

Este trabalho buscará expor que dentro do processo de execução cada vez mais estão sendo abertas possibilidades para que o credor tenha a sua pretensão satisfeita, e uso de novas tecnologias estão cada vez mais presentes no cotidiano daqueles que atuam na área de recuperação de crédito.

2 A REVOLUÇÃO INDUSTRIAL 4.0.

O termo quarta revolução industrial foi cunhado por Karl Schwab¹, fundador do Fórum Econômico Mundial, decorrente de sua análise sobre os impactos que o avanço das tecnologias desenvolvidas pela ciência da informação tem imposto na sociedade contemporânea.

Segundo Schwab a humanidade se encontra em uma nova era de desenvolvimento, decorrente das rápidas e abrangentes mudanças que as tecnologias informacionais têm proporcionado em todos os campos da vida no planeta.

Em termos de comparação, os avanços tecnológicos costumavam ser pequenos, demorados e pouco abrangentes até o século XVIII, quando o desenvolvimento da máquina à vapor iniciou a Primeira Revolução Industrial. A Segunda Revolução Industrial surge com o desenvolvimento da eletricidade no final do século XIX, possibilitando a produção em massa.

A Terceira Revolução Industrial viria então a partir de 1960 com o desenvolvimento dos computadores, da automação, e da popularização das tecnologias da informação.

Para Schwab a Quarta Revolução Industrial é caracterizada pelo desenvolvimento da inteligência artificial, Internet das Coisas, biotecnologia, impressão 3D e robótica avançada.

O autor destaca que a Quarta Revolução difere das demais por ser mais abrangente, no sentido de impactar diversos campos científicos, abraçando não só as ciências exatas com as tecnologias da informação, mas também as ciências biológicas e humanas, que são afetadas pelas biotecnologias e pela inteligência artificial.

O Estudo de Schwab ainda destaca as grandes transformações que estão ocorrendo na Quarta Revolução Industrial como a automação do trabalho, extinguindo e criando novos postos de trabalho, o surgimento da economia sob demanda através de plataformas digitais como *Uber* e *Airbnb*, a constante

¹ SCHWAB, 2016.

criação de novos modelos de negócios através das *Startups*, que constantemente desafiam negócios tradicionais a se adaptarem a novas demandas de um mercado sempre em constante mudança.

Schwab e a grande maioria dos teóricos são otimistas com relação aos resultados que estes avanços tecnológicos trarão para toda a sociedade, trazendo respostas para problemas antes entendidos como insanáveis como a fome e a desigualdade, e possibilitando uma democracia digital direta.

Como contraponto a visão otimista de Schwab merece destaque o filósofo Jonathan Crary², que faz uma análise bem menos otimista sobre a Quarta Revolução Industrial, apontando consequências alarmantes como o aumento das desigualdades sociais decorrentes da marginalização de uma grande parcela da sociedade.

Crary cunha o termo Fascismo Digital com a finalidade de denunciar as consequências dos avanços das tecnologias da informação em todos os aspectos da vida humana, implicando em uma constante vigilância e a supressão imperceptível da subjetividade humana.

Em Terra Arrasada, Jonathan Crary expõe o controle do fluxo de informação pelas *Big Techs*, e a já comprovada influência que estas empresas tiveram em eleições realizadas em diversos países.

O ponto central do discurso de Crary é o aprisionamento da subjetividade humana no contexto da Quarta Revolução Industrial, pois as novas tecnologias da informação controladas pelas *Big Techs* manipulam os interesses pessoais, e impedem a fruição do livre arbítrio pelas pessoas, impossibilitando uma vida autônoma fora deste contexto.

No mesmo espectro que Jonathan Crary, a professora Shoshana Zuboff³, da *Harvard Business Scholl*, desenvolveu o conceito Capitalismo de Vigilância ao analisar o estágio atual da

² CRARY, 2023.

³ ZUBOFF, 2021.

sociedade.

Segundo a autora o Capitalismo de Vigilância tem como característica principal ser um sistema parasitário e extrativista, no qual os dados comportamentais dos indivíduos são extraídos em larga escala para serem utilizados em modelos de predição de comportamento, tudo com auxílio de inteligência artificial e com o objetivo de auferir lucro.

No mesmo sentido que Jonathan Crary denuncia que as novas tecnologias infligem a perda da subjetividade humana, Shoshana Zuboff destaca o *Poder Instrumentário* como uma forma de dominação sutil, mas totalitária, que dispensa o consentimento individual, destruindo a autodeterminação ao passo que antecipa e controla futuras ações dos indivíduos.

3 O PROCESSO DE EXECUÇÃO⁴

É evidente que a recuperação de crédito pode se dar de diversas formas, inicialmente o caminho lógico seria a busca de uma solução pacífica entre as partes do contrato inadimplido, buscando uma composição sem a intervenção estatal ou de terceiros.

No entanto, não sendo possível uma repactuação, fatalmente os casos são levados ao Poder Judiciário para que o poder coercitivo estatal seja utilizado contra o devedor.

Não obstante a possibilidade de as partes pactuarem a obrigatória solução de conflitos através de arbitragem, atualmente esta modalidade ainda se restringe a contratos de elevada monta, haja vista os altos custos do procedimento arbitral.

No âmbito do Poder Judiciário a recuperação de crédito ocorrerá essencialmente através de ações de execução, monitória, cobrança, busca e apreensão e reintegração de posse.

Neste artigo escolheu-se como corte metodológico o

⁴ Capítulo contém trechos do artigo A Penhora de Marca e o Princípio da Menor Onerosidade (BASTOS, 2025).

foco nas transformações que as novas tecnologias têm imputado nos processos de execução, mas que também podem ser aplicados aos demais procedimentos.

Não há dúvidas de que a atuação estatal através do Poder Judiciário, e especificamente através das ações executivas, evidencia de forma potente e clara a intervenção estatal nas relações humanas, visto que foi dado ao Estado o dever de solucionar os conflitos existentes entre as pessoas.

Através do processo de execução o Estado torna efetiva suas decisões, elas deixam de ser construções intelectuais e são materializadas, alterando o mundo físico.

Quando os sujeitos de direito buscam a intervenção estatal para a solução de um conflito, o que se busca não é somente uma decisão favorável ao seu pleito, mas que esta decisão se materialize.

Nas últimas décadas direito processual brasileiro tem buscado evoluir para se transformar em uma ferramenta efetiva para a materialização dos anseios dos jurisdicionados, buscando ser mais simples, célere e em compasso com as evoluções sociais e tecnológicas.

Para tanto o processo de execução perdeu o seu caráter autônomo, oriundo do direito romano, passando a ser uma fase executiva, posterior ao pronunciamento judicial declaratório, impondo mais celeridade no cumprimento da decisão judicial, visto a desnecessidade de se estabelecer uma nova relação processual, com nova citação.

Esta alteração trouxe mais celeridade para os cumprimentos de sentença, o que implica em maior probabilidade de satisfação das pretensões do exequente.

É imperioso pontuar que a doutrina⁵ destaca princípios específicos que regem o processo de execução, como o princípio da autonomia, da adequação, da patrimonialidade, do exato adimplemento ou desfecho único, da primazia da vontade do

⁵ THAMAY, 2020.

credor sobre a devedor, da menor onerosidade.

Além disso, o princípio da boa-fé é uma das bases do Direito, em especial do Direito Processual, sendo impossível a construção de uma sociedade pacífica e estável sem que as relações jurídicas sejam pautadas pela boa-fé.

E neste sentido deve se desenvolver o processo de execução, cabendo tanto ao exequente quanto ao executado primarem pela boa-fé em todos os seus atos, sob pena de serem declarados litigantes de má-fé e arcarem com as penas dispostas no art. 81 do CPC.

Fica claro que o processo de execução sempre buscará a efetividade, muitas vezes de maneira agressiva, em especial quando o executado não colaborar com a satisfação da execução, descumprindo o princípio da boa-fé, mas, mesmo assim, o executado não será colocado em uma situação em que sua dignidade seja posta em risco.

4. O IMPACTO DA REVOLUÇÃO 4.0 NA RECUPERAÇÃO DE CRÉDITO

4.1. AS NOVAS TECNOLOGIAS APLICADAS NO PODER JUDICIÁRIO.

É facilmente perceptível que as novas tecnologias e os avanços tecnológicos impactam o direito em diversos contextos, impondo um novo olhar sobre os direitos fundamentais, e a necessidade de regulação de novas relações interpessoais, em especial no mundo virtual.

Já na Terceira Revolução Industrial, na qual houve a disseminação do uso de computadores pessoais, foram necessárias diversas adaptações na aplicação do Direito, em especial no Direito Processual Brasileiro.

A propagação dos computadores pessoais possibilitou que o acesso ao Poder Judiciária fosse ampliado de forma

exponencial, exigindo que o Judiciário se adaptasse para que o direito amplo ao acesso da prestação jurisdicional fosse mantido, e em decorrência disto foram desenvolvidos os sistemas de processos eletrônicos.

No entanto, apesar da informatização dos processos ter facilitado e organizado muitos procedimentos ainda não haviam sistemas inteligentes.

Mas este cenário tem mudado rapidamente nos últimos anos, com a popularização de tecnologias de inteligência artificial, sendo notáveis atualmente diversas iniciativas estatais de automação inteligente nos procedimentos judiciais.

O Tribunal de Justiça de São Paulo recentemente iniciou a utilização do sistema EPROC, que substituirá o sistema E-Saj. O novo sistema já possui ferramentas de Inteligência Artificial que automaticamente analisam as petições iniciais no ato da distribuição e sugerem a classificação do assunto do processo.

O tribunal bandeirante também já utiliza IA na confecção de atas de audiências, realizando a transcrição da gravação da sessão e criando uma ata.

Ainda, o projeto busca a inovação constante, buscando a automatização de tarefas repetitivas, como a conferência do pagamento de custas, emissão de certidões, análise de bloqueio de valores e outros⁶.

A mesma cultura tem sido vista nos demais tribunais brasileiros, como no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro com o projeto ASSIS⁷, que consiste no desenvolvimento de um sistema que auxilia os magistrados nas elaborações de decisões e minutas de sentença para processos judiciais na 1ª instância. Este sistema tem como base o GPT-4.

Com relação aos tribunais superiores, o STF possui os projetos Victor, criado em parceria com a UNB, que realiza a

⁶<https://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=95786#:~:text=Robotiza%C3%A7%C3%A3o%20e%20IA,da%20re-sposta%20r%C3%A1pida%E2%80%9D%2C%20afirmou.>

⁷<https://portal.tj.rj.jus.br/magistrado/servicos/assis/o-projeto>

triagem dos recursos, realizando o agrupamento por temas de repercussão geral, Victória⁸, que também realiza a triagem por temas, buscando a otimização da tramitação dos casos, e o MARIA, que é uma ferramenta de IA generativa para o auxílio na produção de resumos de votos, na realização de relatórios e análises de petições iniciais.

O STF, por sua vez, possui o projeto Logos⁹, que é uma IA generativa semelhante a MARIA, o sistema ATHOS, que monitora e faz a triagem de casos classificados como repetitivos, e o sistema Sócrates, que identifica as controvérsias dos recursos especiais, e gera automaticamente minutas e resumos dos casos.

Além disso, outros sistemas de busca de bens e informações têm sido implementados e aperfeiçoados nos últimos anos como o SISBAJUD, RENAJUD, INFOJUD, que são largamente utilizados, e com a integração de outros sistemas e ferramentas, como a tentativa de bloqueio reiterado no SISBAJUD, tem trazido avanços na busca pela recuperação de créditos.

Destaca-se também o sistema SNIPER¹⁰, criado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que busca emular sistemas privados de busca de informações de devedores, com a vantagem de ser uma ferramenta estatal com a possibilidade de

⁸<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=507426&tip=UN#:~:text=Tecnologia%20a%20servi%C3%A7o%20das%20pessoas,n%C3%A3o%20poderia%20ser%20mais%20expressivo%E2%80%9D>. Acesso em 21.01.2025.

⁹ <https://www.stj.jus.br/sites/porta1p/Paginas/Comunicacao/Noticias/2025/11022025-STJ-lanca-novo-motor-de-inteligencia-artificial-generativa-para-aumentar-eficiencia-na-producao-de-decisoes.aspx#:~:text=2025%2018:05-STJ%20lan%C3%A7a%20novo%20motor%20de%20intelig%C3%Aancia%20artificial%20generativa,efici%C3%Aancia%20na%20produ%C3%A7%C3%A3o%20de%20decis%C3%B5es&text=O%20Superior%20Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a,acervo%20de%20processos%20em%20tramita%C3%A7%C3%A3o.&text=22Precis%C3%A1vamos%20de%20uma%20ferramenta,profundidade%22%2C%20explicou%20Herman%20Benjamin>.

¹⁰ <https://www.cnj.jus.br/tecnologia-da-informacao-e-comunicacao/justica-4-0/sni-per/>

acessar informações que não são públicas. No entanto, na prática o sistema ainda não apresenta resultados satisfatórios.

4.2. AS NOVAS TECNOLOGIAS NA RECUPERAÇÃO DE CRÉDITO

Conforme exposto, o sistema SNIPER busca trazer ao poder judiciário um sistema de busca semelhante aos existentes no setor privado, mas que tem o potencial de ser mais eficiente por teoricamente ter a possibilidade de ter acesso a dados restritos.

Em resposta as estratégias de evasão patrimonial, a iniciativa privada e o Judiciário têm se unido no desenvolvimento destas ferramentas que melhoram a busca de informações sobre os devedores e seu patrimônio, buscando desvendar a ocorrência de fraudes.

Chama-se à atenção de que as novas tecnologias também auxiliaram na sofisticação das estratégias de ocultação de patrimônio. Como exemplo tem-se a notória expansão mundial das chamadas Fintechs, que possibilitam a movimentação de ativos financeiros de forma totalmente virtual e com regulamentação e fiscalização menos severa em comparação com as instituições bancárias tradicionais.

À título de exemplo, somente após a operação da Polícia Federal¹¹ que desvendou o envolvimento de Fintechs com a organização criminosa autodenominada Primeiro Comando da Capital (PCC), é que a Receita Federal através da Instrução Normativa 2278/2025 de 28/08/2025 passou a exigir que as Fintechs informem operações suspeitas ao Banco Central, CVM

¹¹ SORIMA NETO, João. Gestoras e fintechs da Faria Lima, centro financeiro de SP, foram usadas para lavar dinheiro do PCC: Empresas que atuavam como 'banco paralelo' do PCC movimentaram R\$ 46 bilhões de 2020 a 2024. O Globo. Brasil. 28 ago. 2025. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/noticia/2025/08/28/operacao-carbono-oculto-mira-empresas-da-faria-lima-centro-financeiro-de-sao-paulo.ghtml>. Acesso em 28 set. 2025.

(Comissão de Valores Mobiliários), COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras) e Receita Federal.

No mesmo sentido, a facilidade na abertura de novas empresas, o menor tempo para o registro de transferência de propriedade, são avanços pensados para facilitar a vida do cidadão, e estimular o empreendedorismo, mas que fatalmente podem ser utilizados de maneira maliciosa.

Com relação ao mercado de pesquisa patrimonial voltada a recuperação de crédito, conforme já pontuado, cada vez mais surgem empresas privadas oferecendo este serviço, que contam com buscas em sistemas públicos como Juntas Comerciais, Cartórios de Registro de Imóveis, Registros Cíveis e de Notas, entre outros, com a intenção de mapear o comportamento dos devedores.

Além destas pesquisas é notório que com a proliferação das redes sociais, os operadores cada vez mais tem se utilizado pesquisas em redes sociais em busca de informações sobre os devedores.

É comum que os pedidos de declaração de fraude à execução e de desconsideração da personalidade jurídica sejam instruídos com informações extraídas das redes sociais, ambiente em que muitas vezes as pessoas se sentem compelidas a expor suas rotinas e exibir seus estilos de vida.

Com relação a concessão de crédito, atualmente são desenvolvidas ferramentas de análise de crédito que utilizam *big data* e inteligência artificial, criando fórmulas preditivas sobre o comportamento dos tomadores de crédito.

Tal iniciativa é enxergada pelas concedentes de crédito como um avanço positivo, mas também podem esconder vieses discriminatórios, que resultam em respostas incorretas tanto no sentido de violar direitos fundamentais, como no sentido de limitar a concessão de crédito saudável para nichos pouco explorados.

Ou seja, avanço das tecnologias traz diversas soluções,

mas também novos desafios.

Tudo isto demonstra que a implementação destas novas tecnologias tanto no setor privado quanto no setor público transpõe a preocupação com a necessidade de aumento de produtividade na recuperação de crédito no Brasil.

Na pesquisa *Doing Business*¹² de 2020 realizada pelo Banco Mundial a taxa média de recuperação de créditos no Brasil é de 18,2 centavos por dólar, enquanto a média mundial é de 36,9 centavos, e nas maiores economias do mundo é superior a 70 centavos por dólar.

Este dado aponta um grave problema histórico no Brasil, e em razão disso não se vislumbra uma solução simples para o problema da baixa efetividade da recuperação de crédito.

É evidente que um patamar tão baixo de recuperação de crédito aponta para existência de problemas em todas as fases da cadeia do mercado de crédito no Brasil, desde a concessão até a recuperação do crédito.

E a solução para uma melhora no índice de recuperação de crédito não está somente no aperfeiçoamento dos mecanismos de busca de bens dos devedores, mas principalmente numa mudança de cultura tanto na concessão do crédito, quanto com relação ao cumprimento de obrigações na sociedade brasileira.

5. CONCLUSÃO

O presente artigo buscou expor mais um campo da vida humana em que as novas tecnologias, da denominada quarta revolução industrial, têm sido aplicadas.

As mudanças trazidas por estas novas tecnologias têm influenciado de maneira impactante o cotidiano das pessoas, alterando as relações interpessoais e, também em grande escala as

¹²WORLD BANK. *Doing Business 2020: Brazil*. Washington, DC: World Bank Group, 2019. Disponível em: <<https://archive.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/country/b/brazil/BRA-LITE.pdf>>. Acessado em 21.09.2025.

relações comerciais.

Foi exposto que as novas tecnologias vêm sendo implantadas no Poder Judiciária a fim de melhorar a produtividade em diversos níveis, inclusive no auxílio da produção das decisões judiciais.

Com relação a recuperação de crédito, foi exposto que tanto o poder judiciário como o setor privado têm desenvolvido soluções que buscam trazer maior eficiência e efetividade em uma atividade que apresenta índices de eficiência problemáticos em comparação com outros países.

No presente artigo ficou evidente que as novas tecnologias têm facilitado o trabalho dos operadores do direito, com destaque para aqueles que atuam com recuperação de crédito, no sentido que as novas tecnologias disponibilizam ferramentas que automatizam ou simplificam trabalhos como pesquisas por dados dos devedores.

No entanto, a simplificação ou automatização destas demandas não necessariamente tem se convertido em eficiência na recuperação de crédito, conforme a pesquisa do Banco Mundial apontou.

Isto pode decorrer em razão das novas tecnologias estarem disponíveis tanto para credores quanto para devedores, que por sua vez cada vez mais tem acesso a mecanismos mais sofisticados para evasão de ativos e blindagem patrimonial.

Em decorrência disto, conclui-se que as novas tecnologias trazem grandes avanços para os operadores de direito que atuam com recuperação de crédito, mas que a solução para a baixa eficiência deste ramo é complexa, e necessidade de melhorias em todas as fases da cadeia do crédito no Brasil.



REFERÊNCIAS

- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 04 set. 2024.
- CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Tradução por Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- CRARY, Jonathan. *Terra arrasada: além da era digital, rumo a um mundo pós-capitalista*. São Paulo: Ubu Editora, 2023.
- JULIBONI, Márcio. *Polícia Federal da Faria Lima: como operava o esquema de lavagem de dinheiro do PCC*. Esquema movimentou 52 bilhões de reais de 2020 e 2024. Dinheiro foi lavado por instituições. Veja Negócios. Economia. 28 ago. 2025. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/economia/policia-federal-na-faria-lima-como-operava-o-esquema-de-lavagem-de-dinheiro-do-pcc/>. Acesso em 28 set. 2025.
- MOROSOV, Evgeny. *Big Tech: a ascensão dos dados e a morte da política*. Traduzido por Claudio Marcondes. São Paulo: Ubu Editora, 2018.
- RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direitos fundamentais e direitos da personalidade*. In: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Revista TJSP 2023 – Digital 2*. São Paulo: TJSP, 2023. Disponível em: <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=151586>. Acesso em: 21 set. 2025.
- SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.
- SORIMA NETO, João. *Gestoras e fintechs da Faria Lima, centro financeiro de SP, foram usadas para lavar dinheiro do PCC: Empresas que atuavam como ‘banco paralelo’ do PCC movimentaram R\$ 46 bilhões de 2020 a 2024*. O

Globo. Brasil. 28 ago. 2025. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/noticia/2025/08/28/operacao-carbono-oculto-mira-empresas-da-faria-lima-centro-financeiro-de-sao-paulo.ghtml>. Acesso em 28 set. 2025.

STF. Notícias. *Ministra Rosa Weber lança robô VitorIA para agrupamento e classificação de processos*. A nova ferramenta dará mais celeridade ao andamento processual e resultará em mais segurança jurídica. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=507426&tip=UN#:~:text=Tecnologia%20a%20servi%C3%A7o%20das%20pessoas,n%C3%A3o%20poderia%20ser%20mais%20expressivo%E2%80%9D>. Acesso em 21.01.2025.

STJ. Portal. Comunicação. Notícias. *STJ lança novo motor de inteligência artificial generativa para aumentar eficiência na produção de decisões*. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2025/11022025-STJ-lanca-novo-motor-de-inteligencia-artificial-generativa-para-aumentar-eficiencia-na-producao-de-decisoes.aspx#:~:text=2025%2018:05-,STJ%20lan%C3%A7a%20novo%20motor%20de%20intelig%C3%Aancia%20artificial%20generativa,efici%C3%Aancia%20na%20produ%C3%A7%C3%A3o%20de%20decis%C3%B5es&text=O%20Superior%20Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a,acervo%20de%20processos%20em%20tramita%C3%A7%C3%A3o.&text=%22Precis%C3%A1vamos%20de%20uma%20ferramenta,profundidade%22%2C%20explicou%20Herman%20Benjamin>. Acesso em 21.09.2025.

STJ. Portal. Comunicação. Notícias. *Revolução tecnológica e*

desafios da pandemia marcaram gestão do ministro Noronha na presidência do STJ. <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/23082020-Revolucao-tecnologica-e-desafios-da-pandemia-marcaram-gestao-do-ministro-Noronha-na-presidencia-do-STJ.aspx#:~:text=O%20novo%20%E2%80%8B%E2%80%8B%C3%B3crates&text=Ai%C3%A9m%20disso%2C%20o%20S%C3%B3crates%202.0,In-forma%C3%A7%C3%A3o%20e%20Comunica%C3%A7%C3%A3o%20do%20tribunal.> Acesso em 21.09.2025.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

TAVARES, André Ramos. *O Juiz Digital: Da Atuação em Rede à Justiça Algorítmica*. São Paulo: Expressa, 2022.

TAVARES, André Ramos. *O risco democrático na Era digital*. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet et. al. Eleições e Democracia na Era digital. São Paulo: Almedina, 2022. p. 427-38.

TAVARES, André Ramos. *Constituição em rede*. In: R. bras. Est. const. – RBEC | Belo Horizonte, ano 16, n. 50, p. 53-70, jul./dez. 2022.

THAMAY, Rennan. *Manual de Direito Processual Civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

WORLD BANK. *Doing Business 2020: Brazil*. Washington, DC: World Bank Group, 2019. Disponível em: <https://archive.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/country/b/brazil/BRA-LITE.pdf>. Acessado em 21.09.2025.

ZUBOFF, Shoshana. *O capitalismo de vigilância*. Tradução: Gerooge Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2021.

A DECLARAÇÃO INICIAL DO RISCO NA FORMAÇÃO DO CONTRATO DE SEGURO

Giovana Benetti¹

Helena Gasparovic Chagas²

Resumo: O presente artigo examina a declaração inicial do risco na formação do contrato de seguro e as transformações introduzidas pela Lei do Contrato de Seguro, promulgada em dezembro de 2024. Parte-se da premissa de que as informações trocadas na fase pré-contratual constituem os alicerces do contrato, pois o risco declarado delimita o objeto da garantia oferecida pela seguradora. O estudo analisa dois regimes de declaração inicial do risco: o da declaração espontânea, adotado pelo Código Civil de 2002, no qual cabe ao proponente informar tudo o que reputar relevante à formação do contrato; e o do questionário fechado, consagrado pela nova legislação, no qual a seguradora, como profissional do risco, deve questionar sobre os dados que considerar relevantes, cabendo ao proponente responder com veracidade e precisão. Demonstra-se que o deslocamento do eixo da assimetria informacional, impulsionado pelo avanço tecnológico e pela crescente disponibilidade de dados, justifica a mudança de paradigma. Em seguida, o artigo investiga as consequências jurídicas da falha informacional, comparando o sistema bipartite do art. 766 do Código Civil com o regime do art. 44 da nova Lei, o qual distingue expressamente as condutas dolosas e culposas e elenca as hipóteses de descumprimento do dever de informar, bem como as respectivas consequências. Conclui-se

¹ Doutora em Direito Civil pela Universidade de São Paulo. Professora Adjunta da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Advogada e parecerista. Brasil. E-mail: giovana.benetti@ufrgs.br

² Advogada em Ernesto Tzirulnik Advocacia. Graduada pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Brasil. E-mail: helena@etad.com.br

que a Lei do Contrato de Seguro representa avanço significativo, ao conferir maior transparência e clareza na fase pré-contratual, ao delimitar com precisão as informações exigidas do proponente.

Palavras-Chave: Contrato de seguro. Declaração inicial do risco. Questionário fechado. Fase pré-contratual. Dever de informar.

THE INITIAL DISCLOSURE OF RISK IN THE FORMATION OF THE INSURANCE CONTRACT

Abstract: This article examines the initial declaration of risk in the formation of the insurance contract and the changes introduced by the Brazilian Insurance Contract Act, enacted in December 2024. It starts from the premise that the information exchanged during the pre-contractual stage forms the foundations of the contract, since the declared risk defines the scope of the coverage offered by the insurer. The study analyzes two regimes of initial risk declaration: the spontaneous declaration regime, adopted by the Civil Code of 2002, under which the proponent must disclose everything deemed relevant to the formation of the contract; and the closed questionnaire regime, established by the new legislation, under which the insurer, as the professional of risk, must ask about the information it considers relevant, while the proponent must answer truthfully and accurately. The article shows that the shifting balance of informational asymmetry, driven by technological advances and the growing availability of data, justifies this change of paradigm. It then investigates the legal consequences of informational failure, comparing the two-part system of Article 766 of the Civil Code with the regime of Article 44 of the new Act, which expressly distinguishes intentional from negligent conduct and sets out the situations of breach of the duty to inform, along with their respective consequences. It concludes that the Insurance Contract Act marks

significant progress, bringing greater transparency and clarity to the pre-contractual stage by precisely specifying the information required from the proponent.

Keywords: Insurance contract. Initial declaration of risk. Closed questionnaire. Pre-contractual stage. Duty to inform.

Sumário: 1. Introdução 2. Os regimes de declaração espontânea do risco e do questionário fechado 3. As consequências decorrentes da falha informacional 4. Conclusões 5. Referências bibliográficas

1. INTRODUÇÃO

As informações compartilhadas entre as partes³ estabelecem os alicerces do contrato de seguro, construído sobre um risco previamente conhecido e aceito pela seguradora.⁴ O risco constitui a própria base do contrato de seguro, e as informações prestadas na fase pré-contratual funcionam como

³ De um lado, a parte destinatária da informação é a seguradora; de outro lado, quem presta as informações necessárias para a formação do contrato será o segurado ou o tomador (estipulante) do seguro – que, neste caso, contrata em favor de terceiro. Assim, ainda que o contrato de seguro seja celebrado por meio de informações prestadas pelo tomador – e não pelo próprio segurado – as normas sobre falhas informacionais se aplicam. Por isso, para todos os fins, utiliza-se a expressão “proponente do seguro” neste artigo, que contempla tanto a figura do tomador que contrata o seguro em nome de um terceiro, quanto a figura do segurado que celebra o seguro em nome próprio. Por fim, vale destacar que não se pretende afirmar que, na fase de formação do contrato, a seguradora esteja dispensada de cumprir o dever de informar. Ao contrário: cabe-lhe prestar, de forma clara e adequada, informações e esclarecimentos sobre o questionário, as coberturas, as exclusões e demais aspectos relevantes (vide BENE-TTI, Giovana. O dever de informar no contrato de seguro. In: Camila Affonso Prado; Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho; Flaviana Rampazzo Soares; Nelson Rosenvald. (Org.). *Seguros e responsabilidade civil*. 1ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2024, p. 121).

⁴ GARRIDO Y COMAS, J.J. *Teoría General y derecho español de los seguros privados*. Tomo I. Vol. I. Madrid: Consejo General de Agentes y Corredores de Seguros de España, 1986, p. 73.

o cimento que lhe confere forma e solidez. Daí a importância do compartilhamento claro e preciso de informações: se o contrato for firmado sobre bases frágeis ou distorcidas, a garantia oferecida pela seguradora poderá não ser compatível com o risco existente. Por isso, na etapa pré-contratual, ambas as partes – o proponente e a seguradora – devem cooperar para que o risco declarado seja compatível com o risco existente e garantido.

O “dever de declaração de risco”⁵ consiste na exigência de o proponente do seguro prestar à seguradora todas as informações relativas ao “estado do risco” que pretende ver segurado – isto é, declarar as circunstâncias conhecidas capazes de influir na probabilidade de um sinistro ocorrer. A declaração de risco assume um papel central na formação do contrato, pois o risco declarado pelo proponente consiste em elemento essencial na delimitação do objeto da garantia prestada pela seguradora.

Nos últimos anos, intensificou-se o debate acerca dos limites da extensão da declaração inicial de risco. É pacífico que o proponente deve comunicar à seguradora todas as circunstâncias capazes de influenciar a análise do risco. No entanto, surge uma indagação essencial: como pode o proponente saber quais informações são, de fato, relevantes para essa avaliação?

Tome-se como exemplo a contratação de um seguro de automóveis. Sabe-se que a idade do condutor interfere na avaliação do risco. Mas e quanto à sua experiência prática de direção? Um condutor de 24 anos (habilitado há no máximo 6 anos,

⁵ Embora a expressão “dever” seja amplamente utilizada, existem posicionamentos diferentes da doutrina. Para alguns autores, o proponente do seguro assume um verdadeiro ônus informacional, uma vez que as consequências decorrentes da prestação inadequada das informações repercutiriam apenas em sua esfera jurídica: o segurado perderia o direito à garantia. Nesse sentido, entendem ser um ônus ou encargo (aqui, utilizam-se as duas expressões indistintamente): TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz Bezerra; PIMENTEL, Ayrton. *O Contrato de Seguro de acordo com o Código Civil brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Editora Roncarati, 2016, p. 115; MENEZES CORDEIRO, António. *Direito dos Seguros*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 533-536. Já Luís Poças considera ser um “dever legal pré-contratual” (*O dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 664).

portanto) que dirige diariamente, representa, necessariamente, maior risco do que um condutor de 40 anos, que, embora habilitado há duas décadas, jamais conduziu um veículo com regularidade? Este último deveria informar à seguradora que não possui experiência prática? Se for previamente questionado pela seguradora, a resposta é sim; caso contrário, é razoável supor que o condutor não se sentirá vinculado a revelar tais informações espontaneamente.

Essas nuances evidenciam a dificuldade enfrentada pelo proponente ao tentar, por conta própria, identificar o que é relevante para a seguradora na avaliação do risco e na decisão de aceitar o seguro.

Nesse contexto, a Lei do Contrato de Seguro representa um avanço significativo ao estabelecer limites objetivos à declaração inicial do risco. Enquanto, sob a legislação atual, cabe ao segurado a difícil tarefa de, a partir de sua avaliação subjetiva, identificar e comunicar os fatos e as circunstâncias que presume serem relevantes à análise de risco da seguradora, o novo regime jurídico confere maior clareza e segurança às obrigações na fase pré-contratual.

Assim, este artigo tem por objetivo, em um primeiro momento, apresentar o novo regime de declaração de risco previsto na Lei do Contrato de Seguro, e, em seguida, analisar as consequências atribuídas a eventual falha informacional na etapa de formação do contrato.

2. OS REGIMES DE DECLARAÇÃO ESPONTÂNEA DO RISCO E DO QUESTIONÁRIO FECHADO

Ao contrário do que possa parecer à primeira vista, o contrato de seguro pode ser formado a partir da proposta do segurado e da aceitação pela seguradora⁶. Nesta hipótese, para

⁶ Conforme o art. 41 da Lei do Contrato de Seguro, “A proposta de seguro poderá ser feita diretamente, pelo potencial segurado ou estipulante ou pela seguradora, ou por

tomar a decisão de aceitar ou não a oferta, a seguradora realiza o processo de *subscrição do risco*⁷.

Trata-se da etapa inicial da formação do contrato, na qual a seguradora analisa o risco cuja cobertura lhe foi proposta, com base nos dados a que teve acesso. Se necessário, a seguradora poderá solicitar documentos e esclarecimentos adicionais, até alcançar compreensão suficiente sobre os riscos apresentados pelo proponente e, assim, decidir se oferecerá garantia em tais termos. Em síntese, na fase de subscrição do risco, a seguradora, com base nas informações compartilhadas pelo segurado, define quais riscos poderá garantir e qual prêmio cobrará em contraprestação.

Por essa razão, historicamente, a informação sempre desempenhou papel central na formação do contrato de seguro. No início, diante do elevado grau de incerteza quanto às “circunstâncias que particulariza[va]m o risco relacionado ao interesse do segurado”⁸, a celebração do contrato dependia, sobretudo, da honestidade e da fidedignidade depositada no proponente.⁹

Muitas vezes envolvidos em atividades econômicas pouco conhecidas pelas seguradoras, os segurados eram, na prática, os detentores do real conhecimento sobre os riscos a serem transferidos. Assim, para oferecer garantia sobre determinado

intermédio de seus representantes. Parágrafo único. O corretor de seguro poderá representar o proponente na formação do contrato, na forma da lei”.

⁷ A subscrição é definida como o “processo de exame, resultando na aceitação ou rejeição dos riscos de seguros. Classificação dos riscos selecionados para cobrança do prêmio adequado. [...]”. INSTITUTO DE RESSEGUROS DO BRASIL (IRB). *Vocabulário conceituado de seguros*. Rio de Janeiro: FUNENSEG, 1996, p. 170.

⁸ MIRAGEM, Bruno; PETERSEN, Luiza. *Direito dos seguros*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 205.

⁹ Vale dizer: naquele momento, apenas a concepção subjetiva da boa-fé estava em discussão, em oposição à má-fé do segurado ou do segurador. Foi apenas recentemente – especialmente a partir do Código Civil de 2002 – que a boa-fé objetiva assumiu papel central nos contratos de seguro, passando a existir um claro *standard* de conduta exigível às partes. Sobre o tema: MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. Critérios para a sua aplicação. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2024, p. 359-361.

interesse, restava à seguradora confiar integralmente nas declarações prestadas pelo proponente no momento da contratação. Naquele contexto, não havia ao seu alcance instrumentos ou mecanismos para uma análise objetiva do risco: contava-se apenas com a informação fornecida pelo proponente e com a confiança nela depositada.

Pense-se no navegador que, mais do que ninguém, conhecia os riscos do mar, e buscava, no mercado inglês, um seguro que garantisse os riscos de uma grande navegação. Detinha todas as informações disponíveis à época para conduzir a viagem: conhecia a embarcação e sua tripulação, compreendia as condições náuticas e as possíveis intempéries da natureza. A seguradora, por sua vez, além de desconhecer os riscos da prática da navegação, ainda era um ente incipiente, sem meios, àquela época, para verificar a veracidade das informações que lhe eram prestadas ou o grau de risco da atividade. Era o segurado quem detinha parcela substancial – senão a integralidade – da informação relevante à formação do contrato de seguro.¹⁰

Naquela época, “a balança da assimetria informativa penderia em *desfavor do segurador*”, pois, para subscrever o risco, estava sujeito ao que lhe dizia o proponente do seguro.¹¹ Por sua vez, o proponente deveria agir *de boa-fé* (subjettiva), revelando tudo o que, a seu ver, fosse relevante para a análise do risco cujo interesse pretendia ver garantido.¹²

Vigorava, então, o mais puro regime de *declaração*

¹⁰ No clássico caso inglês *Carter vs. Boehm*, que tratou da boa-fé nos contratos de seguro em 1766, o Lorde Mansfield afirmou: “O seguro é um contrato baseado em especulação. Os fatos especiais sobre os quais se calcula o prêmio costumam estar unicamente ao alcance do conhecimento do segurado; o subscritor confia nas suas declarações e parte do princípio de que ele não omite nenhuma circunstância de que tenha conhecimento, fazendo o segurador crer que tal circunstância inexistente e, assim, fazendo-o estimar o risco como se ela não existisse.” Tradução livre.

¹¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. Critérios para a sua aplicação. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2024, p. 360.

¹² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. Critérios para a sua aplicação. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2024, p. 360.

espontânea do risco. Nesse modelo, cabe ao proponente informar à seguradora sobre todas as circunstâncias que conhece e entende serem relevantes para a formação do contrato de seguro. Afinal, “o proponente, como gestor do risco seguro, detém um conhecimento privilegiado ou exclusivo das circunstâncias que afectam esse risco, cabendo-lhe, portanto, a iniciativa de declará-las ao segurador”¹³.

A postura da seguradora, por sua vez, é passiva: não precisa *instigar* o proponente a prestar informações; basta receber as informações que este julgasse pertinentes e, com base nelas, decidir se concederia cobertura, sob quais condições e a que prêmio. Assim, recaía sobre o proponente o risco de decidir o que *merece* ser comunicado.¹⁴

Nada impede que a seguradora apresente um questionário¹⁵ com indagações sobre os elementos relevantes para a subscrição. Contudo, no sistema de declaração espontânea, as respostas ao questionário não suprem as informações a serem prestadas pelo proponente. Nesse regime, estejam ou não contempladas no questionário, todas as circunstâncias que o proponente considere *relevantes* devem ser declaradas à seguradora.¹⁶

É o que ocorre, com algumas moderações¹⁷, na vigência

¹³ POÇAS, Luís. *O dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 362.

¹⁴ MENEZES CORDEIRO, António. *Direito dos Seguros*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 579.

¹⁵ O “regime da declaração espontânea” também pode ser chamado de “regime do questionário aberto”, justamente porque perguntas podem ser submetidas – como, frequentemente ocorre na prática securitária – mas, ainda assim, elas não limitam a declaração inicial do risco pelo proponente.

¹⁶ POÇAS, Luís. *O dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 362.

¹⁷ GIANNOTTI, Luca. O dever de informar na formação do contrato de seguro. *III Congresso Internacional de Direito do Seguro. IX Fórum José Sollero Filho*. Instituto Brasileiro de Direito do Seguro. Editora Roncarati. *No prelo*: “[trata-se] [...] [de] um modelo de declaração espontânea do segurado – o segurado tem, a princípio, o dever de revelar tudo –, mas é um modelo atenuado diante do reconhecimento de que o candidato a segurado muitas vezes não sabe essas informações ou não deixa de transmiti-las de forma intencional”.

do Código Civil: nos mais diversos ramos do seguro, é comum que as seguradoras apresentem questionários para orientar o potencial segurado. Em regra, embora esse questionário não delimite com precisão os caminhos para a plena declaração do risco pelo proponente, ele sinaliza os aspectos que a seguradora considera relevantes na avaliação daquele risco. Dessa forma, o questionário serve como um guia das informações que influenciam diretamente a aceitação ou a precificação do seguro – mas não restringe a declaração de todas as circunstâncias *relevantes e conhecidas* pelo proponente.¹⁸

Diversos exemplos podem ser extraídos dos julgados sobre seguros veiculares, ramo em que o uso de questionários é extremamente frequente, especialmente pelas “cláusulas *de perfil*” nas apólices, que visam a reduzir o valor do prêmio mediante uma declaração detalhada do risco.¹⁹ Por meio de tais cláusulas, a seguradora apresenta ao proponente um questionário destinado a avaliar o *perfil* do condutor e a forma de utilização do veículo. Com base nas respostas, a seguradora estima o grau de risco com maior precisão e calcula o prêmio a ser cobrado.

Por serem perguntas geralmente objetivas, torna-se mais fácil identificar eventuais falhas informacionais. Há casos, por exemplo, em que se declarou que o veículo seria estacionado em garagem fechada, quando na realidade era deixado diariamente em via pública;²⁰ ou em que se afirmou que o funcionário da empresa segurada, principal condutor, não utilizaria o veículo para deslocar-se até sua residência, mas confessou fazê-lo

¹⁸ LOURO, Vanessa. Declaração Inicial do Risco no contrato de seguro: Análise do regime jurídico e breve comentário à jurisprudência recente dos Tribunais Superiores. *Revista Electrónica de Direito*, nº 2, junho/2016, p. 12.

¹⁹ Nesses casos submete-se um questionário de avaliação de riscos ao segurado, pelo qual busca-se *mapear* qual o seu “perfil”, e, com base em tais informações, precifica-se a garantia, levando em conta as condições específicas daquele segurado. Nos seguros de automóveis – nos quais a “cláusula de perfil” é tipicamente incluída – verifica-se, por exemplo, a idade e a escolaridade do condutor.

²⁰ TJSP, Apelação Cível nº 1026410-46.2021.8.26.0001, 34ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Cristina Zucchi, j. em 25.05.2024.

diariamente;²¹ ou ainda em que se declarou que o condutor principal tinha mais de 25 anos, quando, na verdade, tinha apenas 23.²²

Sabendo que informações como o local de estacionamento, o uso do veículo para deslocamento residencial e a idade do condutor são relevantes para a análise do risco, a seguradora *incluiu no questionário*, cabendo ao segurado responder com veracidade. Nos casos relatados, por terem prestado informações incorretas, foram julgados improcedentes os pedidos de indenização securitária pleiteados pelos segurados.

Embora o regime da declaração espontânea não estabeleça a extensão da declaração inicial do risco, os Tribunais, em certas circunstâncias específicas, têm reconhecido que limites podem ser impostos pelo questionário apresentado pela seguradora.

Um dos poucos exemplos é o caso em que a seguradora questiona amplamente se, *“nos últimos 24 meses, o principal condutor foi vítima de roubo ou furto de veículos próprios ou de terceiros em quantas oportunidades”*. Como o segurado havia tido um veículo furtado, mas posteriormente recuperado, entendeu que tal circunstância não precisava ser informada à seguradora. Meses depois, quando o carro foi efetivamente furtado, a seguradora fundamentou-se nessa omissão para recusar o pagamento da indenização, alegando que o segurado teria ocultado dolosamente a informação.

Ao analisar detidamente o caso, o Tribunal de Justiça de São Paulo considerou que a *“redação do questionário de risco”* permite a *“interpretação realizada pelo autor, que entendeu desnecessário informar furto anterior, na medida em que o automóvel foi localizado, sem o pagamento de indenização”*, condenando a seguradora ao pagamento da verba securitária,

²¹ TJSP, Apelação Cível nº 1005168-06.2013.8.26.0100, 27ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Sergio Alfieri, j. em 16.08.2016.

²² TJSP, Apelação Cível nº 1006028-60.2024.8.26.0281, 34ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. L. G. Costa Wagner, j. em 05.08.2025.

deduzida a diferença do prêmio que teria sido cobrado caso a informação houvesse sido prestada adequadamente, em razão da previsão do parágrafo único do art. 766 do Código Civil.²³

Esse caso parece ser uma exceção. Regra geral, no regime de declaração espontânea, a responsabilidade pela prestação de informações continua recaindo amplamente sobre o proponente do seguro, haja questionário ou não: nesse modelo, cabe ao proponente comunicar tudo o que considerar relevante para a análise do risco, ainda que a seguradora não tenha abordado diretamente o assunto. A este respeito, Luís Poças esclarece que eventual questionário

Estabelece um quadro de referência, meramente exemplificativo, sobre as questões relevantes que devem ser informadas ao segurador, fornecendo indicadores ou padrões de relevância que transcendem as próprias perguntas especificamente formuladas e que suscitam a declaração de outros factos, que, por evidente analogia com as constantes do questionário, não poderão deixar de se afigurar como relevantes ao proponente²⁴.

O regime da declaração espontânea não é o único modelo de declaração inicial do risco: enquanto ele atribui ao proponente a responsabilidade de revelar, existem sistemas que transferem à seguradora o dever de indagar sobre os elementos importantes para a fase de subscrição, cabendo ao proponente revelar apenas o que for expressamente questionado.

Trata-se do regime do *questionário fechado*, que parte da conduta ativa da seguradora, a profissional do risco dentro da relação. Com o avanço das novas tecnologias e o incremento das informações disponíveis ao segurador, o eixo da assimetria informacional no contrato de seguro deslocou-se, sobretudo nos

²³ TJSP, Apelação Cível nº 0005521-86.2009.8.26.0655, 25ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Hugo Crepaldi, j. em 03.03.2016.

²⁴ POÇAS, Luís. *O dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 363. É possível, porém, que “[m]esmo no regime de declaração espontânea, o recurso ao questionário pelo segurador pode, de algum modo, limitar o dever de declaração, na medida em que das questões formuladas resulte expressamente que o segurador assume determinadas matérias como irrelevantes e que, portanto, manifesta desinteresse pelas mesmas” (Idem, Ibidem).

contratos massificados²⁵. Se antes era o segurado quem detinha o melhor conhecimento sobre o seu risco, hoje é possível afirmar que, em regra, as seguradoras se tornaram verdadeiras centrais de inteligência do risco, munidas de ferramentas analíticas sofisticadas e acesso amplo a dados.²⁶⁻²⁷

O desenvolvimento tecnológico e a crescente disponibilidade de dados tornaram mais precisa a avaliação de riscos pelas seguradoras. Como aponta Júlio Gomes, houve um “crescente divórcio entre as construções jurídicas do contrato de seguro e as percepções dos leigos”, pois, frequentemente, o proponente não sabe o que é relevante declarar, enquanto o segurador, sendo o “profissional do risco”, tende a compreender melhor a importância de determinada informação para a subscrição.²⁸

Esse contexto, aliado ao incremento na tutela do

²⁵ MIRAGEM, Bruno; PETERSEN, Luiza. *Direito dos seguros*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 206.

²⁶ Sobre a inversão na dinâmica de assimetria informacional: MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. Critérios para a sua aplicação. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2024, p. 362. Ainda, como explica Judith Martins-Costa, o panorama foi alterado “na ‘era das sociedades securitárias’ (*sociétés assurantielles*)” diante da “massificação social, a empresarialidade na gestão do seguro, a internacionalização das empresas dedicadas a este mister, muitas vezes coligadas a instituições financeiras, bem como a existência de novas fontes de risco e uma nova concepção do próprio risco (distinta da noção de incerteza)”. (Idem, p. 360).

²⁷ Cabe recordar que, por vezes, o segurado é quem apresenta maior expertise ou domínio sobre a avaliação do risco: “[...] no caso de uma relação empresarial, em que as partes estejam em condições de paridade com relação à apreciação do risco, ou, mesmo, na qual o tomador/segurado apresente maior expertise ou domínio sobre a avaliação do risco em comparação ao segurador, seria possível admitir o regime de declaração espontânea. Em tais casos, eventual conhecimento especializado do tomador/segurado quanto ao risco (e.g., seguro de uma máquina industrial) poderia somar-se ao conhecimento do segurador)” (MIRAGEM, Bruno; PETERSEN, Luiza. *Direito dos seguros*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 212-213).

²⁸ GOMES, Júlio. O dever de informação do (candidato a) tomador de seguro na fase pré-contratual, à luz do Decreto-lei n.º 72/2008 de 16 de Abril. *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*. Vol. II. José Lebre de Freitas et al (Coords.). São Paulo: Almedina, 2011, p. 395. No mesmo sentido, LOURO, Vanessa. Declaração Inicial do Risco no contrato de seguro: Análise do regime jurídico e breve comentário à jurisprudência recente dos Tribunais Superiores. *Revista Eletrônica de Direito*, nº 2, junho/2016, p. 7.

“segurado-consumidor”²⁹, leva ao progressivo refinamento dos regimes de declaração de risco, culminando no atual regime do questionário fechado, que busca equilibrar a assimetria informacional entre as partes. De um lado, a seguradora, experiente na análise de riscos, deve *questionar* sobre os dados que considerar relevantes; de outro, o proponente, conhecedor das circunstâncias do interesse que pretende ver segurado, deve *responder* com precisão aos questionamentos, permitindo à seguradora avaliar o risco *in concreto*. Daí se dizer que, nesse sistema, “o dever de revelar do candidato a segurado é substituído pelo dever de responder às perguntas formuladas pela seguradora”³⁰.

O *questionário* é um conjunto de perguntas técnicas formuladas pela seguradora para que se obtenha uma ideia concreta sobre a real extensão do risco. Suas perguntas constituem a base técnica e jurídica sobre a qual a seguradora aceitará ou recusará a garantia, estabelecendo as balizas que delimitam as informações relevantes para a formação do contrato, e, portanto, os aspectos sobre os quais o segurado deve prestar informações.

Enquanto no regime da *declaração espontânea* cabe ao candidato a segurado informar sobre tudo o que ele próprio entender relevante para a formação do seguro, no regime do *questionário fechado* é a seguradora quem direciona as perguntas, indicando quais são as informações relevantes para a sua análise do risco, além de esclarecer a necessidade de as respostas serem completas e claras. O segurado simplesmente responde, com veracidade e precisão, às perguntas formuladas. Se determinada pergunta não foi feita, presume-se que a circunstância não era relevante para a aceitação da seguradora³¹.

²⁹ MIRAGEM, Bruno; PETERSEN, Luiza. *Direito dos seguros*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 212.

³⁰ GIANNOTTI, Luca. O dever de informar na formação do contrato de seguro. *III Congresso Internacional de Direito do Seguro. IX Fórum José Sollero Filho*. Instituto Brasileiro de Direito do Seguro. Editora Roncarati. *No prelo*.

³¹ Conforme Luís Poças, “o segurador fica vinculado ao que foi perguntado, ao que não o foi, e ao que foi mal perguntado”. (*O dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 366).

Nesse caso, recai sobre a seguradora o ônus de questionar sobre todas as circunstâncias que entender relevantes à análise do risco e à formação do contrato. Isso significa que, caso deixe de inquirir o proponente sobre aspectos pertinentes do risco, assumirá as consequências de sua própria omissão: uma vez concluído o contrato, estará vinculada à garantia do interesse tal como apresentado. Assim, ao não questionar determinadas circunstâncias, a seguradora poderá acabar assegurando mais do que garantiria caso tivesse realizado uma análise completa desde o início.

Ao proponente, por sua vez, cabe o dever de responder de forma verdadeira e completa às perguntas que lhe forem formuladas, não sendo exigido que ultrapasse os limites dos questionamentos apresentados pela seguradora³². Todavia, exige-se “não o formalismo de uma resposta, mas a informação material suscitada por cada pergunta”, tendo-se em mente a declaração “no seu conjunto, quer para a aferição do sentido a atribuir a certas respostas, quer para avaliação da completude ou exactidão das respostas”³³.

Na prática, esse é o regime que, há anos, vem sendo aplicado aos seguros de vida no Brasil, sendo, inclusive, entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça.³⁴ A jurisprudência consolidou o entendimento de que o segurado não pode ser penalizado com a perda do direito à indenização prevista no art. 766 do Código Civil caso deixe de informar *espontaneamente* à seguradora que é portador de determinada enfermidade, sem a demonstração de má-fé. Para que a omissão enseje a perda do direito à indenização, é necessário que: (i) a seguradora tenha

³² LOURO, Vanessa. Declaração Inicial do Risco no contrato de seguro: Análise do regime jurídico e breve comentário à jurisprudência recente dos Tribunais Superiores. *Revista Eletrônica de Direito*, nº 2, junho/2016, p. 12.

³³ POÇAS, Luís. O dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro. Coimbra: Almedina, 2013, p. 366-367 e p. 378, nota de rodapé 1387.

³⁴ Súmula 609/STJ, “A recusa de cobertura securitária, sob a alegação de doença pre-existente, é ilícita se não houve a exigência de exames médicos prévios à contratação ou a demonstração de má-fé do segurado”.

exigido exames médicos prévios e estes tenham revelado a existência da doença; (ii) a seguradora tenha formulado pergunta objetiva sobre a enfermidade e o segurado tenha deliberadamente omitido a informação; ou (iii) reste comprovada a má-fé do segurado. Ou seja: as limitações da declaração inicial do risco estão na conduta da seguradora, seja ao questionar, seja ao exigir que exames sejam feitos.

Essa realidade não se aplica aos seguros especializados. Atualmente,³⁵ embora o uso de questionários para a declaração inicial do risco seja prática recorrente nos mais diversos ramos, em regra, as perguntas postas pelas seguradoras não são exaustivas e não delimitam a declaração do proponente, servindo como mero direcionamento. Ao fim e ao cabo, o modelo aplicável na vigência do Código Civil de 2002 é o regime de declaração espontânea *moderado*.³⁶

Com a promulgação da Lei do Contrato de Seguro, em dezembro de 2024, o regime da *declaração espontânea* é substituído pelo modelo do *questionário fechado*, além de terem sido previstas diversas regras atinentes à troca de informações entre o proponente e a seguradora.

Em linhas gerais, os arts. 44 a 46 da Lei do Contrato de Seguro estabelecem o regime do dever de informar na fase pré-contratual, estruturado a partir do questionário submetido pela seguradora ao potencial segurado ou estipulante. O art. 44 impõe a obrigação de fornecer as informações necessárias à aceitação da proposta e à fixação do prêmio, prevendo três consequências distintas conforme a gravidade da conduta³⁷: (i) se houver

³⁵ Refere-se à vigência dos artigos 757 ao 802 do Código Civil de 2002 até a entrada em vigor da Lei do Contrato de Seguro, quando restará revogado o Capítulo sobre o contrato de seguro no Código Civil. A partir de então, a regra geral no Direito brasileiro será o regime do *questionário fechado*.

³⁶ Sobre a gradação entre os regimes da declaração espontânea e do questionário fechado: GIANNOTTI, Luca. O dever de informar na formação do contrato de seguro. *III Congresso Internacional de Direito do Seguro. IX Fórum José Sollero Filho*. Instituto Brasileiro de Direito do Seguro. Editora Roncarati. *No prelo*.

³⁷ Lei do Contrato de Seguro, art. 44: “O potencial segurado ou estipulante é obrigado

descumprimento doloso (§1º), aplica-se a penalidade de perda da garantia, sem devolução do prêmio e com obrigação de ressarcir as despesas da seguradora; (ii) se a conduta for culposa (§2º), a garantia será reduzida proporcionalmente à diferença entre o prêmio pago e o que seria devido caso as informações corretas tivessem sido prestadas; e (iii) se os fatos omitidos revelarem risco tecnicamente impossível ou não subscrito pela seguradora (§3º), o contrato será extinto, com restituição do prêmio ao segurado e ressarcimento das despesas à seguradora. O art. 45 amplia o dever de informar, estabelecendo que as partes e terceiros intervenientes no contrato, ao responderem o questionário, devem declarar tudo o que souberem ou deveriam saber sobre o risco, segundo as regras ordinárias de conhecimento³⁸. Por sua vez, o art. 46 impõe à seguradora o dever de indicar expressamente quais informações considera relevantes e de esclarecer, em seus questionários e comunicações, as consequências do descumprimento desse dever³⁹.

Em outras palavras, “quem responde o questionário deve

a fornecer as informações necessárias à aceitação da proposta e à fixação da taxa para cálculo do valor do prêmio, de acordo com o questionário que lhe submeta a seguradora.

§ 1º O descumprimento doloso do dever de informar previsto no caput deste artigo importará em perda da garantia, sem prejuízo da dívida de prêmio e da obrigação de ressarcir as despesas efetuadas pela seguradora.

§ 2º O descumprimento culposo do dever de informar previsto no caput deste artigo implicará a redução da garantia proporcionalmente à diferença entre o prêmio pago e o que seria devido caso prestadas as informações posteriormente reveladas.

§ 3º Se, diante dos fatos não revelados, a garantia for tecnicamente impossível, ou se tais fatos corresponderem a um tipo de interesse ou risco que não seja normalmente subscrito pela seguradora, o contrato será extinto, sem prejuízo da obrigação de ressarcir as despesas efetuadas pela seguradora”.

³⁸ Lei do Contrato de Seguro, art. 45: “As partes e os terceiros intervenientes no contrato, ao responderem ao questionário, devem informar tudo de relevante que souberem ou que deveriam saber a respeito do interesse e do risco a serem garantidos, de acordo com as regras ordinárias de conhecimento”.

³⁹ Lei do Contrato de Seguro, art. 46: “A seguradora deverá alertar o potencial segurado ou estipulante sobre quais são as informações relevantes a serem prestadas na formação do contrato de seguro e esclarecer, em suas comunicações e questionários, as consequências do descumprimento do dever de informar”.

informar tudo o que conhece sobre o interesse e o risco”⁴⁰, tendo como “balizas as circunstâncias conhecidas e razoáveis”⁴¹. Além disso, cabe informar, na expressão do art. 45 da Lei do Contrato de Seguro, tudo de relevante que deveria saber a respeito do interesse e do risco a serem garantidos, de acordo com as regras ordinárias de conhecimento.

Não é exclusividade da Lei brasileira a adoção do regime do questionário fechado, o que já foi implementado em outros países⁴², como decorrência natural do avanço tecnológico e da modernização da própria técnica securitária. Afinal, se, no início, o segurado era o único conhecedor do risco – e a “balança

⁴⁰ MARLON, Tomazette. *Contrato de Seguro: comentários ao Marco Legal dos Seguros* – Lei n. 15.040/2024. São Paulo: Editora JusPodivm, 2025, p. 122.

⁴¹ JUNQUEIRA, Thiago. Comentários ao art. 766 do Código Civil. In: GOLDBERG, Ilan. JUNQUEIRA, Thiago (org.). *Direito dos seguros: comentários ao Código Civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 252.

⁴² O sistema do questionário fechado já foi implementado em outros países, como na Espanha (arts. 10 e 11 da Ley 50/1980), na Suíça (art. 4º e 6º da Loi sur le Contrat d'Assurance) e na França (art. L. 113-2, 21 do Code des Assurances). Sobre o avanço no sistema de declaração inicial do risco na França, vale a explicação do Professor Hubert Groutel: “As modalidades da declaração: começo pelo Direito francês. Este conheceu uma evolução. Na origem, a Corte de Cassação havia interpretado as disposições da lei de 13 de julho de 1930 como instituindo um sistema de ‘declaração espontânea’. Cabia ao segurado tomar a iniciativa de fazer conhecer ao segurador os elementos suscetíveis de influir na apreciação do risco por este último. Em estado puro, este sistema não pode funcionar corretamente, faltando que o segurado saiba antecipadamente tudo o que interessa ao segurador. Assim, os seguradores haviam instituído a prática do questionário ao qual o candidato deveria responder. Mas o princípio da declaração espontânea subsistia no fundo, no sentido de que se o questionário era incompleto, cabia ao candidato remediá-lo ele mesmo e fornecer a informação que não fosse solicitada. Era temerário, porque a omissão ensejava sanções legais. Assim, pouco tempo antes da Lei de 31 de dezembro de 1989, a Corte de Cassação, sem colocar diretamente em causa o princípio da declaração espontânea, atenuou seu alcance decidindo nada poder desabonar o candidato que haja respondido exatamente ao questionário. De sorte que a reforma de 1989 é mais importante no plano teórico do que no plano prático. A obrigação que pesa sobre o segurado é a de ‘responder exatamente as questões postas pelo segurador, notadamente no formulário de declaração do risco’ (art. L. 113-2, 21, *C. assur.*). Da ‘declaração espontânea’, passamos para a ‘declaração provocada’. E bem-entendido que o questionário é fechado”. (Teoria Geral do Contrato de Seguro. Estudo de Direito comparado franco-brasileiro. *III Fórum José Sollero Filho*. São Paulo: IBDS, 2003, p. 239-240).

da assimetria informativa” pendia em seu favor – hoje, a dinâmica é outra.

Atribuir ao proponente o dever de revelar todas as informações relevantes pode ser desproporcional. Afinal, como se espera que o proponente informe o que é relevante, se ele, embora tenha conhecimento das circunstâncias que particularizam o interesse segurado⁴³, normalmente não saberá o que importa para a seguradora, no momento de subscrever o risco?⁴⁴

Daí decorre a alteração do regime brasileiro⁴⁵. Com a adoção do regime do questionário fechado, a lógica passa a ser mais equilibrada. Basta recordar que, sob o art. 766 do Código Civil de 2002, incumbia ao segurado prestar todas as informações relevantes para a contratação do seguro, sob pena, caso “fizesse declarações inexatas ou omitisse circunstâncias que pudessem influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio”, de ser aplicada a consequência mais grave: a perda do direito à garantia. Com a Lei do Contrato de Seguro, por sua vez, transfere-

⁴³ MIRAGEM, Bruno; PETERSEN, Luiza. *Direito dos seguros*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 206: “[...] a dimensão do risco de cada um (risco em concreto) não corresponderá necessariamente ao risco médio do grupo (risco em abstrato), variando [...] de acordo com as características da coisa ou pessoa exposta ao risco e conforme o comportamento do titular do interesse”.

⁴⁴ Esse é o ponto central das críticas ao regime da *declaração espontânea*. Embora o proponente-segurado conheça interesse que pretende assegurar, ele não conhece quais são os riscos relevantes para a subscrição da seguradora, e, ainda assim, fica a seu cargo discernir o que é *relevante*, o que deve ser informado à seguradora. Por todos: “A manifestação espontânea apresenta a desvantagem de deixar a critério exclusivo do proponente discernir quais são as circunstâncias relevantes para a caracterização do risco e úteis para a formação do consentimento do segurador”. (STIGLITZ, Rubén S. *Derecho de Seguros*. Tomo I. 5ª ed. Buenos Aires: La Ley, 2008, p. 684). Crítica semelhante foi feita por Hubert Groutel, conforme anotação acima.

⁴⁵ Embora o modelo do questionário busque conferir maior clareza à troca de informações, não se ignoram as suas falhas, como perguntas excessivamente genéricas ou subjetivas – a exemplo das que tratam de “expectativas” de negócios ou de demandas judiciais – e questões abertas ao final do formulário, que raramente são respondidas e, ainda assim, podem suscitar abusos (GIANNOTTI, Luca. O dever de informar na formação do contrato de seguro. *III Congresso Internacional de Direito do Seguro. IX Fórum José Soltero Filho*. Instituto Brasileiro de Direito do Seguro. Editora Roncarati. *No prelo*).

se à seguradora a incumbência de formular perguntas – com base no que considerar relevante para a tomada do risco – e ao segurado o dever de respondê-las de forma adequada e precisa. Assim, se a seguradora deixar de questionar determinado aspecto de modo claro e específico, não poderá, posteriormente, alegar omissão de informações relevantes pelo segurado no momento da subscrição.

Neste contexto, o questionário é útil para delimitar as “informações que a seguradora considera importante para aquela contratação”, sendo seu fornecimento imposto à seguradora como dever legal⁴⁶. Compete-lhe redigir o questionário de forma clara e precisa, bem como esclarecer as consequências do eventual descumprimento do dever de informar.

No sistema da Lei do Contrato de Seguro, a declaração do segurado serve para *acrescer* conhecimento à seguradora sobre aquele risco. O proponente deve responder com diligência ao que foi perguntado, estando dispensado de comunicar circunstâncias notadamente conhecidas pela seguradora ou fatos de conhecimento público e notório.⁴⁷ Logo, não necessita da comprovação de fatos evidentes, nem de fatos que já sejam de

⁴⁶ MARLON, Tomazette. *Contrato de Seguro: comentários ao Marco Legal dos Seguros* – Lei n. 15.040/2024. São Paulo: Editora JusPodivm, 2025, p. 124.

⁴⁷ A boa-fé objetiva impõe às partes o ônus da autoinformação quanto às circunstâncias de conhecimento público ou de fácil conhecimento. Sobre o tema: MARTINS-COSTA, Judith. Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 867, jan. 2008. Especificamente sobre o contrato de seguro: “Costuma-se dizer que o proponente não precisa revelar ao segurador fatos que sejam do conhecimento de ambos, especialmente aqueles de notoriedade comum ou geral. Na prática, os tribunais tendem a considerar que tais informações, ainda que talvez não fossem conhecidas pelo homem comum, deveriam ser conhecidas pelo “homem de Lime Street” como parte do conhecimento profissional sobre um evento que afeta o ramo de seguro em que atua. [...] Embora existam, sem dúvida, fatos de conhecimento geral, se eles dizem respeito ao negócio que o segurador subscreve, espera-se que ele os conheça melhor do que o leigo.” (MERKIN, Robert. *Colinvaux's Law of Insurance*. 8th edition. London: Sweet & Maxwell, 2006, p. 183). Tradução livre.

conhecimento de ambos.⁴⁸⁻⁴⁹

Considere-se, por exemplo, um seguro para riscos de engenharia (contratado pelo empreiteiro) seguido de um seguro para riscos operacionais (contratado pelo dono da obra), que pasará a vigorar apenas quando o empreendimento iniciar as suas atividades. Caso ambos os seguros sejam celebrados com a mesma seguradora, ocorrendo um sinistro, esta não poderá alegar desconhecimento de circunstâncias que lhe foram comunicadas durante a obra ou relativas ao contrato de empreitada. Informações transmitidas no âmbito de um contrato de seguro são suficientes para que a seguradora seja considerada ciente no contexto do outro, desde que envolva o mesmo empreendimento.

Outra hipótese é a do segurado que tem o seu carro furtado uma vez, e, ao contratar um novo seguro veicular com a mesma seguradora, deixa de mencionar o roubo anterior. Se a seguradora tomou ciência do furto ao indenizar o segurado pela primeira vez, não há necessidade de reiterar a informação na contratação subsequente. É responsabilidade da seguradora manter controle sobre as informações que lhe foram previamente comunicadas.

Ademais, se a circunstância em questão for de conhecimento público – e.g., objeto de notícias amplamente veiculadas ou comunicações ao mercado –, a mesma orientação se impõe. A conduta de ambas as partes deve pautar-se pela boa-fé objetiva e pelo dever de colaboração dela decorrente: o proponente, embora zeloso em prestar todas as informações necessárias, não deve sobrecarregar a seguradora com documentação excessiva e desnecessária, nem precisa revelar o que já seja de conhecimento

⁴⁸ POÇAS, Luís. *O dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 437.

⁴⁹ Reconhece-se que o “dever de revelar ao segurador” compreende “aquelas circunstâncias anômalas que, ainda que não referidas no questionário, influem notoriamente no risco”, conforme Júlio Gomes em citação de POÇAS, Luís. *O dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 364, nota de rodapé 1332.

comum ou de notoriedade geral.

Como bem explica Antígono Donati, a finalidade da declaração do risco é tornar conhecidas as circunstâncias que o influenciam. Se esse objetivo for alcançado – ainda que por outras fontes –, e a seguradora dispuser de meios para avaliar o risco assumido, não haverá violação do dever de declaração por parte do proponente.⁵⁰

Por fim, é necessário esclarecer a amplitude temporal da declaração do risco: independentemente do regime aplicável, cabe ao proponente declarar apenas as circunstâncias de que tenha conhecimento até o momento em que o contrato de seguro comece a produzir efeitos.⁵¹ A partir daí, eventuais alterações no conhecimento do proponente sobre o estado do risco passam a ser regidas pelas normas específicas sobre modificação do risco.⁵²

Embora possa parecer evidente, ocorrem, por vezes, confusões entre falhas informativas na declaração inicial do risco (verificados na formação do contrato de seguro) e o agravamento do risco (verificado durante a sua execução).⁵³ Se o contrato se

⁵⁰ DONATI, Antígono. *Trattato del diritto delle assicurazioni private*. v. II. Milano: Giuffrè, 1954, p. 313.

⁵¹ Com isso, não se está querendo dizer que a prestação de informações está limitada à fase pré-contratual. Como está, inclusive, no *caput* do art. 47 Lei do Contrato de Seguro, existem situações em que o fornecimento de informações deve ser contínuo: “Quando o seguro, por sua natureza ou por expressa disposição, for do tipo que exige informações contínuas ou averbações de globalidade de riscos e interesses, a omissão do segurado, desde que comprovada, implicará a perda da garantia, sem prejuízo da dívida do prêmio”.

⁵² Essa distinção, por vezes, não é clara: um segurado que estaciona seu veículo todos os dias em via pública, e, quando decide contratar um seguro indica à seguradora que estaciona em garagem fechada não *agrava* o risco inicialmente previsto, fazendo incidir o regime do *agravamento do risco* (na Lei do Contrato de Seguro, previsto nos arts. 13-18). Na hipótese descrita, o risco sempre foi o mesmo, e jamais foi aumentado – o segurado apenas alterou tal informação no momento em que contratou o seguro, estando sujeito às sanções do art. 44 da Lei do Contrato de Seguro.

⁵³ Essa confusão, contudo, pode ser frequentemente encontrada em julgados Brasil afora, *e.g.*, “[...] Omissão consciente de informações relevantes para a contratação conforme os riscos apresentados. Agravamento do risco contratado em afronta ao disposto no art. 766 do Código Civil, o que desautoriza o pagamento da indenização

formou sob premissas equivocadas, as consequências são as previstas no art. 44 da Lei do Contrato de Seguro; por sua vez, inexistindo vícios na declaração inicial do risco, eventual modificação do risco durante a vigência da apólice atrairá a aplicação dos arts. 13 a 18 da Lei. Em outras palavras: na primeira hipótese, não há agravamento do risco, mas simples ausência de informação adequada desde o início.

Compreendida a lógica e a evolução dos regimes de declaração inicial do risco – do modelo espontâneo ao questionário fechado –, é possível avançar para um ponto crucial: as consequências jurídicas de eventuais falhas nessa declaração. A seguir, examina-se como o novo regime interage com o já previsto no Código Civil e quais impactos essa disciplina trará para seguradoras e segurados.

3. AS CONSEQUÊNCIAS DECORRENTES DA FALHA INFORMACIONAL

Além de alterar o sistema de declaração do risco pelo segurado, substituindo o antigo regime da declaração espontânea pelo regime do questionário fechado, a Lei do Contrato de Seguro trouxe maior clareza quanto às consequências do que denominou “descumprimento do dever de informar” pelo proponente do seguro⁵⁴ – razão pela qual essa será a expressão adotada neste estudo.

O Código Civil de 2002 já havia apresentado importante inovação nesse ponto. Enquanto o Código Civil de 1916 determinava que a prestação de informações inverídicas na formação

pretendida. [...]” (TJSP, Apelação Cível nº 1005721-26.2022.8.26.0007, 27ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Luis Roberto Reuter Torro, j. em 10.02.2025). As mesmas críticas já foram tecidas em: TZIRULNIK, Ernesto. *Reflexões sobre o agravamento do risco nos seguros de danos*. 2ª ed. São Paulo: Contracorrente, 2021, p. 59 e ss.

⁵⁴ O “descumprimento doloso do dever de informar” está previsto no art. 44, § 1º, e o “descumprimento culposo do dever de informar” consta no § 2º do mesmo artigo.

do contrato de seguro culminava na perda do “direito ao valor do seguro”⁵⁵, o Código Civil de 2002 instituiu um sistema bipartite, distinguindo as consequências da falha informacional *dolosa* das decorrentes de conduta *culposa*.

A distinção está na leitura integral do art. 766 do Código Civil. Ao passo que o *caput* prevê consequências ao proponente que age com *dolo*⁵⁶ ao prestar informações à seguradora na formação do contrato, o *parágrafo único* do mesmo artigo trata das hipóteses em que “a inexatidão ou omissão nas declarações” não resulta de “má-fé do segurado” – ou seja, quando há conduta *culposa*. Em cada cenário, a consequência jurídica é distinta.

Quando o proponente presta declarações inexatas ou omite circunstâncias relevantes de forma *dolosa*, a consequência prevista é a mais grave: a perda do direito à garantia, sem restituição do prêmio já pago. Para que isso ocorra, a jurisprudência⁵⁷ tem estabelecido que (i) a informação omitida deve ter sido concretamente relevante no momento da análise de risco, seja porque influiu na decisão da seguradora de aceitar oferecer a garantia para aquele risco, seja porque influiu no cálculo do prêmio

⁵⁵ Código Civil de 1916, art. 1.144 “Se o segurado não fizer declarações verdadeiras e completas, omitindo circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito ao valor do seguro, e pagará o prêmio vencido”. Como bem apontou Carvalho Santos, naquela época não havia um regime *especial* que estabelecia consequências específicas à falha informacional cometida na formação do contrato de seguro, aplicando-se, portanto, “a teoria geral sobre o erro e o dolo nas declarações de vontade”. A consequência prevista para a falha informacional seria, portanto, a nulidade do contrato de seguro, sendo que apenas a omissão dolosa implicaria o pagamento do prêmio vencido, como forma de punição. (CARVALHO SANTOS, João Manuel de. *Código Civil Brasileiro interpretado*, principalmente do ponto de vista prático. 10ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981, p. 295-296, 302).

⁵⁶ Trata-se de dolo por defeito informativo, que compreende tanto o *dolo omissivo* do proponente que deixa de informar a seguradora sobre circunstâncias relevantes, quanto *dolo comissivo* do proponente que presta informações inexatas à seguradora. Sobre o tema: BENETTI, Giovana. Dolo e fraude no contrato de seguro: duas faces da mesma moeda. *Temas atuais de Direitos do Seguro*. Tomo I. Ilan Goldberg, Thiago Junqueira (Coords.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 624.

⁵⁷ E.g., TJSP, Apelação Cível nº 1022895-56.2022.8.26.0554, 25ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Mary Grün, j. em 28.02.2025.

cobrado; e (ii) a informação omitida deveria ser conhecida pelo proponente à época da formação do contrato de seguro.

O parágrafo único do art. 766 do Código Civil, por sua vez, cria uma exceção à regra do *dolo*: “*se a inexactidão ou omissão nas declarações não resultar de má-fé do segurado, o segurador terá direito a resolver o contrato, ou a cobrar, mesmo após o sinistro, a diferença do prêmio*”. Ou seja, se a falha informacional for meramente culposa, duas soluções são possíveis: a resolução do contrato pela seguradora – hipótese em que o segurado receberá a restituição do prêmio pago – ou o pagamento da diferença entre o prêmio que teria sido cobrado sem a falha e o efetivamente pago.⁵⁸

Nessas hipóteses, em que a inexactidão das informações prestadas pelo proponente decorre de negligência, parte da doutrina já defendia que a solução mais adequada não seria a simples resolução contratual, mas sim o pagamento da diferença do prêmio. Tal entendimento tem como fundamento a boa-fé objetiva estabelecida no art. 422 do Código Civil, que “*paralisa o direito de resolução*” previsto na primeira parte do parágrafo único do art. 766, e, privilegiando a manutenção do contrato, conduz à aplicação da segunda parte do dispositivo – o aumento proporcional do prêmio pela seguradora –, solução considerada mais compatível com a boa-fé objetiva.⁵⁹

Especialmente quando a falha informacional culposa fosse identificada somente após a ocorrência do sinistro, parcela da doutrina entendia que a cobrança adicional do prêmio era a única alternativa viável – reservando-se a resolução para os casos em que a falha informacional fosse percebida antes do sinistro. Tal conclusão decorre da seguinte lógica: após a ocorrência do sinistro, o segurado já não poderia contratar um novo seguro

⁵⁸ A diferença do prêmio poderia ser cobrada nos casos em que a prestação inexata de informações, apesar de influir na celebração do contrato, não é a razão para a sua existência.

⁵⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Boa-fé e seguro. *III Fórum José Sollero Filho*. São Paulo: IBDS, 2003, p. 90.

– agora isento de falhas informacionais – para proteger aquele interesse. Afinal, não se celebra contrato de seguro para garantir um risco já concretizado. Assim, se o contrato fosse resolvido em razão de uma falha informacional culposa, o segurado ficaria totalmente desamparado: perderia a cobertura originalmente contratada e, ao mesmo tempo, estaria impossibilitado de buscar nova proteção no mercado para aquele evento já ocorrido.⁶⁰

O regime instituído pela nova Lei do Contrato de Seguro é ainda mais claro ao distinguir o descumprimento doloso e o descumprimento culposos do segurado. Além de o art. 44 estabelecer balizas para o dever de informar por meio do regime do questionário fechado, o dispositivo elenca as hipóteses de descumprimento desta obrigação e as respectivas consequências.

Como mencionado, o parágrafo primeiro do art. 44 estabelece que o descumprimento *doloso* do dever de informar culminará na consequência já conhecida: a perda da garantia securitária, sem devolução do prêmio pago pelo tomador da apólice.

⁶⁰ TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloisa Helena, BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 576-577. A despeito da adequada análise doutrinária, sem deixar de tecer críticas, Alberto Monti considera que, pela interpretação da literalidade do parágrafo único do art. 766 “o segurador pode ainda requerer a resolução do contrato mesmo depois de ocorrido o sinistro, assim ficando livre da obrigação de efetivar o pagamento da indenização pactuada mediante a simples restituição do prêmio”. Ao comentar o então projeto da Lei 15.040/2024, o autor segue: “Por outro lado, o artigo 49 do Projeto de Lei [atual art. 44 da Lei 15.040/2024] prevê a redução proporcional da prestação devida pelo segurador na hipótese em que o sinistro já tenha ocorrido. A norma prevista no Projeto parece, sem dúvida, a mais correta, não porque mais favorável ao segurado do que a prevista atualmente no artigo 766 do Código Civil, mas, principalmente, se considerarmos que dificilmente o segurador, depois de ocorrido o sinistro, aceitaria a diferença do prêmio para arcar com o pagamento da indenização pactuada”. (MONTI, Alberto. A boa-fé no Projeto de Lei 3.555/04. *IV Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito do Seguro, 2004, p. 36). A redação do art. 44 da Lei 15.040/2024 restringe a possibilidade de cobrança da diferença de prêmio para os casos em que houver falha informacional de origem *culposa* – seja ela percebida antes ou após o sinistro. Apesar da alteração durante a tramitação do projeto de lei, as consequências parecem ser as mesmas percebidas por Alberto Monti, em 2006: a seguradora não poderá simplesmente resolver o contrato diante da falha informacional.

Parte-se do pressuposto, portanto, de que os critérios utilizados para o cálculo do prêmio decorrem das informações solicitadas pela seguradora no questionário de análise de risco. Assim, sob a nova disciplina, a alegação de conduta dolosa do proponente continua exigindo a demonstração de que a informação omitida era efetivamente relevante no momento da avaliação inicial do risco – especialmente porque o *caput* do art. 44 impõe ao proponente o dever de prestar as “informações necessárias à aceitação da proposta e à fixação da taxa para cálculo do valor do prêmio”. Assim, se a seguradora não demonstrar que a informação omitida ou distorcida teria impactado sua decisão de assumir o risco, não poderá invocar a perda da garantia.⁶¹⁻⁶²

Nessa perspectiva, o *dolo* consiste na omissão intencional de circunstâncias relevantes ou na inexatidão intencional das declarações prestadas à seguradora⁶³. Para identificar quais informações são relevantes, o proponente deve levar em consideração tanto o questionário, previsto no art. 44, *caput*, quanto os alertas específicos da seguradora, estampados no art. 46.⁶⁴ Caso a seguradora não indique ao proponente que determinada circunstância é relevante para sua decisão, não poderá posteriormente alegar omissão dolosa do segurado.

Além de reafirmar as consequências já previstas no art. 766 do Código Civil, a Lei conferiu maior segurança à seguradora que, após despender recursos na fase de subscrição, descobre que as informações fornecidas pelo proponente eram inverídicas e que, na verdade, o risco assumido era outro. Nessas

⁶¹ MONTI, Alberto. A boa-fé no Projeto de Lei 3.555/04. *IV Fórum de Direito do Seguro José Sollerio Filho*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito do Seguro, 2004, p. 33.

⁶² Ressalvam-se “aquelas circunstâncias anômalas que, ainda que não referidas no questionário, influem notoriamente no risco” (conforme nota de rodapé 47 acima).

⁶³ BENETTI, Giovana. *Dolo no Direito Civil: uma análise da omissão de informações*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

⁶⁴ MONTI, Alberto. A boa-fé no Projeto de Lei 3.555/04. *IV Fórum de Direito do Seguro José Sollerio Filho*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito do Seguro, 2004, p. 34.

hipóteses, a legislação atribui à parte que agiu com dolo na prestação das informações a obrigação de ressarcir as despesas assumidas pela seguradora no processo de subscrição.

Tal previsão serve como um incentivo para que as seguradoras adotem maior diligência no momento da avaliação inicial do risco, evitando condutas negligentes ou excessivamente econômicas na coleta e análise das informações prestadas pelo proponente. Para uma avaliação mais precisa, as seguradoras podem, a depender das circunstâncias concretas, se valer da contratação de peritos especializados em determinado interesse segurado⁶⁵ e, quando necessário, promover visitas técnicas ao local do risco, a fim de averiguar suas condições antes de aceitar a cobertura.⁶⁶ Nessas hipóteses, caso a seguradora venha a incorrer em custos relacionados ao processo de subscrição – como honorários de especialistas ou despesas operacionais decorrentes das diligências realizadas –, e, posteriormente, constate que a garantia foi concedida para um risco diverso daquele que lhe fora inicialmente apresentado em razão de uma conduta dolosa do proponente, terá direito ao reembolso desses gastos.

A título de exemplo, imagine-se que uma seguradora mobilizou uma equipe especializada e a transportou até o interior da Floresta Amazônica para visitar uma usina hidrelétrica e analisar o risco do empreendimento, na fase de subscrição de um seguro contra riscos operacionais. Após a visita e a formação do contrato com base nas informações prestadas pelo segurado, descobriu-se que ele havia prestado informações falsas ao responder o questionário formulado pela seguradora, com o

⁶⁵ Em seguros de obra de arte, por exemplo, privilegia-se a contratação de peritos especializados, que saberão avaliar desde a autenticidade da obra, até mesmo as medidas adequadas de conservação.

⁶⁶ A jurisprudência já reconhece que, se a seguradora, ao aceitar o risco, prevê a possibilidade de realizar vistoria prévia e opta por não fazê-la, não poderá, posteriormente, alegar que o segurado omitiu dolosamente informações que poderiam ter sido constatadas por meio de tal vistoria: *e.g.*, TJDF, Apelação Cível nº 0702193-05.2019.8.07.0003, 4ª Turma Cível, Rel. Des. Luís Gustavo B. de Oliveira, j. em 03.06.2020.

objetivo de mascarar os reais riscos da operação para obter determinada cobertura mediante o pagamento de um prêmio reduzido. Nessa situação, além de negar a garantia para a operação, a seguradora poderá reter o prêmio pago e exigir o reembolso das despesas efetuadas na fase de subscrição.

Importa destacar que o regime do dolo previsto na Lei do Contrato de Seguro difere daquele estabelecido na Parte Geral do Código Civil.⁶⁷ Ainda que as figuras sejam próximas, as consequências não se confundem. Nas hipóteses em que há dolo por defeito informativo, a Parte Geral prevê duas possibilidades: se houver dolo *principal*, a consequência é a anulação do contrato, que atua no plano da validade, acrescida, quando cabível, de indenização por eventuais danos; se houver dolo *acidental*, o contrato se mantém, limitando-se a consequência ao dever de indenizar, no plano da eficácia. Nos seguros, por sua vez, a consequência do dolo informacional na fase formativa é *sui generis*: o segurado perde o direito à garantia, a seguradora tem direito ao ressarcimento dos custos incorridos na subscrição, e o prêmio pago não é devolvido. São, portanto, consequências que também se situam no plano da eficácia, mas com alcance mais amplo.

Para que se configure a conduta *dolosa* do proponente, é imprescindível a comprovação de dois elementos: o *objetivo*, representado pela omissão ou prestação incorreta de informações relevantes pelo proponente; e o *subjetivo*, consistente na intenção de enganar a seguradora no momento da formação do contrato de seguro.⁶⁸ O ônus da prova de ambos os elementos recai sobre a seguradora.⁶⁹ Caso esta comprove apenas a falha

⁶⁷ Mesmo na vigência do Código Civil de 2002, já havia essa diferenciação. Sobre o tema: BENETTI, Giovana. Dolo e fraude no contrato de seguro: duas faces da mesma moeda. *Temas atuais de Direitos do Seguro*. Tomo I. Ilan Goldberg, Thiago Junqueira (Coords.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 627.

⁶⁸ BENETTI, Giovana. Dolo e fraude no contrato de seguro: duas faces da mesma moeda. *Temas atuais de Direitos do Seguro*. Tomo I. Ilan Goldberg, Thiago Junqueira (Coords.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 627.

⁶⁹ Por se tratar de fato extintivo do direito da segurada (art. 373, II, do CPC), o ônus de provar que o segurado incorreu em falha informacional dolosa é da seguradora.

informacional, sem demonstrar a intenção dolosa, a situação será tratada como descumprimento culposo, aplicando-se as consequências correspondentes.

Para o caso de descumprimento *culposo* do dever de informar pelo segurado, a Lei promoveu relevantes alterações, diferenciando duas situações: (i) aquela em que, mesmo havendo omissão, o contrato ainda assim teria sido celebrado, mas com prêmio distinto; e (ii) aquela em que, se as informações tivessem sido prestadas corretamente no momento da subscrição, a seguradora não teria celebrado o contrato.⁷⁰

O primeiro caso está previsto no art. 44, §2º da Lei do Contrato de Seguro. Na hipótese de descumprimento *culposo* do dever de informar pelo proponente, a garantia contratual deverá ser ajustada proporcionalmente, de modo a refletir aquela que teria sido concedida mediante o prêmio efetivamente pago. Nesse cenário, ao contrário do que previa o parágrafo único do art. 766 do Código Civil, a seguradora não poderá resolver o contrato com fundamento na falha informacional, devendo, em vez disso, reduzir a garantia originalmente oferecida para que seja compatível com o prêmio pago.

Por sua vez, o §3º do art. 44 estabelece as hipóteses nas quais a seguradora, se tivesse pleno conhecimento dos fatos no momento da formação do contrato, não teria o celebrado, seja porque a garantia é tecnicamente impossível, seja por se tratar de um ramo de seguro que não é por ela comercializado. Nesse caso, o contrato deve ser “extinto”, e a seguradora poderá cobrar as despesas em que incorreu para na fase de subscrição. Constatada a impossibilidade da prestação, a consequência é a

Nesse sentido: TJSP, Apelação Cível nº 1002120-68.2020.8.26.0011, 35ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Gilson Delgado Miranda; Órgão Julgador, j. em 02.10.2020.

⁷⁰ A hipótese prevista no §3º do artigo 44 também parece se aplicar apenas aos casos em que há falha informacional *culposa*, mas que haja impossibilidade de prestação da garantia pela seguradora – seja porque a garantia é tecnicamente impossível, seja porque a seguradora não atua no ramo cujo risco pretende-se, após sanados os vícios informacionais, subscrever.

resolução do contrato, com restituição ao segurado do prêmio pago e direito da seguradora ao reembolso das despesas realizadas.

Em muitos casos, os seguros são estipulados em favor de terceiro – isto é, o interesse garantido (do segurado) é distinto do interesse de quem contrata (o estipulante)⁷¹. Em se tratando de seguros coletivos, a Lei do Contrato de Seguro previu uma proteção adicional: a seguradora somente poderá alegar falha informacional do segurado quanto às declarações prestadas na formação do contrato se o documento de adesão ao seguro tiver seu conteúdo preenchido pessoalmente pelo próprio segurado ou beneficiário, e não apenas pelo estipulante.⁷²

O objetivo da norma parece ser evitar a perda de direitos do segurado em razão de eventuais falhas no preenchimento das informações cometidas por um terceiro – o estipulante. Isso porque, nesses casos, quem formaliza o contrato e fornece os dados à seguradora não é o titular da cobertura. Assim, a Lei do Contrato de Seguro busca proteger o segurado inserido em um seguro coletivo que não presta diretamente as informações à seguradora, mas depende do intermédio do estipulante.

Com a nova disciplina, eventual falha informacional somente poderá ser invocada para afastar a obrigação de indenizar da seguradora quando cometida pelo próprio segurado ou beneficiário. O risco de imprecisão informacional por parte do estipulante passa, portanto, a ser suportado pela seguradora, e não mais pelo segurado.

⁷¹ É o que prevê o art. 24, *caput*, da Lei do Contrato de Seguro: “O seguro será estipulado em favor de terceiro quando garantir interesse de titular distinto do estipulante, determinado ou determinável”.

⁷² Trata-se da redação do art. 32, *parágrafo único*: “art. 32. O estipulante de seguro coletivo representa os segurados e os beneficiários durante a formação e a execução do contrato e responde perante eles e a seguradora por seus atos e omissões. *Parágrafo único*. Para que possam valer as exceções e as defesas da seguradora em razão das declarações prestadas para a formação do contrato, o documento de adesão ao seguro deverá ter seu conteúdo preenchido pessoalmente pelos segurados ou pelos beneficiários”.

Em síntese, a nova Lei do Contrato de Seguro não apenas alterou a forma de transmissão das informações, mas também estabeleceu, de maneira mais clara e detalhada, os efeitos decorrentes da falha informacional, distinguindo expressamente as hipóteses de conduta dolosa, culposa e aquelas em que, posteriormente, se revele a impossibilidade de garantia.

4. CONCLUSÕES

O regime aplicável ao contrato de seguro no Brasil está prestes a passar por mudanças relevantes. Com o início da vigência da Lei do Contrato de Seguro, o sistema de declaração inicial do risco será modificado.

Como visto, no Código Civil, a regra geral é o regime da *declaração espontânea* do risco, que impõe ao proponente a prestação de todas as informações que entender como relevantes para a formação do contrato. Já com a entrada em vigor da Lei do Contrato de Seguro, passará a ser adotado o modelo do questionário fechado, por meio do qual cabe ao proponente responder os questionamentos formulados pela seguradora sobre as circunstâncias que considere relevantes para sua decisão de subcrever o risco.

As consequências da inexatidão na declaração inicial do risco também sofreram modificações, tornando-se mais claras. O regime anterior, previsto no art. 766 do Código Civil, já buscava distinguir entre condutas culposas e dolosas com a atribuição de consequências distintas. No entanto, o abrandamento previsto no parágrafo único – para os casos de falha informacional “sem má-fé” (*i.e.*, culposa) – raramente era aplicado pelos Tribunais, que tendiam a tratar ambas as hipóteses com igual severidade.

A nova legislação, por sua vez, esclarece expressamente essa distinção. Quando a falha informacional for dolosa, aplica-se a penalidade de perda da garantia, conforme o art. 44, §1º. Já

nos casos de falha culposa, a consequência passa a ser a redução proporcional da garantia, nos termos do §2º do mesmo artigo. Além disso, a Lei inova ao prever uma terceira situação: se, à luz dos fatos posteriormente revelados, a prestação da garantia se mostrar impossível, o contrato deverá ser extinto.

Ao fim e ao cabo, a Lei do Contrato de Seguro representa um avanço significativo no regime de declaração inicial do risco, ao adotar como regra o modelo objetivo do questionário fechado. Essa opção legislativa contribui para maior transparência e clareza na fase pré-contratual, ao delimitar com precisão as informações exigidas do proponente. Além disso, em relação às falhas informacionais na formação do contrato de seguro, a Lei reforça o regime já existente, estabelecendo medidas proporcionais à gravidade da conduta – distinguindo expressamente entre condutas dolosas, culposas ou aquelas que, posteriormente, revelem a impossibilidade de garantir o risco.



5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- BENETTI, Giovana. *Dolo no Direito Civil: uma análise da omissão de informações*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.
- _____. Dolo e fraude no contrato de seguro: duas faces da mesma moeda. *Temas atuais de Direitos do Seguro*. Tomo I. Ilan Goldberg, Thiago Junqueira (Coords.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- _____. O dever de informar no contrato de seguro. In: Camila Affonso Prado; Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho; Flaviana Rampazzo Soares; Nelson Rosendal. (Org.).

- Seguros e responsabilidade civil*. 1ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2024.
- CARVALHO SANTOS, João Manuel de. *Código Civil Brasileiro interpretado*, principalmente do ponto de vista prático. 10ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981.
- DONATI, Antigono. *Trattato del diritto delle assicurazioni private*. v. II. Milano: Giuffrè, 1954.
- GARRIDO Y COMAS, J.J. *Teoria General y derecho español de los seguros privados*. Tomo I. Vol. I. Madrid: Consejo General de Agentes y Corredores de Seguros de España, 1986.
- GIANNOTTI, Luca. O dever de informar na formação do contrato de seguro. *III Congresso Internacional de Direito do Seguro. IX Fórum José Sollero Filho*. Instituto Brasileiro de Direito do Seguro. Editora Roncarati. *No prelo*.
- GOMES, Júlio. O dever de informação do (candidato a) tomador de seguro na fase pré-contratual, à luz do Decreto-lei n.º 72/2008 de 16 de Abril. *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*. Vol. II. José Lebre de Freitas *et al* (Coords.). São Paulo: Almedina, 2011.
- GROUTEL, Hubert. Teoria Geral do Contrato de Seguro. Estudo de Direito comparado franco-brasileiro. *III Fórum José Sollero Filho*. São Paulo: IBDS, 2003.
- INSTITUTO DE RESSEGUROS DO BRASIL (IRB). *Vocabulário conceituado de seguros*. Rio de Janeiro: FUNENSEG, 1996.
- JUNQUEIRA, Thiago. Comentários ao art. 766 do Código Civil. In: GOLDBERG, Ilan. JUNQUEIRA, Thiago (org.). *Direito dos seguros: comentários ao Código Civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.
- LOURO, Vanessa. Declaração Inicial do Risco no contrato de seguro: Análise do regime jurídico e breve comentário à jurisprudência recente dos Tribunais Superiores. *Revista*

- Electrónica de Direito*, nº 2, junho/2016.
- MARTINS-COSTA, Judith. Boa-fé e seguro. *III Fórum José Sollero Filho*. São Paulo: IBDS, 2003.
- _____. Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 867, jan. 2008.
- _____. *A boa-fé no direito privado*. Critérios para a sua aplicação. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2024.
- MENEZES CORDEIRO, António. *Direito dos Seguros*. Coimbra: Almedina, 2013.
- MERKIN, Robert. *Colinvaux's Law of Insurance*. 8th edition. London: Sweet & Maxwell, 2006.
- MIRAGEM, Bruno; PETERSEN, Luiza. *Direito dos seguros*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.
- MONTI, Alberto. A boa-fé no Projeto de Lei 3.555/04. *IV Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito do Seguro, 2004.
- POÇAS, Luís. *O dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*. Coimbra: Almedina, 2013.
- STIGLITZ, Rubén S. *Derecho de Seguros*. Tomo I. 5ª ed. Buenos Aires: La Ley, 2008.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- TOMAZETTE, Marlon. *Contrato de Seguro: comentários ao Marco Legal dos Seguros – Lei n. 15.040/2024*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2025.
- TZIRULNIK, Ernesto. *Reflexões sobre o agravamento do risco nos seguros de danos*. 2ª ed. São Paulo: Contracorrente, 2021.
- TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz Bezerra; PIMENTEL, Ayrton. *O Contrato de Seguro de*

acordo com o Código Civil brasileiro. 3ª ed. São Paulo:
Editora Roncarati, 2016.

FRAUDE AO QUADRADO: UMA ANÁLISE ECONÔMICA DA POLÍTICA DE COTAS FEMININAS NAS ELEIÇÕES

Bruno Bodart¹

Resumo: O artigo examina fenômeno recente do contencioso eleitoral brasileiro, aqui denominado “fraude ao quadrado”: a fabricação, por grupo político adversário, da aparência de fraude à cota feminina do rival, mediante cooptação de candidata para que renuncie após o termo final do prazo de substituição, seguida do ajuizamento de ação de investigação judicial eleitoral destinada a obter, pela via judicial, a cassação da chapa e a redistribuição dos mandatos que as urnas negaram ao grupo cooptador. Sustenta-se que a conduta configura ilícito plurissubjetivo e plurissubsistente, decomponível em quatro elementos – o ajuste, a renúncia cronometrada, a encenação probatória e a judicialização instrumental –, e que sua repressão reclama resposta coordenada nas esferas eleitoral, penal e processual. Recorre-se ao instrumental da análise econômica do Direito para demonstrar que o regime de responsabilidade objetiva consagrado na Súmula n. 73 do Tribunal Superior Eleitoral cria gatilho sancionatório fabricável por terceiros interessados, cuja exploração é estimulada pela impunidade e pela recompensa política superior ao dano, sem que a responsabilidade objetiva do partido e dos candidatos da chapa encontre justificativa teórica ou empírica consistente. Defende-se, por isso, a revisão do regime sumular,

¹LL.M. (Master of Laws) pela Harvard Law School. Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP), com período na Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (Alemanha). Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Diretor da Escola Judiciária Eleitoral do Rio de Janeiro (EJE/RJ). Ex-Presidente da Associação Brasileira de Direito e Economia (ABDE). Foi Professor Substituto na Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e Visitante na Fundação Getúlio Vargas (FGV/Rio).

com a individualização das sanções nos comprovadamente envolvidos no ilícito. Examinam-se, ainda, o efeito inibitório (*chilling effect*) da prática sobre candidaturas femininas autênticas, os argumentos favoráveis e contrários à política de cotas à luz da evidência empírica comparada e os parâmetros de calibragem entre responsabilidade objetiva e subjetiva no desenho ótimo do *enforcement* eleitoral.

Palavras-Chave: Fraude à cota feminina; Fraude ao quadrado; Análise econômica do Direito; Abuso de poder; Litigância predatória; Denunciação caluniosa eleitoral; Chilling effect.

Abstract: This article examines a recent phenomenon in Brazilian electoral litigation, here labeled “fraud squared”: the fabrication, by a rival political group, of the appearance of female-candidacy quota fraud, by co-opting a female candidate to withdraw after the deadline for candidate substitution, followed by the filing of an electoral judicial investigation action designed to obtain, through the courts, the invalidation of the entire party slate and the resulting redistribution of the seats denied to the co-opting group at the polls. It is argued that this conduct constitutes a multi-agent, multi-act electoral offense comprising four elements – the agreement, the timed withdrawal, the evidentiary staging, and the instrumental resort to litigation – and that its deterrence and punishment require a coordinated response in the electoral, criminal, and procedural spheres. Drawing on law and economics, the article shows that the *strict liability* regime enshrined in case-law statement (Súmula) No. 73 of the Superior Electoral Court creates a sanctioning trigger that interested third parties can manufacture, whose exploitation is encouraged by impunity and by a political reward exceeding any actual harm, while the strict and collective liability of the party and its candidates lacks consistent theoretical or empirical justification. The article therefore advocates the revision of the

precedent, with sanctions individualized upon those proven to be involved in the scheme. It further examines the *chilling effect* of this practice on authentic female candidacies, the arguments for and against candidate quotas in light of comparative empirical evidence, and the parameters for calibrating strict and fault-based liability in the optimal design of electoral *enforcement*.

Keywords: Female candidacy quota fraud; Fraud squared; Law and economics; Abuse of power; Predatory litigation; Electoral malicious prosecution; Chilling effect.

1. INTRODUÇÃO

Narra-se que, durante a dominação britânica na Índia, a administração colonial de Délhi, alarmada com a proliferação de serpentes peçonhentas, passou a pagar recompensa por cada cobra morta apresentada às autoridades. O resultado foi o oposto do pretendido: a população local passou a criar cobras em cativeiro para capturar o prêmio e, encerrado o programa, os espécimes remanescentes foram soltos, ampliando a infestação original. O episódio, popularizado na literatura econômica como “efeito cobra” (*cobra effect*), tornou-se a ilustração canônica de uma lição de desenho institucional: todo sistema de recompensas ou de sanções atreladas a um fato verificável cria, simultaneamente, incentivos para a fabricação artificial desse mesmo fato.²

O contencioso das eleições municipais de 2024 começa a revelar a versão eleitoral do fenômeno. A severidade das consequências atribuídas à fraude à cota feminina (cassação do demonstrativo de regularidade de atos partidários (DRAP), perda dos diplomas de todos os candidatos da chapa

²SIEBERT, Horst. *Der Kobra-Effekt: Wie man Irrwege der Wirtschaftspolitik vermeidet*. Stuttgart: Deutsche Verlags-Anstalt, 2001. A historicidade do episódio é discutida, mas a sua função ilustrativa tornou-se canônica na literatura sobre incentivos perversos.

independentemente de prova de participação, inelegibilidade dos envolvidos e nulidade dos votos com recontagem dos quocientes eleitoral e partidário, nos termos da Súmula n. 73 do Tribunal Superior Eleitoral³) converteu a acusação de “candidatura laranja” em ativo político de elevado valor. Multiplicam-se, em consequência, relatos de que grupos políticos passaram a cooptar candidatas do partido rival para que renunciem quando já esgotado o prazo de substituição, com o propósito deliberado de fabricar, contra o adversário, a aparência de descumprimento do percentual mínimo de candidaturas femininas; prática que este artigo propõe denominar como fraude ao quadrado: a fraude que consiste em simular a fraude alheia.⁴

O presente artigo tem um objetivo triplo: conceituar o ilícito, explicar os incentivos econômicos que o engendram e sistematizar o arsenal repressivo disponível no ordenamento brasileiro. A tese central é a de que a fraude ao quadrado constitui ilícito plurissubjetivo e plurissubsistente, lesivo em dupla dimensão – contra a soberania popular e contra a própria política afirmativa –, cuja proliferação decorre de uma falha previsível de desenho institucional, a saber: a combinação entre sanção drástica de gatilho fático fabricável, responsabilidade objetiva da chapa acusada e impunidade dos fabricantes. Sem a estruturação de um *enforcement* de segunda ordem – é dizer, de sanções dirigidas contra o acionamento fraudulento do próprio aparato sancionador –, o mecanismo de proteção da participação política feminina tende a ser convertido em arma de aniquilação recíproca entre agremiações partidárias, com prejuízo justamente para as mulheres que a norma pretendeu beneficiar.

³BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Súmula n. 73, aprovada pelo Acórdão de 16-5-2024 no PA n. 32345, DJE de 3, 4 e 5-6-2024. O enunciado é transcrito integralmente na Seção 2.2, *infra*.

⁴A expressão “fraude às avessas” consta de sentença proferida no contencioso fluminense das eleições de 2024, transcrita no acórdão examinado na Seção 3.3, *infra* (BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro. Recurso Eleitoral n. 0600689-62.2024.6.19.0051, Rel. Des. Bruno Bodart).

Para desenvolver essa tese, o trabalho se estrutura em quatro seções, além desta introdução e da conclusão. Inicialmente, examina-se o regime jurídico da cota feminina e da repressão à sua fraude, com destaque para o fundamento funcional da política afirmativa, para o balanço comparado de seus prós e contras e para o modelo de responsabilidade objetiva consolidado na Súmula n. 73 do TSE (Seção 2). Em seguida, procede-se à anatomia da fraude ao quadrado, com a decomposição analítica de seus elementos constitutivos e a delimitação negativa em face de condutas lícitas (Seção 3). Na sequência, aplica-se o instrumental da análise econômica do Direito ao fenômeno, com ênfase na estrutura de incentivos criada pela impunidade, no efeito inibitório (*chilling effect*) sobre candidaturas femininas autênticas e na calibragem entre responsabilidade objetiva e subjetiva (Seção 4). Por fim, sistematiza-se o enquadramento repressivo da conduta nas esferas eleitoral, penal e processual civil (Seção 5).

2. A COTA FEMININA E O REGIME REPRESSIVO DA FRAUDE: DO ART. 10, § 3º, DA LEI N. 9.504/1997 À SÚMULA N. 73 DO TSE

2.1. GÊNESE E FUNDAMENTO FUNCIONAL DA POLÍTICA DE COTAS FEMININAS

A reserva de vagas por sexo nas candidaturas proporcionais foi introduzida no ordenamento brasileiro pela Lei n. 9.100/1995, cujo art. 11, § 3º, determinava que ao menos 20% (vinte por cento) das vagas de cada partido ou coligação fossem preenchidas por candidaturas de mulheres. A Lei n. 9.504/1997 elevou o percentual, estabelecendo, no art. 10, § 3º, que cada partido ou coligação “deverá reservar” o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo. A jurisprudência inicialmente extraiu do

verbo “reservar” mera obrigação negativa, o que esvaziou a eficácia do comando, pois bastava não preencher com homens as vagas reservadas. Sobreveio, então, a Lei n. 12.034/2009, que substituiu a locução por “preencherá”, convertendo a reserva em obrigação positiva de efetivo preenchimento, calculada sobre o número de candidaturas registradas.⁵

O fundamento funcional da norma é conhecido e digno de nota. A sub-representação feminina nos órgãos legislativos brasileiros é persistente e severa: nas eleições municipais de 2024, as mulheres corresponderam a aproximadamente 34% (trinta e quatro por cento) das candidaturas registradas, percentual pouco superior ao piso legal, mas conquistaram apenas cerca de 18% (dezoito por cento) das cadeiras nas câmaras municipais e 13,2% (treze vírgula dois por cento) das prefeituras.⁶ Costuma-se identificar, entre as causas do fenômeno, o déficit de financiamento e de apoio partidário às campanhas femininas: partidos registram candidatas para cumprir a exigência formal, mas concentram recursos e estrutura nos candidatos homens.⁷

A cota de candidaturas atua, nesse contexto, como instrumento de correção parcial do que seria uma falha estrutural do mercado eleitoral – qual seja, a barreira de entrada enfrentada pelas mulheres no acesso à competição política. Como consequência, os defensores dessa política esperam obter maior consideração dos problemas que afetam a população feminina na formulação de políticas públicas e inspirar o maior engajamento de mulheres na vida política. Outros, contudo, temem que esse tipo de cotas possa ocasionar a eleição de mulheres pouco

⁵Sobre a evolução legislativa e jurisprudencial da cota feminina, v. GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2025.

⁶TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Estatísticas eleitorais: Eleições Municipais 2024*. Brasília: TSE, 2024. As mulheres somaram cerca de 34% das candidaturas registradas e elegeram-se para aproximadamente 18% das cadeiras de vereança e 13,2% das prefeituras.

⁷Nesse sentido, v. g.: SACCHET, Teresa; SPECK, Bruno Wilhelm. *Financiamento eleitoral, representação política e gênero: uma análise das eleições de 2006*. *Opinião Pública*, vol. 18, n. 1, p. 177-197, 2012.

interessadas na vida pública e reforçar estereótipos sobre a suposta menor aptidão feminina para a política.⁸ Cumpre examinar ambas as posições com a seriedade que merecem, à luz da evidência empírica disponível.

Os argumentos contrários à política de cotas podem ser sistematizados em cinco ordens. A uma, objeta-se que a seleção de candidatos deveria orientar-se exclusivamente pelo mérito político, de modo que a reserva compulsória de vagas deslocaria competidores mais qualificados em favor de recrutamentos apressados. A objeção, conquanto intuitiva, enfrenta evidência empírica relevante em sentido contrário: estudo sobre a adoção da paridade estrita nas listas do Partido Social-Democrata sueco, a partir de 1993, constatou que a cota elevou a competência média dos políticos eleitos, ao forçar a substituição de homens de desempenho mediano protegidos por redes internas de acomodação – fenômeno que os autores denominaram “crise do homem medíocre” (*crisis of the mediocre man*).⁹ A duas, sustenta-se que cotas compulsórias vulnerariam a igualdade formal entre candidatos e a autonomia dos partidos na definição de suas estratégias – objeção que não é meramente retórica: os tribunais constitucionais dos estados alemães da Turíngia e de Brandemburgo invalidaram, em 2020, as respectivas leis de paridade nas listas partidárias (*Paritätsgesetze*), por ofensa à liberdade dos partidos e à igualdade do sufrágio, ao passo que o Tribunal Constitucional espanhol, em sentido oposto, validou o regime de presença equilibrada na STC 12/2008.¹⁰ A três, aponta-se o risco

⁸FRANCESCHET, Susan et al (ed.), *The Impact of Gender Quotas*. New York: Oxford Academic, 2012.

⁹“*Far from being at odds with meritocracy, this quota raised the competence of male politicians where it raised female representation the most. We argue that resignation of mediocre male leaders was a key driver of this effect*” (BESLEY, Timothy; FOLKE, Olle; PERSSON, Torsten; RICKNE, Johanna. *Gender Quotas and the Crisis of the Mediocre Man: Theory and Evidence from Sweden*. *The American Economic Review*, vol. 107, n. 8, p. 2204-2242, 2017).

¹⁰Cf. as decisões do Tribunal Constitucional da Turíngia (VerfGH 2/20, j. 15-7-2020) e do Tribunal Constitucional de Brandemburgo (j. 23-10-2020), que invalidaram as

de essencialismo – a suposição de que as mulheres compartilhariam, pelo simples fato de o serem, uma agenda política homogênea –, dificuldade reconhecida até mesmo pelos defensores da chamada “representação descritiva”, consistente na ideia de que a ocupação de cargos políticos deve ser um reflexo fiel da distribuição demográfica da respectiva população, focando em *quem* governa e não em *como* governa.¹¹ A quatro, teme-se o efeito de rotulação (*label effect*): as eleitas sob regime de cotas seriam percebidas como beneficiárias de favor legal, e não do próprio mérito, com erosão de sua autoridade parlamentar – fenômeno documentado pela literatura no caso argentino.¹² A cinco, alega-se a ineficácia prática: cotas de candidatura desacompanhadas de mandato de posição na lista e de sanções adequadas tendem a produzir cumprimento meramente formal, do que é exemplo eloquente a experiência brasileira das candidaturas fictícias, diagnosticada em estudo de referência como “uma lei apenas no papel” (*a law on paper only*).¹³

respectivas leis estaduais de paridade; e, em sentido oposto, ESPANHA. Tribunal Constitucional. STC 12/2008, de 29 de janeiro de 2008, que julgou constitucional o regime de presença equilibrada da Ley Orgánica 3/2007. Sobre o caso alemão: “*The first two gender parity laws of German states were, however, struck down as unconstitutional by the state constitutional courts. According to the Federal Constitutional Court, the Basic Law does not require the enactment of gender parity laws, despite the constitutional obligation to promote the actual implementation of equal rights for women and men. [...] The European Court of Human Rights has accepted gender quotas regarding electoral lists as permissible in the ECHR system*” GIEGERICH, Thomas. Gendering Political Participation in Germany and Beyond: Should Quotas Ensure Gender Parity in Parliaments? In: *Modernising European Legal Education* (MELE). Springer, 2023.

¹¹MANSBRIDGE, Jane. Should Blacks Represent Blacks and Women Represent Women? A Contingent “Yes”. *The Journal of Politics*, vol. 61, n. 3, p. 628-657, 1999.

¹²“*Quotas generate mandates for female legislators to represent women's interests, while also reinforcing negative stereotypes about women's capacities as politicians*” (FRANCESCHET, Susan; PISCOPO, Jennifer M. *Gender Quotas and Women's Substantive Representation: Lessons from Argentina*. *Politics & Gender*, vol. 4, n. 3, p. 393-425, 2008).

¹³WYLIE, Kristin; DOS SANTOS, Pedro. A Law on Paper Only: Electoral Rules, Parties, and the Persistent Underrepresentation of Women in Brazilian Legislatures. *Politics & Gender*, vol. 12, n. 3, p. 415-442, 2016.

Deve-se anotar a existência de acervo empírico analisando o impacto das cotas femininas em outros países. Estudo conduzido na Índia – onde a reserva a mulheres da chefia de conselhos locais é sorteada aleatoriamente entre as aldeias – demonstrou que a liderança feminina altera a alocação de bens públicos na direção das preferências das mulheres e que a exposição continuada a líderes mulheres reduz vieses de percepção sobre a competência feminina.¹⁴ Na Suécia, a cota partidária teria acelerado o acesso de mulheres a posições de liderança nas agremiações.¹⁵ Demais disso, estudo abrangente sobre a eficácia das cotas nacionais em 145 países entre 1990 e 2010 constatou o crescimento progressivo de seu impacto, à medida que os desenhos normativos incorporaram mandatos de posição e sanções pelo descumprimento.¹⁶ Como se nota, a controvérsia não se resolve em abstrato: os efeitos das cotas – virtuosos ou perversos – dependem criticamente do desenho institucional de cada regime, e não da mera fixação de um percentual.¹⁷

¹⁴CHATTOPADHYAY, Raghavendra; DUFLO, Esther. Women as Policy Makers: Evidence from a Randomized Policy Experiment in India. *Econometrica*, vol. 72, n. 5, p. 1409-1443, 2004; BEAMAN, Lori; CHATTOPADHYAY, Raghavendra; DUFLO, Esther; PANDE, Rohini; TOPALOVA, Petia. Powerful Women: Does Exposure Reduce Bias? *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 124, n. 4, p. 1497-1540, 2009.

¹⁵“*We exploit a natural experiment—a 50–50 quota imposed by the national board of the Swedish Social Democratic Party on 290 municipal branches—to examine quotas’ influence on women’s selection to, and survival in, top political posts. We find that those municipalities where the quota had a larger impact became more likely to select (but not reappoint) female leaders. Extending this analysis, we show that the quota increased the number of women perceived as qualified for these positions*” (O’BRIEN, Diana Z.; RICKNE, Johanna. Gender Quotas and Women’s Political Leadership. *American Political Science Review*, vol. 110, n. 1, p. 112-126, 2016).

¹⁶PAXTON, Pamela; HUGHES, Melanie M. The Increasing Effectiveness of National Gender Quotas, 1990-2010. *Legislative Studies Quarterly*, vol. 40, n. 3, p. 331-362, 2015.

¹⁷Cf. o balanço dos efeitos das cotas em diferentes contextos nacionais em FRANCESCHET, Susan et al. (ed.), *op. cit.* No mesmo sentido: “*We also show that parity may have Assembly composition effects and policy effects that vary with the electoral system*” (FRÉCHETTE, Guillaume R.; MANIQUET, François; MORELLI, Massimo. Incumbents’ Interests and Gender Quotas. *American Journal of Political Science*, vol.

A advertência é corroborada pela notável variação dos regimes adotados nas democracias desenvolvidas, documentada pela literatura comparada.¹⁸ Os países escandinavos, paradigma de elevada representação feminina, jamais legislaram cotas: valeram-se de cotas voluntárias de partido – como a alternância estrita nas listas (“*varannan damernas*”, literalmente “a cada duas, uma dama”) adotada pela social-democracia sueca em 1993 –, construídas ao longo de décadas, na chamada trilha incremental, por oposição à via rápida (*fast track*) das cotas legais.¹⁹ A França constitucionalizou a *parité* em 1999 e impôs, pela *Loi* n. 2000-493, candidaturas paritárias, mas sancionou o descumprimento, nas eleições legislativas, com mera redução do financiamento público – e os grandes partidos preferiram pagar a multa a ceder espaço nas circunscrições competitivas.²⁰ A Espanha, pela *Ley Orgánica* 3/2007, exigiu presença equilibrada (mínimo de 40% de cada sexo em cada tramo de cinco posições da lista), sob pena de indeferimento do registro, e Portugal seguiu modelo semelhante na Lei da Paridade (Lei Orgânica n. 3/2006). No Reino Unido, o *Sex Discrimination (Election Candidates) Act* de 2002 se limitou a facultar aos partidos as listas exclusivamente femininas (*all-women shortlists*); na Alemanha e nos Estados Unidos, inexistente cota legal, remanescendo, quando muito, cotas estatutárias voluntárias de agremiações.²¹

52, n. 4, p. 891-909, 2008).

¹⁸Cf. KROOK, Mona Lena. *Quotas for Women in Politics: Gender and Candidate Selection Reform Worldwide*. New York: Oxford University Press, 2009.

¹⁹DAHLERUP, Drude; FREIDENVALL, Lenita. Quotas as a “Fast Track” to Equal Representation for Women. *International Feminist Journal of Politics*, vol. 7, n. 1, p. 26-48, 2005.

²⁰FRÉCHETTE, Guillaume R.; MANIQUET, François; MORELLI, Massimo. Op. Cit.; MURRAY, Rainbow. *Parties, Gender Quotas and Candidate Selection in France*. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2010.

²¹ESPANHA. *Ley Orgánica* 3/2007, de 22 de março de 2007, que introduziu o art. 44 *bis* na *Ley Orgánica* 5/1985 (regime eleitoral geral); ESPANHA. Tribunal Constitucional. STC 12/2008, de 29 de janeiro de 2008; PORTUGAL. Lei Orgânica n. 3/2006, de 21 de agosto de 2006 (Lei da Paridade), com o percentual elevado para 40% pela Lei Orgânica n. 1/2019; REINO UNIDO. *Sex Discrimination (Election Candidates)*

O contraste ilumina a singularidade brasileira: combina-se aqui a forma comparativamente mais fraca de cota – percentual de candidaturas em lista aberta, sem mandato de posição, em que o registro não assegura voto nem cadeira – com a sanção comparativamente mais forte – a cassação coletiva *ex post* de toda a chapa –, configuração que está na raiz tanto do cumprimento meramente formal (as candidaturas fictícias) quanto, como se verá, da sua exploração estratégica reversa (a fraude ao quadrado).

O legislador e a jurisprudência complementaram a política com a dimensão do financiamento. O Supremo Tribunal Federal, na ADI 5.617 (rel. Min. Edson Fachin, j. 15-3-2018), assentou a obrigatoriedade de destinação de no mínimo 30% dos recursos do Fundo Partidário às campanhas femininas; por sua vez, o TSE, na Consulta n. 0600252-18 (rel. Min. Rosa Weber, j. 22-5-2018), estendeu o critério ao Fundo Especial de Financiamento de Campanha e ao tempo de propaganda; e a Emenda Constitucional n. 117/2022 constitucionalizou a exigência, impondo “aos partidos políticos a aplicação de recursos do fundo partidário na promoção e difusão da participação política das mulheres, bem como a aplicação de recursos desse fundo e do Fundo Especial de Financiamento de Campanha e a divisão do tempo de propaganda gratuita no rádio e na televisão no percentual mínimo de 30% (trinta por cento) para candidaturas femininas”.²² Como se nota, o sistema evoluiu de uma cota formal de registro para um estatuto material de fomento à participação política feminina – evolução que apenas acentua a gravidade das

Act 2002. Sobre as cotas voluntárias dos partidos alemães, cf. DAVIDSON-SCHMICH, Louise K. Implementation of Political Party Gender Quotas: Evidence from the German Länder 1990-2000. *Party Politics*, vol. 12, n. 2, p. 211-232, 2006. Para o panorama comparado, cf. DAHLERUP, Drude (ed.). *Women, Quotas and Politics*. London: Routledge, 2006; KROOK, Mona Lena, *op. cit.*

²²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5.617, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgada em 15-3-2018; BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta n. 0600252-18.2018.6.00.0000, Rel. Min. Rosa Weber, julgada em 22-5-2018; BRASIL. Emenda Constitucional n. 117, de 5 de abril de 2022.

condutas destinadas a fraudá-lo ou a instrumentalizá-lo.

2.2. A CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL DA REPRESSÃO E A SÚMULA N. 73 DO TSE

A obrigação positiva de preenchimento fez surgir, como reação previsível, o fenômeno das candidaturas fictícias: registros meramente formais de mulheres sem qualquer intenção de concorrer, destinados a viabilizar numericamente as candidaturas masculinas. A repressão jurisprudencial construiu-se em dois marcos. No RESpe n. 243-42/PI (rel. Min. Henrique Neves, j. 16-8-2016), o TSE admitiu que a fraude à cota feminina fosse apurada em ação de investigação judicial eleitoral, ainda que o registro das candidaturas houvesse sido deferido sem impugnação.²³ No RESpe n. 193-92/PI, relativo ao município de Valença do Piauí (rel. Min. Jorge Mussi, j. 17-9-2019), a Corte Superior firmou as consequências drásticas do reconhecimento do ilícito: cassação do DRAP da agremiação e dos diplomas de todos os candidatos que compuseram a coligação, independentemente de prova de participação ou anuência individual, com nulidade dos votos e recontagem dos quocientes.²⁴

A consolidação sobreveio com a Súmula n. 73, aprovada pelo TSE em 16 de maio de 2024, cujo enunciado sintetiza os indícios caracterizadores da fraude e o regime de consequências. Confira-se o teor do enunciado sumular:

“A fraude à cota de gênero, consistente no desrespeito ao percentual mínimo de 30% (trinta por cento) de candidaturas femininas, nos termos do art. 10, § 3º, da Lei n. 9.504/97, configura-se com a presença de um ou alguns dos seguintes elementos, quando os fatos e as circunstâncias do caso concreto assim permitirem concluir: (1) votação zerada ou inexpressiva; (2) prestação de contas zerada, padronizada ou ausência de

²³BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RESpe n. 243-42/PI, Rel. Min. Henrique Neves, julgado em 16-8-2016.

²⁴BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RESpe n. 193-92.2016.6.18.0018 (Valença do Piauí), Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 17-9-2019.

movimentação financeira relevante; e (3) ausência de atos efetivos de campanhas, divulgação ou promoção da candidatura de terceiros. O reconhecimento do ilícito acarretará: (a) a cassação do Demonstrativo de Regularidade de Atos Partidários (Drap) da legenda e dos diplomas dos candidatos a ele vinculados, independentemente de prova de participação, ciência ou anuência deles; (b) a inelegibilidade daqueles que praticaram ou anuíram com a conduta, nas hipóteses de Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE); (c) a nulidade dos votos obtidos pelo partido, com a recontagem dos quocientes eleitoral e partidário (art. 222 do Código Eleitoral), inclusive para fins de aplicação do art. 224 do Código Eleitoral.”²⁵

Duas notas do regime sumular merecem destaque para os fins deste estudo. A uma, os indícios elencados (votação inexpressiva, contas zeradas e ausência de atos de campanha) são, por natureza, fatos supervenientes ao registro e sensíveis à conduta da própria candidata: quem renuncia ou abandona a campanha produz, automaticamente, os três sinais exteriores da candidatura fictícia. A duas, a sanção nuclear opera sob regime de responsabilidade objetiva: a cassação do DRAP e dos diplomas alcança todos os integrantes da chapa, “independentemente de prova de participação, ciência ou anuência”, preservando-se o elemento subjetivo apenas para a sanção de inelegibilidade. Como se demonstrará na Seção 4, essa combinação de gatilho fático fabricável e sanção coletiva automática é precisamente o que torna o regime vulnerável à exploração estratégica por terceiros.

2.3. BREVE ANÁLISE ECONÔMICA DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA CHAPA

Cumprir investigar, primeiramente, se o regime severo da Súmula n. 73 do TSE possui justificção funcional consistente. De fato, o partido político detém o monopólio do acesso à

²⁵BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Súmula n. 73, aprovada pelo Acórdão de 16-5-2024 no PA n. 32345, DJE de 3, 4 e 5-6-2024.

disputa – é o *gatekeeper* das candidaturas – e está em posição privilegiada para verificar, a baixo custo, a autenticidade das postulações que registra: conhece suas filiadas, controla a convenção, administra os recursos e acompanha a campanha. Poder-se-ia sustentar, nessa linha, que atribuir-lhe as consequências da fraude independentemente de prova de participação individual equivale a imputar o risco da atividade a quem pode evitá-lo ao menor custo.

É conhecida a formulação clássica de Guido Calabresi, ao tratar da responsabilidade civil, no sentido de que vítimas e causadores de dano podem ou não adotar providências para reduzir o risco de acidentes, devendo a responsabilidade pelo dano ser alocada no sujeito que puder adotar cautelas ao menor custo (*cheapest cost avoider*).²⁶ Essa noção, contudo, não é indene de críticas. Afinal, mesmo em matéria de acidentes, sabe-se que tanto a vítima como o causador do dano podem simultaneamente adotar cautelas para reduzir riscos; é papel das normas jurídicas, em especial as que regem a responsabilidade civil, estimular ambas as partes a serem cautelosas em um nível eficiente. Desde o modelo seminal de John Prather Brown, a literatura demonstra que, em contextos de precaução bilateral, a responsabilidade objetiva pura (*strict liability*) é ineficiente: ao garantir a transferência integral do prejuízo, elimina os incentivos de precaução do outro polo da relação, razão pela qual somente recupera eficiência quando acompanhada de filtros atentos à conduta da vítima, a exemplo da defesa fundada na culpa concorrente.²⁷

²⁶CALABRESI, Guido. *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*. New Haven: Yale University Press, 1970. Cf. também CALABRESI, Guido; HIRSCHOFF, Jon T. *Toward a Test for Strict Liability in Torts*. *The Yale Law Journal*, vol. 81, n. 6, p. 1055-1085, 1972.

²⁷BROWN, John Prather. *Toward an Economic Theory of Liability*. *The Journal of Legal Studies*, vol. 2, n. 2, p. 323-349, 1973; SHAVELL, Steven. *Economic Analysis of Accident Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1987; COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 6. ed. Boston: Addison-Wesley, 2012. Em acidentes bilaterais, a responsabilidade objetiva sem defesa fundada na conduta da vítima induz precaução eficiente do causador, mas elimina os incentivos de cautela do outro

Transportando essa perspectiva para o regime da fraude à cota feminina, não resta claro por que o partido político deveria responder objetivamente por resultado que não está exclusivamente sob o controle de seus dirigentes. A votação inexpressiva, a não utilização das verbas designadas para a candidatura e a ausência de atos de campanha são circunstâncias que podem decorrer exclusivamente da conduta da candidata – e esta, note-se, não é estimulada a dedicar-se à sua campanha pela mera existência da responsabilidade objetiva do partido e dos demais candidatos da chapa. A estrutura do problema é rigorosamente bilateral: o nível de precaução da agremiação (financiar, apoiar, documentar) e o da candidata (concorrer efetivamente) são complementares, e a regra que concentra todo o risco no primeiro polo deixa o segundo sem qualquer incentivo – quando não o converte em ponto de vulnerabilidade.

Demais disso, a relação entre partido e candidata é uma relação de agência marcada por ação oculta (*hidden action*): registrada a candidatura, os atos decisivos – pedir votos, empregar os recursos recebidos, comparecer aos eventos, desistir – pertencem à esfera de autonomia da candidata, que o partido não pode juridicamente coagir nem monitorar por completo. A literatura sobre a teoria do agente-principal ensina que imputar ao principal os atos do agente é eficiente quando aquele pode controlar a conduta deste ou ajustar os termos da relação para induzir o comportamento desejado; fora dessas condições, a responsabilidade objetiva do principal pune sem prevenir.²⁸

Mais ainda, ao tornar a sorte de toda a chapa refém da conduta de cada candidata individualmente considerada, o regime recria, no interior da agremiação, uma patologia bem conhecida da teoria dos custos de transação: o risco de captura oportunista (*hold-up*) de quase-rendas. Explique-se.

polo.

²⁸SYKES, Alan O. The Economics of Vicarious Liability. The Yale Law Journal, vol. 93, n. 7, p. 1231-1280, 1984.

Quase-renda (*quasi-rent*) é o excedente do valor de um investimento em seu emprego atual sobre o valor que ele teria em seu melhor uso alternativo. Investimentos específicos a uma relação – é dizer, que perdem valor fora dela – geram quase-rendas apropriáveis, porque a parte de cuja cooperação o investimento depende pode, depois de ele realizado e irrecuperável, renegociar os termos da relação para capturar esse excedente. É o exemplo clássico da mina de carvão servida por uma única ferrovia: construída a mina, a ferrovia pode elevar o frete até o limite do valor da jazida, pois o investimento não tem como migrar.²⁹

No âmbito eleitoral, a campanha proporcional é um feixe de investimentos específicos: os recursos aplicados, o material impresso com a nominata, as alianças costuradas e o capital reputacional dos candidatos só têm valor se a chapa chegar íntegra à apuração – nada disso possui uso alternativo. Encerrado o prazo de substituição do art. 13, § 3º, da Lei n. 9.504/1997, cada candidata converte-se, por força do regime sumular, em insumo insubstituível do qual depende o valor de todo esse investimento coletivo: a sua permanência é a “ferrovia” de que a “mina” partidária não pode prescindir. A quase-renda apropriável é, assim, desproporcional ao peso eleitoral da candidata: uma postulante que recebeu, v. g., cinco mil reais em repasses e disputa poucas dezenas de votos passa a deter, depois do vigésimo dia anterior ao pleito, poder de vida ou morte sobre todos os mandatos da agremiação. Essa desproporção abre espaço para duas formas de oportunismo: o *hold-up* interno, consistente na ameaça velada de renúncia como moeda de barganha perante o próprio partido; e, mais grave, a venda do gatilho ao adversário, que pode adquirir com investimento baixo um ativo capaz de destruir valor

²⁹KLEIN, Benjamin; CRAWFORD, Robert G.; ALCHIAN, Armen A. Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process. *The Journal of Law and Economics*, vol. 21, n. 2, p. 297-326, 1978; WILLIAMSON, Oliver E. *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*. New York: Free Press, 1985.

político muito superior. A fraude ao quadrado, examinada na seção seguinte, nada mais é do que a consumação dessa segunda hipótese: a negociação, com o grupo adversário, do poder de barganha que o desenho sancionatório artificialmente concentrou nas mãos da candidata.

Sob a ótica do nível de atividade, o argumento exige um passo adicional. Na teoria de Steven Shavell, a virtude distintiva da responsabilidade objetiva é induzir o agente a moderar o nível da atividade arriscada – ou seja, a sua intensidade ou frequência –, internalizando os danos que a diligência não elimina.³⁰ Poder-se-ia objetar que, sendo a cota obrigatória e proporcional, o partido não disporia da margem de escolha pressuposta pelo modelo, porquanto não lhe caberia “racionar” candidaturas femininas. A objeção, contudo, desconsidera que o percentual do art. 10, § 3º, da Lei n. 9.504/1997 incide sobre o total de candidaturas registradas, e não sobre um número absoluto: a verdadeira margem de ajuste do partido é o tamanho da própria lista. Como cada candidata “autoriza” aritmeticamente até 2,33 candidaturas masculinas, a agremiação que não recruta mulheres em número suficiente é obrigada a encolher a chapa inteira. Considere-se um partido que disponha de sete pré-candidatos homens competitivos: precisará de três mulheres para registrá-los todos (chapa de dez, com 30% de candidaturas femininas); se apenas duas estiverem dispostas a concorrer, o teto masculino cai para quatro – e três candidaturas viáveis serão descartadas. Nesse cenário, o risco criado pela Súmula n. 73 do TSE opera sobre múltiplas margens de decisão partidária. Na margem extensiva, o dirigente avesso ao risco preferirá encolher a lista a registrar candidata de comprometimento incerto, cuja eventual desistência possa custar todos os mandatos – é dizer, reduzirá o nível da atividade eleitoral como um todo. Na margem de seleção, dará preferência a candidatas “seguras” – filiadas antigas, detentoras de mandato,

³⁰SHAVELL, Steven. Strict Liability versus Negligence. *The Journal of Legal Studies*, vol. 9, n. 1, p. 1-25, 1980.

familiares de dirigentes com votação cativa –, em detrimento das estreantes de trajetória incerta, justamente o público que a política afirmativa pretendia alcançar: entre a jovem líder comunitária sem histórico eleitoral e a esposa de um vereador da base, o cálculo racional de risco favorece a segunda. Na margem intensiva, hesitará em investir recursos na candidata marginal cuja votação inexpressiva possa, *ex post*, ser lida como indício de ficção. Em todas essas margens, uma regra desenhada para desestimular a fraude termina por tributar precisamente a conduta que a ordem jurídica pretende fomentar – o recrutamento genuíno de mulheres novas para a política –, antecipando o efeito inibitório que se examinará na Seção 4.3.

Sob outra linha argumentativa, sustenta-se que a exigência de prova de conluio de cada candidato beneficiado inviabilizaria, na prática, a repressão: a fraude à cota é, por definição, arquitetada pelos dirigentes em benefício difuso de toda a chapa, ao passo que a prova da ciência individual raramente existe. Admitida a veracidade dessa premissa, cogita-se de que a responsabilidade objetiva possa reduzir os custos de *enforcement* e elevar a probabilidade de condenação dos esquemas reais, reforçando a dissuasão.

Ocorre que o efeito dissuasório da norma sancionadora depende de dois fatores concorrentes, quais sejam: a punição de culpados e a absolvição de inocentes. A dissuasão é função não da severidade absoluta da sanção, mas do diferencial de sanção esperada entre cumprir e violar a norma; se o erro judicial faz o cumpridor responder com probabilidade próxima à do violador, o diferencial colapsa e, com ele, o incentivo ao cumprimento – é o que preceitua a literatura sobre erro judicial, segundo a qual tanto o falso negativo quanto o falso positivo diluem a dissuasão.³¹ Em certos contextos, a punição de inocentes pode mesmo

³¹PNG, I. P. L. Optimal Subsidies and Damages in the Presence of Judicial Error. *International Review of Law and Economics*, vol. 6, n. 1, p. 101-105, 1986; KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. Accuracy in the Determination of Liability. *The Journal of Law and Economics*, vol. 37, n. 1, p. 1-15, 1994; POLINSKY, A.

incentivar o cometimento de ilícitos, gerando resultado prático inverso ao desejado pelo legislador.

Dispensar a demonstração robusta da fraude pode, portanto, conduzir à punição de partidos que cumprem regularmente a política de cotas, não sendo absurdo cogitar de uma corrida ao fundo do poço: se o risco de condenação por “fraude à cota” é semelhante com ou sem esforço legítimo de recrutamento, o dispêndio em candidaturas autênticas torna-se custo sem retorno, e agremiações racionais tenderão a migrar, indiscriminadamente, para candidaturas fictícias, mais “baratas”. Trata-se da conhecida dinâmica de seleção adversa: quando o julgador não consegue distinguir a candidatura autêntica da simulada, ambas suportam o mesmo “preço” – e a conduta de boa qualidade é progressivamente expulsa do mercado.³²

Cumprir distinguir, a propósito, dois atributos que o regime sumular cumula e que a análise econômica recomenda separar: a objetividade (dispensa da prova do elemento subjetivo) e a transcendência (extensão das consequências a quem não praticou a conduta, mediante responsabilidade por fato de terceiro). Os argumentos de economia processual sustentam, quando muito, a primeira; é a segunda que produz os efeitos alocativos mais problemáticos, ao converter candidatas autênticas em garantantes recíprocas de condutas alheias que não podem observar nem impedir. Regimes híbridos são concebíveis: sanções desconstitutivas fundadas em fraude objetivamente comprovada, porém com efeitos individualizados ou graduados, preservariam parte dos ganhos de dissuasão sem o mesmo potencial de dano colateral.

Essas considerações conduzem à necessidade de maior reflexão sobre as consequências da Súmula n. 73 do TSE – e o

Mitchell; SHAVELL, Steven. The Economic Theory of Public Enforcement of Law. *Journal of Economic Literature*, vol. 38, n. 1, p. 45-76, 2000.

³²A referência clássica é AKERLOF, George A. The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 84, n. 3, p. 488-500, 1970.

balanço, aqui, é francamente desfavorável à sua manutenção. As premissas estabelecidas nesta seção evidenciam que a responsabilidade objetiva do partido e dos candidatos eleitos pela chapa carece de justificativa teórica consistente: a lógica do *cheapest cost avoider* não se sustenta em contexto de precaução bilateral e ação oculta; a analogia com a teoria do agente-principal falha ante a autonomia jurídica da candidata; o risco residual onera a atividade que se pretende fomentar; e a insensibilidade da sanção à conduta dilui – quando não inverte – a dissuasão. Tampouco se conhece, até aqui, demonstração empírica de que a cassação coletiva automática tenha reduzido a incidência de candidaturas fictícias; o contencioso crescente a cada ciclo eleitoral sugere, antes, o contrário.

Defende-se, por isso, a revisão da Súmula n. 73 do TSE na parte em que estende a cassação dos diplomas a todos os candidatos da chapa “independentemente de prova de participação, ciência ou anuência”. Cumpre observar que a sanção coletiva não decorre de imposição legal expressa: pelo contrário, o art. 22, XIV, da LC n. 64/1990 comanda a cassação do registro ou diploma do “candidato diretamente beneficiado” e a inelegibilidade “de quantos hajam contribuído para a prática do ato” – moldura textual que autoriza, sem necessidade de qualquer reforma legislativa, um regime de sanções individualizadas; a extensão indiscriminada é construção jurisprudencial.³³ Sob o desenho aqui proposto, (i) cassar-se-iam os registros ou diplomas das candidatas comprovadamente fictícias e dos candidatos que, à luz de prova robusta, participaram do esquema ou dele se beneficiaram direta e conscientemente; (ii) a cassação do DRAP ficaria reservada à demonstração de orquestração institucional pelos dirigentes da agremiação; e (iii) a dissuasão dirigida ao partido enquanto instituição seria confiada a sanções pecuniárias e

³³A extensão da cassação a todos os candidatos “*independentemente de prova de participação, ciência ou anuência*” consolidou-se a partir do julgamento referido na nota 24, *supra*, e foi incorporada ao enunciado sumular; não decorre de texto expresso de lei.

a restrições no acesso a recursos públicos de campanha – instrumentos que atingem o patrimônio da pessoa jurídica infratora sem expropriar mandatos de terceiros inocentes.

Permanece, de qualquer sorte, enquanto não revisto o enunciado, um fator estrutural inescapável: a sanção coletiva automática faz com que o destino de toda a chapa, inclusive das mulheres que concorreram autenticamente, dependa de fatos que terceiros podem manufaturar. É essa vulnerabilidade que a fraude ao quadrado explora, como se passa a demonstrar.

3. ANATOMIA DA FRAUDE AO QUADRADO

3.1. CONCEITO E CONTEXTUALIZAÇÃO

Denomina-se fraude ao quadrado a fabricação, por grupo político adversário, da aparência de fraude à cota feminina do rival, mediante cooptação de candidata mulher para que renuncie à candidatura após o termo final do prazo de substituição de candidatos (vinte dias antes do pleito, conforme o art. 13, § 3º, da Lei n. 9.504/1997), quando já irremediável o percentual mínimo do DRAP, seguida do ajuizamento, pelo próprio grupo cooptador ou por meio de aliados, de ação de investigação judicial eleitoral imputando à legenda vítima o lançamento de “candidatura laranja”, com pedido de cassação de toda a chapa e nulidade dos votos.³⁴ O objetivo final é obter, pela via judicial, os mandatos que as urnas negaram: procedente a demanda fabricada, os votos do partido vítima são anulados e os quocientes eleitoral e partidário recalculados, redistribuindo-se as cadeiras em favor das agremiações remanescentes – entre elas, a do grupo articulador do esquema.

O fenômeno foi registrado, sob a designação de “fraude às avessas”, por magistrados de primeiro grau no contencioso

³⁴A definição corresponde, no essencial, à formulada no voto condutor do julgamento referido na Seção 3.3, *infra*.

das eleições municipais de 2024, com relatos de que “partidos estariam cooptando candidatas mulheres para que deixassem de fazer campanha ou que pedissem renúncia em momento de impossível substituição para o fim de prejudicar a agremiação adversária, imputando-lhe fraude a cota de gênero”.³⁵ Prefere-se aqui a designação fraude ao quadrado por sua maior precisão estrutural: não se trata simplesmente de uma fraude em sentido inverso, mas de uma fraude de segunda ordem – uma fraude cujo objeto é a simulação de outra fraude, e que parasita, para seus fins, o próprio aparato repressivo construído para combater a primeira. A renúncia fraudulenta é o insumo; a AIJE é o veículo; a Súmula n. 73 do TSE é a alavanca.

3.2. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS: ILÍCITO PLURISSUBJETIVO E PLURISSUBSISTENTE

A fraude ao quadrado é ilícito plurissubjetivo (porque pressupõe o concerto entre cooptadores e cooptada) e plurissubistente, decomponível em quatro atos encadeados.

O primeiro elemento é o *ajuste*: a cooptação da candidata do partido rival, mediante vantagem econômica, promessa de posição política ou simples adesão ao grupo adversário. O segundo é a *renúncia cronometrada*: renúncia apresentada deliberadamente após o vigésimo dia anterior ao pleito, para inviabilizar a substituição (art. 13, § 3º, da Lei n. 9.504/1997) e fazer a legenda vítima descumprir, de modo superveniente e irremediável, o percentual do art. 10, § 3º. O terceiro é a *encenação probatória*: a construção retrospectiva da narrativa de “candidatura fictícia”, com atribuição da renúncia a suposto abandono partidário, minimização dos atos de campanha efetivamente realizados e exploração da ausência de votação e de gastos – que são

³⁵Excerto de sentença de primeiro grau transcrito no acórdão referido na Seção 3.3, infra. Registrou o magistrado sentenciante, “melhor conhecedor da realidade local em razão de sua proximidade física”, a existência de denúncias da prática na respectiva zona eleitoral.

consequência da própria renúncia, não indício de fraude. O quarto é a *judicialização instrumental*: o ajuizamento da ação de investigação judicial eleitoral (ou da ação de impugnação de mandato eletivo) para capturar a jurisdição eleitoral e convertê-la em instrumento de reversão do veredito popular, explorando a responsabilidade objetiva da chapa consagrada na Súmula n. 73 do TSE.

Ressalte-se que, sendo ilícito plurissubsistente, a fraude ao quadrado aqui concebida não se concretiza sem a presença conjunta de todos os elementos delineados. Dessa maneira, v. g., a mera migração superveniente da então candidata para outro grupo político, no regular exercício de sua liberdade de consciência e de associação, sem a demonstração do conluio fraudulento e da judicialização instrumental, não configura ilícito. Da mesma forma, o ajuizamento de AIJE ou AIME baseada em fundados indícios de candidatura fictícia, no exercício regular do direito de ação, sem que se constate encenação probatória ou suspeita de ajuste, igualmente não constitui ato ilícito. A delimitação negativa é essencial: a repressão à fraude ao quadrado não pode, ela própria, produzir um novo efeito inibitório – desta vez sobre a liberdade de desfiliação das candidatas e sobre o legítimo direito de denunciar fraudes reais à cota feminina.

3.3. ILUSTRAÇÕES: DOIS CASOS DO TRE-RJ

A hipótese não é especulativa. Em julgamento recente, o Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro examinou recurso em que se imputava fraude à cota feminina a partido cuja candidata a vereadora renunciara, por declaração de próprio punho, dois dias após o encerramento do prazo de substituição.³⁶ O conjunto probatório, todavia, apontava em direção oposta à da

³⁶BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro. Recurso Eleitoral n. 0600689-62.2024.6.19.0051, Rel. Des. Bruno Bodart. Omitem-se os nomes das partes, irrelevantes para os fins deste estudo.

candidatura fictícia: a candidata registrara publicações de campanha em redes sociais nos meses anteriores; recebera do partido recursos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha em montante razoável para o porte do município, além de material de campanha e serviços contábeis e advocatícios; constava da ata da convenção partidária; e disputara eleições em cinco pleitos anteriores. Após a renúncia, passou a apoiar publicamente o grupo político adversário, ao lado de cujos candidatos foi fotografada em atos de campanha. A sentença de primeiro grau registrara, em acréscimo, denúncias locais da prática de cooptação de candidatas para fins de imputação de fraude à agremiação de origem. O Tribunal negou provimento ao recurso – prestigiando o princípio *in dubio pro suffragii*, na linha da jurisprudência regional que exige prova robusta da fraude³⁷ – e determinou a extração de peças ao Ministério Público Eleitoral para apuração de eventual fraude ao quadrado, sob os aspectos eleitoral e criminal.

O primeiro caso ilustra com nitidez a mecânica do esquema e a sua zona de penumbra probatória: a renúncia intempestiva produz, por si só, votação zerada e contas sem gastos (dois dos três indícios sumulares); por conseguinte, a narrativa da “candidata abandonada” é de fácil encenação e difícil refutação. Consoante se decidiu, serão fatores relevantes para a averiguação da adesão subjetiva da candidata a cronologia da renúncia (imediatamente após o vigésimo dia), a adesão pública ao grupo adversário na sequência, eventuais vantagens recebidas, a quebra do padrão de comportamento (atos de campanha até a

³⁷“A jurisprudência do TSE e dos Tribunais Regionais Eleitorais é uníssona ao exigir prova robusta, não sendo possível pressupor a ocorrência da fraude. Meras presunções ou indícios isolados, como a baixa votação, não são suficientes para desconstituir mandatos ou aplicar as severas sanções previstas na legislação eleitoral. Diante da dúvida razoável acerca da configuração da fraude, o princípio *in dubio pro suffragii* deve ser aplicado, priorizando a preservação da expressão do voto e da soberania popular.” (BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro. Recurso Eleitoral n. 060064902, Município de Areal, Rel. Des. Rafael Estrela Nóbrega, DJE de 26-8-2025).

véspera da renúncia) e as contradições entre as versões apresentadas para a sua conduta.

Um segundo caso, também oriundo do interior fluminense, revela variante ainda mais insidiosa do fenômeno: a captura da defesa. Cuidava-se de AIJE ajuizada pelo Ministério Público Eleitoral contra federação partidária e seus candidatos, sob a alegação de que candidata a vereadora – com três votos, contas sem gastos e campanha não demonstrada – teria sido registrada apenas para preencher formalmente a cota.³⁸ O processo, contudo, tramitou de modo singular. A advogada que representava todos os investigados apresentou contestação antes mesmo da citação, com argumentos genéricos e sem requerer a produção de qualquer prova; sobrevinda a sentença de procedência – que anulou todos os registros vinculados ao DRAP da federação, determinou o recálculo dos quocientes e declarou a inelegibilidade da candidata –, a mesma patrona manifestou nos autos que “não pretende interpor nenhum tipo de recurso” e, em petições sucessivas, postulou heterodoxamente a imediata certificação do trânsito em julgado da decisão desfavorável aos próprios constituintes. Apurou-se, ainda, que a causídica mantinha parentesco por afinidade com suplente de agremiação rival – potencial beneficiário direto da retotalização –, a quem já representara em outros feitos. Interpostos recursos pelo vereador e pelo partido prejudicados pelo recálculo – terceiros cujo ingresso fora indeferido na origem –, o TRE-RJ, por maioria, deles conheceu (art. 996, *caput* e parágrafo único, do CPC), reputou nulos, porque simulados, os atos praticados pela defesa desde a contestação, anulou a sentença, garantiu o ingresso dos recorrentes como assistentes e determinou a extração de cópias à Ordem dos Advogados do Brasil e ao Ministério Público. Consignou-se que o quadro fático apontava para “eventual exercício da advocacia em

³⁸BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro. Recurso Eleitoral n. 0600639-60.2024.6.19.0043 (Município de Natividade), Rel. p/ acórdão Des. Bruno Bodart, julgado em 23-7-2026. Omitem-se os nomes das partes e dos profissionais envolvidos, irrelevantes para os fins deste estudo.

contrariedade aos interesses da patrocinada e em subversão à própria finalidade da demanda, a qual parece estar sendo instrumentalizada para manipulação do resultado das eleições de modo a atender a propósitos partidários, quando deveria ter por objeto justamente combater outra fraude, o que se afigura um contrassenso”.³⁹

Os dois casos delimitam o repertório do esquema. No primeiro, a manipulação incide sobre o polo ativo: fabrica-se a acusação. No segundo, sobre o polo passivo: captura-se a defesa, para que a acusação – fundada ou não – prospere por inércia deliberada, com renúncia ostensiva aos recursos e pressa anômala pelo trânsito em julgado. O denominador comum é a conversão do processo judicial eleitoral em instrumento de apropriação de mandatos: onde quer que o desfecho dependa de um único ponto de falha – a candidata que pode renunciar, a defesa que pode capitular –, o prêmio criado pela retotalização financia a sua corrupção. Não por acaso, em ambos os feitos o Tribunal determinou a remessa de peças aos órgãos de persecução.

3.4. DUPLA LESIVIDADE QUALIFICADA

A lesividade da fraude ao quadrado é dupla e qualificada. De um lado, vulnera-se a soberania popular (arts. 1º, parágrafo único, e 14, *caput*, da Constituição da República), pois o esquema visa a cassar mandatos legitimamente conquistados e a redistribuir vagas pela retotalização dos quocientes – é dizer, a substituir a vontade das urnas por força de uma encenação processual. De outro, envenena-se a própria ação afirmativa, na medida em que cada simulação bem-sucedida lança suspeição difusa sobre candidaturas femininas autênticas, expõe partidos cumpridores da cota e respectivos candidatos a risco de dano injusto, bem como transforma a política de inclusão em arma de

³⁹Trecho de voto divergente acolhido pelo voto condutor do acórdão referido na nota anterior.

aniquilação recíproca – precisamente o oposto do desiderato da participação equilibrada de homens e mulheres na representação política. São, ainda, vítimas desse tipo de fraude as mulheres eleitas de boa-fé na chapa do partido injustamente acusado, porquanto cassadas sem qualquer participação no suposto ilícito, por força do regime de responsabilidade objetiva da Súmula n. 73 da TSE.

Há, por fim, uma dimensão lesiva menos evidente: a instrumentalização da própria mulher cooptada. No desenho do esquema, a candidata não é um sujeito político, mas insumo descartável de uma estratégia alheia; recrutada não para representar, mas para renunciar. A pretensão de valorizar o papel das mulheres na política, ao final, acaba frustrado, gerando mesmo um efeito inverso. A prática se insere, assim, no quadro das dificuldades diferenciadas para a participação política feminina.⁴⁰

4. ANÁLISE ECONÔMICA DA FRAUDE AO QUADRADO

4.1. O CÁLCULO DO FRAUDADOR: RECOMPENSA, PROBABILIDADE E IMPUNIDADE

A moldura analítica adequada para compreender a proliferação do fenômeno é a teoria econômica da dissuasão, inaugurada pelo estudo seminal de Gary Becker sobre crime e punição:

⁴⁰Deve-se registrar ser impróprio qualificar toda e qualquer barreira à participação política feminina como “violência”. Alguns artigos fazem referência ao termo “violência” em sentido que ultrapassa os limites semânticos da palavra, de modo a compreender aspectos psicológicos e econômicos. Chega-se até mesmo ao extremo de qualificar como violência dita “semiótica” o ato de referir-se a uma mulher ocupante do cargo de Presidente da República como “presidente” e não “presidenta” (cf. KROOK, Mona Lena; RESTREPO SANÍN, Juliana. *The Cost of Doing Politics? Analyzing Violence and Harassment against Female Politicians. Perspectives on Politics*, vol. 18, n. 3, p. 740-755, 2020). Não se comunga desse tipo de entendimento, visto que em última análise serve para menosprezar a gravidade de condutas realmente violentas, que expõem a vida e a incolumidade física de mulheres a risco, além de exagerar indevidamente a gravidade de condutas não violentas. Trata-se de retórica estéril que não contribui para a adequada proteção das mulheres.

o agente racional pratica o ilícito quando o benefício esperado supera o custo esperado, este último composto pela sanção multiplicada pela probabilidade de sua efetiva aplicação.⁴¹ O aparato repressivo ótimo, por conseguinte, é aquele que calibra a magnitude da sanção e a probabilidade de detecção de modo a tornar negativo o valor esperado da conduta indesejada.⁴²

Aplicado o modelo à fraude ao quadrado, o diagnóstico é alarmante. Do lado dos benefícios, o esquema promete um prêmio político de primeira grandeza: a cassação de toda a chapa adversária, a nulidade de seus votos e a redistribuição das cadeiras pela recontagem dos quocientes – em municípios pequenos, a diferença entre a derrota e o controle da câmara municipal. Do lado dos custos, o investimento é modesto: a cooptação de uma única candidata – frequentemente remunerada com vantagem econômica de pequena monta ou mera promessa de posição política – e as despesas ordinárias de um processo judicial. E a variável decisiva, a sanção esperada pelo esquema, tem-se aproximado de zero: improcedente a AIJE fabricada, o autor nada perde além das custas; não há, até aqui, registro consistente de responsabilização de cooptadores nas esferas eleitoral, penal ou processual. Noutras palavras, a fraude ao quadrado apresenta, no estado atual do *enforcement*, valor esperado positivo – e a teoria econômica prediz, com segurança, que condutas de valor esperado positivo se multiplicam.⁴³

Há, ainda, um agravante estrutural: a probabilidade de detecção do esquema é intrinsecamente baixa, porque a fraude ao quadrado é desenhada para mimetizar a prova da fraude clássica. A renúncia intempestiva produz automaticamente votação zerada e contas inexpressivas – dois dos três indícios da Súmula

⁴¹BECKER, Gary S. Crime and Punishment: An Economic Approach. *Journal of Political Economy*, vol. 76, n. 2, p. 169-217, 1968.

⁴²POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. The Economic Theory of Public Enforcement of Law. *Journal of Economic Literature*, vol. 38, n. 1, p. 45-76, 2000.

⁴³Cf. STIGLER, George J. The Optimum Enforcement of Laws. *Journal of Political Economy*, vol. 78, n. 3, p. 526-536, 1970.

n. 73 do TSE –, e a encenação narrativa preenche o terceiro. Ora, a literatura de *enforcement* ótimo ensina que, quando a probabilidade de detecção é estruturalmente baixa, a magnitude da sanção deve ser correspondentemente elevada para preservar a dissuasão.⁴⁴ Surge disso uma primeira prescrição normativa deste estudo: a resposta à fraude ao quadrado deve ser severa e cumulativa – inelegibilidade, persecução penal e sanções processuais –, exatamente porque a detecção será sempre difícil.

4.2. O GATILHO FABRICÁVEL: RESPONSABILIDADE OBJETIVA E A PRODUÇÃO DO FATO GERADOR POR TERCEIROS

A segunda contribuição do instrumental econômico é a identificação da falha de desenho que torna o esquema possível. Na teoria da responsabilidade civil, a escolha entre responsabilidade objetiva (*strict liability*) e subjetiva (*negligence rule*) é orientada por considerações de custo de informação, nível de atividade e capacidade de prevenção: a responsabilidade objetiva é superior quando o agente onerado controla o risco e pode evitá-lo ao menor custo, dispensando o julgador da difícil verificação do elemento subjetivo.⁴⁵

No acórdão paradigma que deu origem à Súmula n. 73 do TSE – o caso de Valença do Piauí –, a Corte Superior assentou que, “evidenciada conduta que comprometa a disputa eleitoral, quebrando a isonomia entre os candidatos, impõe-se cassar os registros ou diplomas de todos os beneficiários, cabendo ao órgão julgador definir sua atuação no ilícito apenas para fim de

⁴⁴BECKER, Gary S., *op. cit.*; POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven, *op. cit.* Se a probabilidade de punição cai, a sanção deve subir em proporção inversa para manter constante o custo esperado do ilícito.

⁴⁵SHAVELL, Steven. *Strict Liability versus Negligence*. The Journal of Legal Studies, vol. 9, n. 1, p. 1-25, 1980. Cf. também POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 9. ed. New York: Wolters Kluwer, 2014.

inelegibilidade, que possui natureza personalíssima”.⁴⁶ A arquitetura do julgado é reveladora. O critério de imputação das sanções desconstitutivas não é a conduta, mas o benefício: presume-se que todos os integrantes da chapa se aproveitaram do registro viabilizado pela fraude, dispensando-se o exame individual precisamente porque a mensuração do proveito de cada um seria impraticável; o elemento subjetivo fica reservado à inelegibilidade, de natureza “personalíssima”. Noutras palavras, o Tribunal imputou o risco da fraude ao conjunto que dela se beneficia e que estaria em melhor posição para preveni-la – o partido como *cheapest cost avoider* –, com a sanção coletiva automática a economizar custos probatórios e a maximizar a dissuasão, propósito que também transparece do registro, na sessão de julgamento, do “claro descompromisso dos partidos políticos” com a política de cotas.⁴⁷ São essas as premissas cujas fragilidades, em contexto de precaução bilateral, já foram expostas na Seção 2.3.

Sucedee que o modelo clássico pressupõe seja o fato gerador da responsabilidade – o “acidente” – produzido pelo próprio agente onerado ou por forças naturais. A fraude ao quadrado revela a hipótese anômala em que o fato gerador é fabricável por um terceiro interessado na aplicação da sanção. Nessa configuração, a responsabilidade objetiva muda de natureza: deixa de ser mecanismo de internalização de custos para se tornar arma à disposição do adversário, que pode, a custo baixo, fabricar o gatilho sancionatório – a renúncia intempestiva e seus subprodutos probatórios – e acionar o aparato repressivo contra o inocente. A situação é análoga à do seguro contratado por valor superior ao do bem segurado: a indenização que excede o dano cria o incentivo ao sinistro doloso. Aqui, o “seguro” é a retotalização dos

⁴⁶BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. REspe n. 193-92.2016.6.18.0018 (Valença do Piauí), Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 17-9-2019, trecho da ementa.

⁴⁷A observação é do Min. Luís Roberto Barroso, na sessão de julgamento de 17-9-2019 (cf. MIGALHAS. TSE: uso de candidaturas “laranja” leva à cassação de coligação inteira. 17 set. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/311197>. Acesso em: 19 ago. 2026).

quocientes: o grupo cooptador não é reparado por dano algum, pois nenhum sofreu, mas acaba premiado com os mandatos alheios, recompensa que excede largamente qualquer interesse legítimo na higidez da cota feminina.

Generalizando o argumento, extrai-se o seguinte desenho institucional: toda sanção drástica cujo gatilho fático possa ser fabricado por terceiro que se beneficie de sua aplicação cria, *ipso facto*, um mercado para a fabricação do gatilho; o desenho ótimo do *enforcement* deve, por isso, incorporar mecanismos de segunda ordem – sanções contra o acionamento fraudulento do próprio aparato sancionador. É o que aqui se designa *enforcement* de segunda ordem ou *meta-enforcement*: a proteção do sistema repressivo contra a sua captura estratégica. O “efeito cobra” referido na introdução é a manifestação anedótica dessa proposição; a fraude ao quadrado, a sua manifestação eleitoral.

4.3. O EFEITO INIBITÓRIO (*CHILLING EFFECT*) SOBRE CANDIDATURAS FEMININAS AUTÊNTICAS

A terceira lente analítica é a do efeito inibitório (*chilling effect*), conceito desenvolvido na literatura norte-americana para descrever o fenômeno pelo qual a ameaça de sanção – ainda que juridicamente infundada – dissuade condutas lícitas e socialmente valiosas que podem ser confundidas com a conduta proibida, em razão da incerteza sobre a aplicação da norma e da aversão ao risco dos agentes.⁴⁸

A fraude ao quadrado gera efeitos inibitórios em três margens distintas, todas perversas.

A uma, quanto aos partidos cumpridores da cota: cientes de que qualquer renúncia tardia de candidata pode ser convertida, por obra do adversário, em acusação contra toda a chapa, seus dirigentes, racionalmente, passam a ver em cada

⁴⁸SCHAUER, Frederick. Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the “Chilling Effect”. Boston University Law Review, vol. 58, p. 685-732, 1978.

candidatura feminina um passivo contingente – e a reagir com estratégias defensivas que vão da burocratização da relação com as candidatas (documentação exaustiva de atos de campanha, termos de compromisso, registros audiovisuais *etc.*) à preferência por candidatas de perfil “seguro”, em detrimento de postulantes novatas, de baixa renda ou de menor capital político, justamente as que a política afirmativa pretendia incluir. A cota, desenhada como porta de entrada, converte-se em fonte de risco; e o partido avesso ao risco responde reduzindo a atividade que o gera – o nível de atividade a que alude o modelo de Shavell.

A duas, as próprias mulheres sofrem efeitos inibitórios. A candidata que pondera concorrer sabe que a votação inexpressiva – resultado provável de uma primeira candidatura sem financiamento robusto – poderá ser lida, *ex post*, como indício de que sua candidatura foi fictícia, com as consequências reputacionais e jurídicas correlatas, inclusive a sanção de inelegibilidade. Sabe, ainda, que a desistência legítima, direito potestativo assegurado pelo art. 13, *caput*, da Lei n. 9.504/1997, poderá arrastá-la a anos de litígio como suposta “laranja”. A elevação do custo esperado da candidatura feminina marginal opera exatamente em sentido contrário ao do fomento constitucional à participação política da mulher – e soma-se a outros custos diferenciados enfrentados pela população feminina no meio político.

A três, há efeito inibitório, o mais insidioso deles, sobre o próprio sistema de repressão à fraude clássica. Cada fraude ao quadrado bem-sucedida ou meramente descoberta degrada o valor informacional dos indícios previstos na Súmula n. 73 do TSE: se votação zerada e contas inexpressivas podem ser tanto o rastro de uma candidatura fictícia quanto o produto de uma cooptação adversária, o julgador racional atualizará suas inferências, exigindo mais para condenar – e fraudes reais escaparão. Em termos econômicos, a simulação polui o conjunto informacional do *enforcement*, elevando simultaneamente as taxas de falso positivo (chapas regulares cassadas) e de falso negativo

(fraudes autênticas absolvidas). A fraude ao quadrado não é, portanto, um jogo de soma zero entre grupos políticos: é uma externalidade negativa lançada sobre todo o sistema de proteção da participação feminina.

4.4. LITIGÂNCIA PREDATÓRIA: *RENT-SEEKING*, AÇÕES DE ABORRECIMENTO E *SHAM LITIGATION*

A quarta lente pela qual se deve enxergar a fraude ao quadrado é a da litigância como instrumento de captura de rendas. A teoria do *rent-seeking* descreve o problema do dispêndio de recursos reais na disputa por transferências de riqueza – atividade socialmente estéril, porque consome recursos sem criar valor.⁴⁹ A fraude ao quadrado é *rent-seeking* em estado puro: o grupo cooptador não investe em persuadir eleitores – atividade produtiva do mercado político –, mas em fabricar um título judicial de redistribuição de mandatos. Os recursos consumidos pelo esquema (a vantagem paga à cooptada, os honorários da judicialização, o tempo da máquina judiciária, os custos de defesa da chapa vítima *etc.*) constituem perda social injustificada, sem qualquer contrapartida em legitimidade representativa.

A análise econômica do processo civil ilumina, em acréscimo, a racionalidade da demanda fabricada – conquanto, aqui, a transposição exija cautela e adaptação. O modelo clássico das ações de aborrecimento (*nuisance suits*) e das demandas de valor esperado negativo descreve o autor que ajuíza ação com baixa probabilidade de êxito para extrair do réu um acordo pecuniário injusto, alavancado pelos custos de defesa que este teria de suportar.⁵⁰ A hipótese não se amolda com fidelidade à AIJE por

⁴⁹TULLOCK, Gordon. The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies, and Theft. *Western Economic Journal*, vol. 5, n. 3, p. 224-232, 1967; KRUEGER, Anne O. The Political Economy of the Rent-Seeking Society. *The American Economic Review*, vol. 64, n. 3, p. 291-303, 1974.

⁵⁰ROSENBERG, David; SHAVELL, Steven. A Model in Which Suits Are Brought for Their Nuisance Value. *International Review of Law and Economics*, vol. 5, n. 1,

fraude à cota: o objeto do processo eleitoral é indisponível e não comporta transação pecuniária, e eventual desistência não subtrairia do Ministério Público Eleitoral a possibilidade de prosseguir na apuração dos fatos. Três elementos do modelo, contudo, sobrevivem à transposição, *mutatis mutandis*. Em primeiro lugar, a moeda do “acordo” pode ser política e extraprocessual: a ameaça de cassação coletiva abre espaço para barganhas espúrias – v. g., desistências recíprocas de demandas eleitorais, composição de blocos na câmara municipal ou apoio em disputas futuras –, pelas quais o autor monetiza o processo sem jamais levá-lo a julgamento. Em segundo lugar, a assimetria de apostas do modelo está presente em grau extremo: para o autor, o processo é opção de baixo custo com prêmio potencial máximo; para a chapa ré, é ameaça existencial na legislatura, pois a procedência implica cassação coletiva e perda de todos os mandatos – de sorte que mesmo AIJEs com probabilidade modesta de êxito exercem pressão real sobre o adversário, distorcendo a competição política para além do resultado do processo. Por fim, ainda quando não haja barganha viável nem êxito provável, o próprio curso do processo já entrega parte do resultado almejado – os custos de defesa, a paralisia política dos demandados sob incerteza e o desgaste reputacional da pecha de “fraudador da cota” –, hipótese que, a rigor, já não é de *nuisance suit*, mas de utilização do processo como pena em si mesmo: “o processo é a punição” (*the process is the punishment*), na formulação clássica de Malcolm Feeley,⁵¹ fenômeno que encontra sede dogmática própria na categoria do assédio judicial, examinada adiante.

O fenômeno dialoga, por fim, com a doutrina da *sham*

p. 3-13, 1985; BEBCHUK, Lucian Arye. A New Theory Concerning the Credibility and Success of Threats to Sue. *The Journal of Legal Studies*, vol. 25, n. 1, p. 1-25, 1996. Sobre a análise econômica do processo civil no direito brasileiro, cf. FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Processo Civil e Análise Econômica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

⁵¹FEELEY, Malcolm M. *The Process is the Punishment: Handling Cases in a Lower Criminal Court*. New York: Russell Sage Foundation, 1979.

litigation, desenvolvida pela Suprema Corte dos Estados Unidos no contexto antitruste: o exercício do direito de petição perde imunidade quando a demanda é objetivamente infundada e o processo é utilizado não pelo seu resultado, mas como arma anticompetitiva em si.⁵² A fraude ao quadrado é modalidade agravada dessa categoria: a demanda não é apenas objetivamente infundada; ela é instruída com suporte fático fabricado pelo próprio autor, aproximando-se da fraude processual em sentido estrito. No direito brasileiro, a categoria encontra tradução normativa no abuso do direito de demandar (arts. 187 e 927 do Código Civil) e na figura do assédio judicial, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento conjunto das ADIs 6.792 e 7.055 como exercício abusivo e coordenado do direito de ação com o intuito ou o efeito de constranger.⁵³

4.5. CALIBRAGEM: RESPONSABILIDADE OBJETIVA, RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E CUSTOS DE ERRO

Resta sistematizar, à luz da teoria dos custos de erro judicial, a revisão do regime sumular defendida na Seção 2.3, bem como as regras de decisão que devem vigorar enquanto ela não sobrevém.

Todo sistema de adjudicação produz erros de dois tipos – falsos positivos (condenação de inocentes) e falsos negativos (absolvição de culpados) –, e o desenho ótimo das regras de decisão minimiza a soma ponderada dos custos de ambos.⁵⁴ A lição

⁵²ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, Inc.*, 508 U.S. 49 (1993), que fixou o teste bifásico da demanda objetivamente infundada e do intento de lesar por meio do próprio processo. Cf., antes, *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.*, 365 U.S. 127 (1961); *California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited*, 404 U.S. 508 (1972).

⁵³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 6.792 e ADI 7.055, Rel. Min. Rosa Weber, Rel. p/ acórdão Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgadas em 22-5-2024.

⁵⁴Cf. POSNER, Richard A. *An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial*

foi generalizada por Louis Kaplow em ensaio seminal sobre a finalidade da jurisdição: o processo não deve ser desenhado para maximizar a verdade, mas para otimizar as consequências. O valor da precisão na aplicação do direito a fatos reconstituídos por meio da instrução probatória (acurácia) não é intrínseco, mas sim derivado dos efeitos que o padrão decisório projeta sobre o comportamento *ex ante* dos jurisdicionados, dissuadindo condutas nocivas sem inibir as benígnas. O limiar probatório ótimo que autoriza uma condenação, adverte o autor, não é sequer função da verdade provável do caso concreto submetido ao tribunal, mas da questão dinâmica de saber como sua elevação ou redução alteraria os incentivos dos agentes; e, quando a preocupação é a sobreinclusão da norma, a resposta preferível não é mutilar o direito material, mas exigir mais da prova, porquanto a elevação do ônus probatório tende a expelir do sistema os casos mais frágeis.⁵⁵ A moldura de Kaplow captura com exatidão o problema do contencioso da cota: a questão relevante não é apenas acertar, no caso concreto, quem fraudou, mas calibrar o regime de modo a desestimular a fraude real sem inibir candidaturas autênticas nem premiar a fabricação de provas.

No contencioso da cota feminina, os custos do falso positivo são excepcionais: cassam-se mandatos legítimos, anulam-se votos válidos, sacrificam-se mulheres eleitas de boa-fé e transfere-se poder político por ato judicial – dano à soberania popular que não comporta reparação ulterior. A fraude ao quadrado eleva artificialmente a probabilidade desse erro, ao injetar no processo prova fabricada. Segue-se que a exigência jurisprudencial de prova robusta da fraude e a regra de julgamento *in*

Administration. The Journal of Legal Studies, vol. 2, n. 2, p. 399-458, 1973; KAPLOW, Louis. The Value of Accuracy in Adjudication: An Economic Analysis. The Journal of Legal Studies, vol. 23, n. 1, p. 307-401, 1994.

⁵⁵KAPLOW, Louis. Information and the Aim of Adjudication: Truth or Consequences? Stanford Law Review, vol. 67, n. 6, p. 1303-1370, 2015. No original, quanto ao último ponto: “raising, say, the burden of proof tends to remove the weakest cases from the system” (tradução livre).

dubio pro suffragii – consolidadas na jurisprudência do TSE e dos tribunais regionais⁵⁶ – não são complacência com fraudadores, mas alocação racional do risco de erro em face da gravidade assimétrica de suas consequências: funcionam como o *standard* probatório qualificado que a teoria recomenda quando o custo do falso positivo supera o do falso negativo.

Quanto ao elemento subjetivo, o regime eficiente é necessariamente fundado na conduta de cada envolvido, sendo a distinção iluminada pela função que cada sanção cumpre conforme a hipótese, da seguinte forma:

a) *Para a chapa acusada de fraude clássica*: o desenho defendido na Seção 2.3 reserva as sanções constitutivas aos candidatos comprovadamente partícipes ou direta e conscientemente beneficiados, condicionando a cassação do DRAP à demonstração de orquestração institucional pelos dirigentes – tudo condicionado à prova robusta da existência mesma da fraude, *standard* probatório qualificado que restaura a sensibilidade da sanção à conduta e responde às objeções de precaução bilateral e de diluição da dissuasão lá desenvolvidas. Dessa maneira, a diligência partidária verificável – repasse tempestivo de recursos, entrega de material, apoio efetivo à candidata *etc.* – deve operar como contraprova por excelência da fraude, aproximando o regime, na prática forense, de um juízo sobre a diligência devida (*due diligence*) da agremiação – à semelhança das defesas de conformidade (*compliance defenses*) que, em outros domínios sancionatórios, eximem ou atenuam a responsabilidade da pessoa jurídica que demonstra haver adotado as cautelas exigíveis;

b) *Para as pessoas naturais*: a inelegibilidade exige participação ou anuência, como reconhece a própria Súmula n. 73 e como reafirmou o TSE ao negar a inelegibilidade de candidata precisamente por falta de prova de sua adesão subjetiva ao

⁵⁶Cf. o julgado transcrito na nota 37, *supra*, e a jurisprudência nele referida.

esquema;⁵⁷

c) *Para a candidata cooptada na fraude ao quadrado*: o critério decisivo é igualmente o dolo, sob a veste jurisprudencial da anuência. A renúncia, em si, é ato lícito e unilateral (art. 13, *caput*, da Lei n. 9.504/1997); o que a torna juridicamente relevante é o concerto fraudulento – comprovado que a candidata renunciou mediante ajuste com o grupo adversário, ciente da finalidade de imputação falsa ao próprio partido, ela se qualifica como “quem contribuiu para a prática do ato” (art. 22, XIV, da LC n. 64/1990). A opção pela responsabilidade subjetiva nesse ponto não é concessão dogmática, mas exigência funcional: responsabilizar objetivamente a renunciante esfriaria o exercício legítimo da liberdade de desistência e de migração política, produzindo um *chilling effect* de segunda ordem sobre direito que o sistema deve preservar; e

d) *Para o polo cooptador*: aplica-se a mesma lógica de individualização que se defendeu para a fraude clássica. A sanção constitutiva da fraude ao quadrado deve recair sobre os beneficiários diretos e os artífices do esquema, sem contaminar o demonstrativo partidário do grupo cooptador como um todo. A solução prestigia os votos democraticamente conquistados, evitando que a repressão à simulação reproduza o vício de sobreinclusão que a tornou possível, ao passo que concentra as sanções nos envolvidos diretamente na fraude, exatamente onde a dissuasão marginal é necessária. Reprimir a captura do aparato sancionador com sanção coletiva de gatilho fabricável seria reinstalar, em novo âmbito, a mesma falha de desenho normativo que este artigo propõe eliminar.

5. O ENQUADRAMENTO REPRESSIVO: ESFERAS ELEITORAL, PENAL E PROCESSUAL

⁵⁷BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. REspEl n. 0600645-41.2024.6.06.0007, Rel. Min. Floriano de Azevedo Marques, julgado em 30-4-2026.

A prescrição central da Seção 4 – elevar a sanção esperada dos artífices do esquema, dada a baixa probabilidade estrutural de detecção – pressupõe a demonstração de que o ordenamento vigente já contém as ferramentas repressivas necessárias. É o que se passa a sistematizar, sem prejuízo de aperfeiçoamentos *de lege ferenda*.

5.1. ILÍCITOS ELEITORAIS: A AIJE REVERSA

O ilícito em questão sujeita cooptadores e cooptadas, em primeiro lugar, à ação de investigação judicial eleitoral por abuso de poder econômico e político – uma AIJE reversa. A autorização legal reside no art. 22, *caput*, da LC n. 64/1990, que admite investigação judicial para apurar “*uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político*”.

O conceito jurisprudencial de abuso de poder econômico – uso excessivo de recursos patrimoniais, públicos ou privados, apto a viciar a vontade do eleitor ou desequilibrar o pleito⁵⁸ – amolda-se à hipótese com facilidade. Não se exige que o dispêndio ocorra em propaganda, pois a jurisprudência admite modalidades atípicas de emprego abusivo de recursos; a entrega ou promessa de vantagem patrimonial a uma candidata adversária para que sabote a própria legenda é forma qualificada de emprego de recursos econômicos para desequilibrar a disputa.⁵⁹ Em contrapartida, se a moeda de troca for posição na estrutura administrativa vindoura, cogita-se de abuso de poder político ou de abuso misto. O requisito da gravidade (art. 22, XVI, da LC n. 64/1990), aferido pelo binômio reprovabilidade qualitativa e repercussão quantitativa, sem exigência de potencialidade de alterar o

⁵⁸BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RO-El n. 0606570-47.2022.6.19.0000, Red. p/ acórdão Min. Antonio Carlos Ferreira, julgado em 25-3-2026.

⁵⁹Sobre a tipologia do abuso de poder nas disputas eleitorais, cf. GOMES, José Jairo, *op. cit.*

resultado, também se materializa: a conduta ostenta reprovabilidade máxima – instrumentaliza a política de cotas para destruir a representação adversária – e repercussão potencialmente drástica, pois a procedência da AIJE fabricada implicaria cassação de toda a chapa e nulidade dos votos da legenda, com retotalização.

Quanto à legitimidade passiva, é consolidado que a AIJE pode ser dirigida contra não candidatos, inclusive para fins de inelegibilidade, na medida em que o art. 22, XIV, comanda a declaração de inelegibilidade “do representado e de quantos hajam contribuído para a prática do ato”. Em consonância com esse dispositivo, o TSE reconhece que o polo passivo deve ser composto pelas pessoas físicas beneficiárias ou responsáveis pelo abuso.⁶⁰ Assim, o articulador não candidato, o financiador da vantagem, bem como os intermediários e a destinatária da cooperação são todos alcançáveis pela inelegibilidade octonal, reservando-se a cassação de registro ou diploma aos candidatos “diretamente beneficiados” (art. 22, XIV) – base normativa, aliás, da individualização sancionatória defendida na Seção 4.5.

Vale dizer que, muito embora a fraude não conste literalmente do *caput* do art. 22 da LC n. 64/1990, o TSE a admite como fundamento de AIJE por interpretação teleológica, sendo o art. 14, § 10, da Constituição expresso ao autorizar a impugnação do mandato eletivo à luz de “provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude”. Nesse sentido, no exercício da sua competência regulamentar, a Corte Superior editou a Resolução TSE n. 23.735/2024, cujo art. 6º, § 2º, reza que a “fraude à lei pode ser examinada como abuso de poder, desde que subsumida a uma das modalidades do ilícito previstas no sistema”, ao passo que o art. 8º, *caput*, define a fraude lesiva ao processo eleitoral como abrangente dos atos que possam iludir o

⁶⁰BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Rp n. 929, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, julgada em 7-12-2006; RO n. 688, Rel. Min. Fernando Neves, julgado em 15-4-2004; AIJE n. 0601312-84, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgada em 19-10-2023.

eleitorado e das “simulações e artifícios empregados com a finalidade de conferir vantagem indevida a partido político, federação, coligação, candidata ou candidato e que possam comprometer a normalidade das eleições e a legitimidade dos mandatos eletivos”, configurando fraude à lei, nos termos do § 1º, “a prática de atos com aparência de legalidade, mas destinados a frustrar os objetivos de normas eleitorais cogentes”.⁶¹ Essa foi exatamente a porta de entrada da repressão às candidaturas fictícias.⁶²

Ora, se a simulação de candidatura é fraude apta a fundamentar AIJE, não pode merecer tratamento menos rigoroso a simulação de fraude que persegue idêntico resultado prático de cassação em massa e redistribuição de vagas. Aplica-se, com redobrada razão, o conceito aberto de fraude construído para a AIME – apto a englobar “todas as situações em que a normalidade das eleições e a legitimidade do mandato eletivo são afetadas por ações fraudulentas”, “não se limitando a questões atinentes ao processo de votação”.⁶³ A fraude ao quadrado afeta a normalidade e a legitimidade do pleito em dupla dimensão: vicia o ambiente da disputa (retirada artificiosa de candidata) e agride a estabilidade dos mandatos proclamados (cassação baseada em fato forjado). Portanto, pode fundamentar tanto AIJE autônoma quanto AIME contra eventuais beneficiários diplomados, no prazo decadencial de quinze dias da diplomação.

Conforme já anotado, a renúncia, em si, é ato lícito e unilateral. O critério decisivo para a responsabilização da cooptada, na linha da jurisprudência sobre as “laranjas” clássicas, é a prova da adesão subjetiva. Em julgado paradigmático recente, o TSE

⁶¹BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução TSE n. 23.735, de 27 de fevereiro de 2024, arts. 6º, § 2º, e 8º, *caput* e § 1º.

⁶²BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RESpe n. 243-42/PI, Rel. Min. Henrique Neves, julgado em 16-8-2016; RESpe n. 193-92.2016.6.18.0018, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 17-9-2019.

⁶³BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RESpe n. 1-49/PI, Rel. Min. Henrique Neves, julgado em 4-8-2015; AgR-RESpe n. 555-49, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 8-8-2019.

reconheceu a fraude, mas negou a inelegibilidade da candidata justamente por falta de prova de anuência⁶⁴ – critério que, transposto para a fraude ao quadrado, exigirá o exame da cronologia da renúncia, da adesão pública subsequente ao grupo adversário, das vantagens eventualmente recebidas e das contradições entre as versões apresentadas.

5.2. ILÍCITOS PENAIIS: A DENÚNCIAÇÃO CALUNIOSA COM FINALIDADE ELEITORAL E A FALSIDADE IDEOLÓGICA

Sem prejuízo da AIJE ou da AIME, os envolvidos na fraude ao quadrado ficam sujeitos à persecução penal pelo crime de denúncia caluniosa com finalidade eleitoral (art. 326-A do Código Eleitoral, incluído pela Lei n. 13.834/2019), que incrimina “dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, de investigação administrativa, de inquérito civil ou ação de improbidade administrativa, atribuindo a alguém a prática de crime ou ato infracional de que o sabe inocente, com finalidade eleitoral”, com pena de reclusão de dois a oito anos, além da multa.

O tipo penal tem plena adequação à hipótese, visto que: (i) a AIJE é inequivocamente “processo judicial”; (ii) o seu ajuizamento satisfaz o verbo do tipo (“dar causa”); (iii) o dolo direto (“de que o sabe inocente”) é inerente ao esquema, na medida em que o denunciante fabricou a situação que imputa, tendo ciência plena da inocência do adversário; e (iv) a finalidade eleitoral – obter mandatos pela via da cassação e da retotalização – é evidente.

Nem se diga que o tipo, ao exigir a atribuição “a alguém” da “prática de crime ou ato infracional”, excluiria a fraude à cota feminina, por ser esta um ilícito cível-eleitoral (art. 22, XIV, da

⁶⁴BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. REspEI n. 0600645-41.2024.6.06.0007, Rel. Min. Floriano de Azevedo Marques, julgado em 30-4-2026.

LC n. 64/1990 c/c art. 10, § 3º, da Lei n. 9.504/1997). É que a imputação de “candidatura fictícia” contém, ordinariamente, a imputação implícita do crime de falsidade ideológica eleitoral (art. 350 do Código Eleitoral) aos dirigentes partidários e às supostas “laranjas” – declaração falsa no requerimento de registro de candidatura que se afirma simulada. A inicial da AIJE que materializa a fraude ao quadrado, ao atribuir aos dirigentes e às candidatas a ciência do caráter fictício das candidaturas registradas, imputa-lhes fato definido como crime, sabendo o denunciante serem inocentes, preenchendo, assim, os elementos do art. 326-A do Código Eleitoral.

Mais ainda, se a inicial fraudulenta for instruída com declarações escritas ideologicamente falsas – seja da candidata cooptada sobre os motivos da renúncia e o suposto abandono partidário, seja de terceiros sobre a inexistência de campanha –, configura-se a falsidade ideológica eleitoral: “inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, para fins eleitorais” (art. 350 do Código Eleitoral). O crime é formal e de consumação antecipada, bastando o dolo específico de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante para fins eleitorais.⁶⁵ Os cooptadores que “fazem inserir” a declaração falsa respondem como autores ou partícipes (art. 29 do Código Penal); a juntada em juízo do documento ideologicamente falso por quem não o confeccionou configura o uso de documento falso eleitoral (art. 353 do Código Eleitoral). É possível, ainda, a incidência de outros tipos, de acordo com a peculiaridade de cada caso concreto: falso testemunho e corrupção ativa de testemunha (arts. 342 e 343 do Código Penal), fraude processual (art. 347 do Código Penal) e associação criminosa (art. 288 do Código Penal). E, na hipótese de a cooptação degenerar em constrangimento ou ameaça à candidata para que renuncie, abre-se a via do crime

⁶⁵BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AgR-REspe n. 0602165-66, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 22-10-2020; REspe n. 4931, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 28-4-2020; HCCrim n. 0600152-24, Rel. Min. Carlos Horbach, julgado em 1º-7-2022.

previsto no art. 326-B do Código Eleitoral, incluído pela Lei n. 14.192/2021 (“Assediar, constranger, humilhar, perseguir ou ameaçar, por qualquer meio, candidata a cargo eletivo ou detentora de mandato eletivo, utilizando-se de menosprezo ou discriminação à condição de mulher ou à sua cor, raça ou etnia, com a finalidade de impedir ou de dificultar a sua campanha eleitoral ou o desempenho de seu mandato eletivo”).

Do ponto de vista funcional, a criminalização cumpre o papel identificado na Seção 4.1: elevar a sanção esperada em contexto de detecção difícil. A pena cominada ao art. 326-A do Código Eleitoral – notavelmente severa em comparação com a denúncia caluniosa comum – reflete juízo legislativo acertado sobre a gravidade do uso do aparato judicial como arma eleitoral, e sua aplicação efetiva é condição de credibilidade da dissuasão. Impõe-se, por isso, nos feitos em que haja indícios do esquema, a extração de peças ao Ministério Público Eleitoral, a quem cabe o exame detido da persecução.

5.3. ILÍCITOS PROCESSUAIS: LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ, SIMULAÇÃO PROCESSUAL E ABUSO DO DIREITO DE DEMANDAR

Finalmente, a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao processo eleitoral (art. 15 do CPC; art. 2º, parágrafo único, da Res.-TSE n. 23.478/2016) autoriza a repressão endoprocessual da fraude ao quadrado.

A conduta atrai a incidência, cumulativamente, de ao menos três incisos do art. 80 do CPC: o inciso II (alterar a verdade dos fatos), pois o autor narra como fraude alheia um estado de coisas que ele próprio fabricou; o inciso III (usar do processo para conseguir objetivo ilegal), pois utiliza a jurisdição como instrumento da própria fraude; e o inciso V (proceder de modo temerário), haja vista movimentar a máquina processual ciente da inexistência de fundamento para a pretensão. Demais disso,

segundo o art. 142 do CPC, convencendo-se de que o processo serve a fim vedado por lei, o juiz deve proferir decisão que impeça os objetivos das partes, aplicando de ofício as penalidades da litigância de má-fé – diretriz que autoriza o julgador eleitoral a neutralizar o esquema no próprio julgamento da AIJE fabricada, na esteira do entendimento do TSE de que, “configurada a simulação processual, aplica-se o art. 129 do Código de Processo Civil [de 1973], extinguindo-se o feito sem julgamento do mérito, com envio de cópia dos autos ao Ministério Público”.⁶⁶ Foi essa, aliás, a orientação concretizada no segundo caso relatado na Seção 3.3, no qual se reputaram nulos, porque simulados, os atos praticados por defesa capturada pelo interesse adverso.

Quanto à dosimetria, sendo o valor da causa da AIJE irrisório ou inestimável, a multa pode ser fixada em até dez salários mínimos (art. 81, § 2º, do CPC), prática já adotada pelo TSE.⁶⁷ Cumulam-se a indenização por perdas e danos, sem teto legal, liquidável nos próprios autos (art. 81, § 3º), apta a recompor os elevados custos de defesa de uma cassação de chapa, e a responsabilização solidária “daqueles que se coligaram para lesar a parte contrária” (art. 81, § 1º), abrangendo o concerto entre demandantes e cooptadores. Sob a ótica econômica, a combinação entre multa, indenização integral e solidariedade desempenha função precisa: transfere ao fabricante do litígio os custos que a ação de aborrecimento pretendia externalizar, corroendo o valor esperado positivo identificado na Seção 4.1.

Fora do processo, a superveniência de provas do conluio pode ensejar a responsabilização civil por abuso do direito de demandar (arts. 187 e 927 do Código Civil), na moldura da *sham litigation*. A esse respeito, o Supremo Tribunal Federal já

⁶⁶BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AgRgAg n. 7.757, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 10-6-2009.

⁶⁷BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. REspEl n. 0600359-43, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julgado em 13-2-2025; AgR-AREspE n. 0600016-43, Rel. Min. Estela Aranha, julgado em 12-2-2026.

reconheceu a figura do assédio judicial, consistente no exercício abusivo e coordenado do direito de ação com o intuito ou o efeito de constranger.⁶⁸ A fraude ao quadrado é modalidade qualificada dessa categoria, por constituir ação temerária instruída com fato fabricado pelo próprio autor para converter o processo em máquina de cassação dos adversários.

6. CONCLUSÃO

Conclui-se, assim, que a fraude ao quadrado – a simulação, por grupo político adversário, de fraude à cota feminina alheia, mediante cooptação de candidata, renúncia cronometrada, encenação probatória e judicialização instrumental – constitui ilícito plurissubjetivo e plurissubsistente de dupla lesividade qualificada: atenta contra a soberania popular, ao buscar nas cortes os mandatos negados nas urnas, e contra a própria política de cotas, ao converter o instrumento de inclusão em arma de aniquilação recíproca e ao lançar suspeição difusa sobre candidaturas femininas autênticas. A análise econômica revela que o fenômeno não é decorrência imprevisível do sistema atual, mas consequência racional de uma configuração institucional específica: sanção coletiva drástica, gatilho fático fabricável por terceiro beneficiário, recompensa política superior a qualquer dano e sanção esperada próxima de zero para os fabricantes.

As premissas estabelecidas ao longo do trabalho evidenciam, ademais, que a responsabilidade objetiva do partido e dos candidatos eleitos pela chapa, consagrada na Súmula n. 73 do TSE, não encontra justificativa teórica ou empírica: a lógica do *cheapest cost avoider* não resiste à estrutura bilateral das precauções nem à autonomia da candidata na relação de agência; a sanção insensível à conduta dilui – quando não inverte – a

⁶⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 6.792 e ADI 7.055, Rel. Min. Rosa Weber, Rel. p/ acórdão Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgadas em 22-5-2024.

dissuasão; e o risco residual onera precisamente a atividade que a ordem jurídica pretende fomentar. Defende-se, por isso, a revisão do enunciado sumular para substituir a cassação coletiva automática por sanções individualizadas nos comprovadamente partícipes ou beneficiários conscientes da fraude, reservar a cassação do DRAP à orquestração institucional demonstrada e confiar a dissuasão dirigida à agremiação a sanções pecuniárias e restrições de financiamento – solução prevista no próprio texto do art. 22, XIV, da LC n. 64/1990. Enquanto a revisão não sobrevém, impõem-se as salvaguardas de calibragem: a exigência inflexível de prova robusta, com a regra de julgamento *in dubio pro suffragii*, como alocação racional de custos de erro assimétricos; o filtro subjetivo do dolo – que a jurisprudência operacionaliza nas fórmulas da participação e da anuência – para a responsabilização das pessoas físicas, evitando o efeito inibitório sobre a liberdade lícita de desistência e de migração partidária; e a individualização das sanções no polo cooptador, que concentra a dissuasão nos artífices do esquema sem reproduzir a sobreinclusão que o viabilizou.

O ordenamento brasileiro já dispõe do arsenal repressivo necessário – a AIJE reversa por abuso de poder e fraude, a denúncia caluniosa com finalidade eleitoral e a falsidade ideológica eleitoral, as sanções processuais por litigância de má-fé e simulação, e a responsabilização civil pelo assédio judicial –, faltando-lhe, até aqui, a disposição institucional de aplicá-lo com a severidade que a baixa probabilidade de detecção exige. A lição mais geral transcende o contencioso da cota feminina: todo aparato sancionador cujo gatilho possa ser fabricado por quem se beneficia com a sanção precisa de um *enforcement* de segunda ordem que o proteja de captura, sob pena de ver o remédio transformado em veneno. Proteger a cota feminina da fraude e proteger o sistema repressivo da fraude à fraude são, em última análise, a mesma tarefa, qual seja: assegurar que a representação política feminina seja decidida pelo voto, não pela astúcia de

quem aprendeu a criar cobras para requisitar o prêmio.



REFERÊNCIAS

- AKERLOF, George A. The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 84, n. 3, p. 488-500, 1970.
- ALEMANHA. Tribunal Constitucional do Estado da Turíngia (Thüringer Verfassungsgerichtshof). VerfGH 2/20, julgado em 15-7-2020.
- ALEMANHA. Tribunal Constitucional do Estado de Brandemburgo (Verfassungsgericht des Landes Brandenburg). Julgado em 23-10-2020.
- ALVIM, Frederico Franco. Abuso de poder nas competições eleitorais. Curitiba: Juruá, 2019.
- BEAMAN, Lori; CHATTOPADHYAY, Raghavendra; DUFLO, Esther; PANDE, Rohini; TOPALOVA, Petia. Powerful Women: Does Exposure Reduce Bias? *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 124, n. 4, p. 1497-1540, 2009.
- BEBCHUK, Lucian Arye. A New Theory Concerning the Credibility and Success of Threats to Sue. *The Journal of Legal Studies*, vol. 25, n. 1, p. 1-25, 1996.
- BECKER, Gary S. Crime and Punishment: An Economic Approach. *Journal of Political Economy*, vol. 76, n. 2, p. 169-217, 1968.
- BESLEY, Timothy; FOLKE, Olle; PERSSON, Torsten; RICKNE, Johanna. Gender Quotas and the Crisis of the Mediocre Man: Theory and Evidence from Sweden. *The American Economic Review*, vol. 107, n. 8, p. 2204-2242, 2017.

- BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe. Feminismo e política: uma introdução. São Paulo: Boitempo, 2014.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988.
- BRASIL. Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral.
- BRASIL. Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990. Estabelece casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências.
- BRASIL. Lei n. 9.100, de 29 de setembro de 1995. Estabelece normas para a realização das eleições municipais de 3 de outubro de 1996.
- BRASIL. Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições.
- BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.
- BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.
- BRASIL. Lei n. 13.834, de 4 de junho de 2019. Acrescenta o art. 326-A ao Código Eleitoral, para tipificar o crime de denunciação caluniosa com finalidade eleitoral.
- BRASIL. Lei n. 14.192, de 4 de agosto de 2021. Estabelece normas para prevenir, reprimir e combater a violência política contra a mulher.
- BRASIL. Emenda Constitucional n. 117, de 5 de abril de 2022. Altera o art. 17 da Constituição Federal para impor aos partidos políticos a aplicação de recursos na promoção e difusão da participação política das mulheres.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5.617, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgada em 15-3-2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 6.792 e ADI 7.055, Rel. Min. Rosa Weber, Rel. p/ acórdão Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgadas em 22-5-2024.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta n. 0600252-

- 18.2018.6.00.0000, Rel. Min. Rosa Weber, julgada em 22-5-2018.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução TSE n. 23.478, de 10 de maio de 2016. Estabelece diretrizes gerais para a aplicação da Lei n. 13.105/2015 no âmbito da Justiça Eleitoral.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução TSE n. 23.735, de 27 de fevereiro de 2024. Dispõe sobre ilícitos eleitorais na propaganda e no processo eleitoral.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Súmula n. 73. Aprovada pelo Acórdão de 16-5-2024 no PA n. 32345, DJE de 3, 4 e 5-6-2024.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Rp n. 929, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, julgada em 7-12-2006.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RO n. 688, Rel. Min. Fernando Neves, julgado em 15-4-2004.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. REspe n. 1-49/PI, Rel. Min. Henrique Neves, julgado em 4-8-2015.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. REspe n. 243-42/PI, Rel. Min. Henrique Neves, julgado em 16-8-2016.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AgR-REspe n. 555-49, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 8-8-2019.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. REspe n. 193-92.2016.6.18.0018, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 17-9-2019.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. REspe n. 4931, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 28-4-2020.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AgR-REspe n. 0602165-66, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 22-10-2020.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. HCCrim n. 0600152-24, Rel. Min. Carlos Horbach, julgado em 1º-7-2022.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AIJE n. 0601312-84, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgada em 19-10-2023.

- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AgRgAg n. 7.757, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 10-6-2009.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. REspEI n. 0600359-43, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julgado em 13-2-2025.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AgR-AREspE n. 0600016-43, Rel. Min. Estela Aranha, julgado em 12-2-2026.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RO-EI n. 0606570-47.2022.6.19.0000, Red. p/ acórdão Min. Antonio Carlos Ferreira, julgado em 25-3-2026.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. REspEI n. 0600645-41.2024.6.06.0007, Rel. Min. Floriano de Azevedo Marques, julgado em 30-4-2026.
- BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro. Recurso Eleitoral n. 0600639-60.2024.6.19.0043 (Município de Natividade), Rel. p/ acórdão Des. Bruno Bodart, julgado em 23-7-2026.
- BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro. Recurso Eleitoral n. 060064902 (Município de Areal), Rel. Des. Rafael Estrela Nóbrega, DJE de 26-8-2025.
- BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro. Recurso Eleitoral n. 0600689-62.2024.6.19.0051, Rel. Des. Bruno Bodart.
- BROWN, John Prather. Toward an Economic Theory of Liability. *The Journal of Legal Studies*, vol. 2, n. 2, p. 323-349, 1973.
- CALABRESI, Guido. *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*. New Haven: Yale University Press, 1970.
- CALABRESI, Guido; HIRSCHOFF, Jon T. Toward a Test for Strict Liability in Torts. *The Yale Law Journal*, vol. 81, n. 6, p. 1055-1085, 1972.
- CHATTOPADHYAY, Raghabendra; DUFLO, Esther. Women

- as Policy Makers: Evidence from a Randomized Policy Experiment in India. *Econometrica*, vol. 72, n. 5, p. 1409-1443, 2004.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 6. ed. Boston: Addison-Wesley, 2012.
- DAHLERUP, Drude (ed.). *Women, Quotas and Politics*. London: Routledge, 2006.
- DAHLERUP, Drude; FREIDENVALL, Lenita. Quotas as a "Fast Track" to Equal Representation for Women. *International Feminist Journal of Politics*, vol. 7, n. 1, p. 26-48, 2005.
- DAVIDSON-SCHMICH, Louise K. Implementation of Political Party Gender Quotas: Evidence from the German Länder 1990-2000. *Party Politics*, vol. 12, n. 2, p. 211-232, 2006.
- ESPANHA. *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de março de 2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*.
- ESPANHA. *Tribunal Constitucional. STC 12/2008, de 29 de janeiro de 2008*.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.*, 365 U.S. 127 (1961).
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited*, 404 U.S. 508 (1972).
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, Inc.*, 508 U.S. 49 (1993).
- FEELEY, Malcolm M. *The Process is the Punishment: Handling Cases in a Lower Criminal Court*. New York: Russell Sage Foundation, 1979.
- FRANÇA. *Loi n. 2000-493, de 6 de junho de 2000, tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives*.
- FRANCESCHET, Susan; KROOK, Mona Lena; PISCOPO,

- Jennifer M. (ed.). *The Impact of Gender Quotas*. New York: Oxford University Press, 2012.
- FRANCESCHET, Susan; PISCOPO, Jennifer M. Gender Quotas and Women's Substantive Representation: Lessons from Argentina. *Politics & Gender*, vol. 4, n. 3, p. 393-425, 2008.
- FRÉCHETTE, Guillaume R.; MANIQUET, François; MORELLI, Massimo. Incumbents' Interests and Gender Quotas. *American Journal of Political Science*, vol. 52, n. 4, p. 891-909, 2008.
- FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Processo Civil e Análise Econômica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2025.
- KAPLOW, Louis. The Value of Accuracy in Adjudication: An Economic Analysis. *The Journal of Legal Studies*, vol. 23, n. 1, p. 307-401, 1994.
- KAPLOW, Louis. Information and the Aim of Adjudication: Truth or Consequences? *Stanford Law Review*, vol. 67, n. 6, p. 1303-1370, 2015.
- KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. Accuracy in the Determination of Liability. *The Journal of Law and Economics*, vol. 37, n. 1, p. 1-15, 1994.
- KLEIN, Benjamin; CRAWFORD, Robert G.; ALCHIAN, Armen A. Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process. *The Journal of Law and Economics*, vol. 21, n. 2, p. 297-326, 1978.
- KROOK, Mona Lena. *Quotas for Women in Politics: Gender and Candidate Selection Reform Worldwide*. New York: Oxford University Press, 2009.
- KROOK, Mona Lena; RESTREPO SANÍN, Juliana. The Cost of Doing Politics? Analyzing Violence and Harassment against Female Politicians. *Perspectives on Politics*, vol. 18, n. 3, p. 740-755, 2020.

- KRUEGER, Anne O. The Political Economy of the Rent-Seeking Society. *The American Economic Review*, vol. 64, n. 3, p. 291-303, 1974.
- MANSBRIDGE, Jane. Should Blacks Represent Blacks and Women Represent Women? A Contingent “Yes”. *The Journal of Politics*, vol. 61, n. 3, p. 628-657, 1999.
- MIGALHAS. TSE: uso de candidaturas “laranja” leva à cassação de coligação inteira. 17 set. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/311197>. Acesso em: 19 ago. 2026.
- MURRAY, Rainbow. *Parties, Gender Quotas and Candidate Selection in France*. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2010.
- O'BRIEN, Diana Z.; RICKNE, Johanna. Gender Quotas and Women's Political Leadership. *American Political Science Review*, vol. 110, n. 1, p. 112-126, 2016.
- PAXTON, Pamela; HUGHES, Melanie M. The Increasing Effectiveness of National Gender Quotas, 1990-2010. *Legislative Studies Quarterly*, vol. 40, n. 3, p. 331-362, 2015.
- PNG, I. P. L. Optimal Subsidies and Damages in the Presence of Judicial Error. *International Review of Law and Economics*, vol. 6, n. 1, p. 101-105, 1986.
- POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. The Economic Theory of Public Enforcement of Law. *Journal of Economic Literature*, vol. 38, n. 1, p. 45-76, 2000.
- PORTUGAL. Lei Orgânica n. 1/2019, de 29 de março de 2019.
- PORTUGAL. Lei Orgânica n. 3/2006, de 21 de agosto de 2006 (Lei da Paridade).
- POSNER, Richard A. An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration. *The Journal of Legal Studies*, vol. 2, n. 2, p. 399-458, 1973.
- POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 9. ed. New York: Wolters Kluwer, 2014.
- REINO UNIDO. Sex Discrimination (Election Candidates) Act

2002.

- ROSENBERG, David; SHAVELL, Steven. A Model in Which Suits Are Brought for Their Nuisance Value. *International Review of Law and Economics*, vol. 5, n. 1, p. 3-13, 1985.
- SACCHET, Teresa; SPECK, Bruno Wilhelm. Financiamento eleitoral, representação política e gênero: uma análise das eleições de 2006. *Opinião Pública*, vol. 18, n. 1, p. 177-197, 2012.
- SCHAUER, Frederick. Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the “Chilling Effect”. *Boston University Law Review*, vol. 58, p. 685-732, 1978.
- SHAVELL, Steven. Strict Liability versus Negligence. *The Journal of Legal Studies*, vol. 9, n. 1, p. 1-25, 1980.
- SHAVELL, Steven. *Economic Analysis of Accident Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1987.
- SIEBERT, Horst. *Der Kobra-Effekt: Wie man Irrwege der Wirtschaftspolitik vermeidet*. Stuttgart: Deutsche Verlags-Anstalt, 2001.
- STIGLER, George J. The Optimum Enforcement of Laws. *Journal of Political Economy*, vol. 78, n. 3, p. 526-536, 1970.
- SYKES, Alan O. The Economics of Vicarious Liability. *The Yale Law Journal*, vol. 93, n. 7, p. 1231-1280, 1984.
- TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Estatísticas eleitorais: Eleições Municipais 2024*. Brasília: TSE, 2024. Disponível em: <https://sig.tse.jus.br/ords/dwapr/r/seai/sig-eleicao>. Acesso em: 18 ago. 2026.
- TULLOCK, Gordon. The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies, and Theft. *Western Economic Journal*, vol. 5, n. 3, p. 224-232, 1967.
- WILLIAMSON, Oliver E. *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*. New York: Free Press, 1985.
- WYLIE, Kristin; DOS SANTOS, Pedro. *A Law on Paper Only*:

Electoral Rules, Parties, and the Persistent Underrepresentation of Women in Brazilian Legislatures. *Politics & Gender*, vol. 12, n. 3, p. 415-442, 2016.

ALIMENTOS GRAVÍDICOS: A EFETIVIDADE DA PROTEÇÃO AO NASCITURO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Nayara Maria Silvério da Costa Dallefi¹

Isabela de Souza Camargo²

Resumo: O presente trabalho analisa o instituto dos alimentos gravídicos no ordenamento jurídico brasileiro, com enfoque nos critérios para sua concessão e na valoração dos indícios de paternidade, à luz da Lei nº 11.804/2008. A pesquisa adota metodologia qualitativa, com base em análise doutrinária, legislativa e jurisprudencial. Verifica-se que os alimentos gravídicos possuem natureza assistencial e têm como finalidade assegurar condições dignas à gestante e ao nascituro durante o período gestacional. Nesse contexto, a exigência probatória é flexibilizada, sendo suficientes indícios de paternidade para a concessão da medida, diante da urgência e da necessidade de proteção ao direito à vida e à dignidade. A jurisprudência majoritária confirma esse entendimento. Observa-se, ainda, que os tribunais buscam conciliar a proteção do nascituro com o equilíbrio entre as partes,

¹ Doutora em Direito Previdenciário na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC (2020); Mestre em Direito, pelo Programa de Estudo Pós Graduação em Direito, do Centro Universitário Eurípedes de Marília UNIVEM (2016); Pós-graduada na área do Direito pela Universidade Estadual de Londrina-UEL (2012); Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, em Presidente Prudente-SP (2009). Conciliadora e Mediadora com formação no TASP (2025). Advogada militante (desde 2009) e professora universitária (desde 2012) e Pós Graduação. Atualmente leciona na graduação e Pós Graduação na Universidade do Oeste Paulista-UNOESTE. Consultora Jurídica da BPW de Presidente Prudente-SP (gestão 2026/2027). Tem experiência na área do Direito Civil, Direito Previdenciário e Processual Civil.

² Discente do último ano do Curso de Direito da Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE.

admitindo a revisão da obrigação após o nascimento, caso a paternidade não seja confirmada. Conclui-se que os alimentos gravídicos constituem importante instrumento de efetivação de direitos fundamentais, exigindo interpretação equilibrada por parte do Judiciário.

Palavras-Chave: alimentos gravídicos; nascituro; indícios de paternidade; tutela jurisdicional; dignidade da pessoa humana.

PREGNANCY SUPPORT (GRAVIDIC ALIMONY): THE EFFECTIVENESS OF PROTECTION FOR THE UNBORN CHILD IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

Abstract: This study analyzes the legal institute of pregnancy support (gravidic alimony) within the Brazilian legal system, focusing on the criteria for its granting and the assessment of evidence of paternity, in light of Law No. 11,804/2008. The research adopts a qualitative methodology, based on doctrinal, legislative, and jurisprudential analysis. It is observed that gravidic alimony has an assistential nature and aims to ensure adequate conditions for both the pregnant woman and the unborn child during pregnancy. In this context, the evidentiary requirement is flexible, and indications of paternity are sufficient for granting the measure, given its urgency and the need to protect the rights to life and dignity. The prevailing case law confirms this understanding. It is also noted that courts seek to balance the protection of the unborn child with fairness between the parties, allowing the revision of the obligation after birth if paternity is not confirmed. It is concluded that pregnancy support constitutes an important instrument for the realization of fundamental rights, requiring a balanced interpretation by the Judiciary.

Keywords: pregnancy support; unborn child; indications of paternity; judicial protection; human dignity.

Sumário: 1 Introdução. 2 Direito aos Alimentos. 2.1 Breve considerações históricas. 2.2 Direito aos Alimentos no Ordenamento Jurídico. 2.2.1 Conceito Jurídico e Natureza do Instituto. 2.2.2 Princípios do Direito de Família aplicáveis à obrigação alimentar. 3 Alimentos Gravídicos. 3.1 Tutela Jurídica do Nascituro no Ordenamento Brasileiro. 3.2 Dos alimentos gravídicos à luz da Lei 11.804/2008. 3.2.1 Evolução Histórica e Surgimento da Lei 11.804/2008. 3.2.2 Conceito, Natureza Jurídica e finalidade dos alimentos gravídicos. 3.2.3 Sujeitos da relação jurídica. 3.2.4 Requisitos Legais para a concessão dos alimentos gravídicos. 3.3 Aspectos processuais e probatórios dos Alimentos Gravídicos. 3.3.1 Procedimento da ação de Alimentos Gravídicos. 3.3.2 Da Tutela de Urgência. 3.3.3 Da prova indiciária de paternidade. 3.3.4 Ônus da prova. 4 Análise Crítica e Jurisprudencial. 4.1 Entre a proteção do Nascituro e a Segurança Jurídica do Genitor. 4.2 Análise da Jurisprudência dos tribunais brasileiros. 4.2.1 Aspectos favoráveis ao Nascituro. 4.2.2 Aspectos desfavoráveis ao Nascituro. 4.3 Possíveis caminhos para o equilíbrio entre a proteção e segurança jurídica. 5 Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A evolução do Direito de Família brasileiro evidencia uma progressiva ampliação da tutela jurídica voltada à proteção da pessoa humana, especialmente em contextos de vulnerabilidade. Nesse cenário, a disciplina dos alimentos gravídicos emerge como instrumento relevante de concretização dos direitos fundamentais, ao assegurar a proteção do nascituro ainda durante o período gestacional. A matéria, embora relativamente recente no plano legislativo, revela-se de grande complexidade, sobretudo em razão das tensões existentes entre a necessidade de tutela imediata da vida em formação e as garantias processuais do suposto genitor.

O Código Civil brasileiro, ao adotar como regra a teoria natalista, estabelece que a personalidade civil tem início com o nascimento com vida. Todavia, ao mesmo tempo, resguarda, desde a concepção, os direitos do nascituro, criando um espaço normativo que permite a incidência de mecanismos de proteção antecipada. É nesse contexto que se insere a Lei nº 11.804/2008, responsável por disciplinar os alimentos gravídicos e por conferir efetividade à proteção jurídica do ser humano concebido, garantindo-lhe condições dignas de desenvolvimento intrauterino.

A referida legislação inovou ao admitir a fixação de alimentos com base em indícios de paternidade, flexibilizando o rigor probatório tradicionalmente exigido nas ações alimentares. Tal opção legislativa decorre da impossibilidade, em regra, de produção de prova biológica definitiva durante a gestação, impondo ao julgador a formação de seu convencimento a partir de um juízo de verossimilhança. Essa característica confere ao instituto natureza peculiar, marcada pela urgência e pela necessidade de equilíbrio entre valores jurídicos em potencial conflito.

Nesse sentido, a problemática que orienta o presente estudo consiste em analisar de que forma o ordenamento jurídico brasileiro equilibra a proteção do nascituro com a segurança jurídica do suposto genitor, especialmente diante da mitigação do ônus da prova e da irrepetibilidade das verbas alimentares. Busca-se compreender se o modelo adotado pela Lei nº 11.804/2008 é capaz de assegurar, de maneira eficaz, a tutela da vida em formação sem comprometer, de forma desproporcional, as garantias processuais da parte demandada.

Para tanto, o trabalho tem como objetivo geral examinar o regime jurídico dos alimentos gravídicos, abordando seus fundamentos constitucionais, sua natureza jurídica e seus aspectos processuais. Como objetivos específicos, pretende-se: (i) analisar a evolução do conceito de família e sua relação com a obrigação alimentar; (ii) estudar o instituto dos alimentos e suas características; (iii) examinar a disciplina legal dos alimentos

gravídicos, com enfoque em seus requisitos, sujeitos e finalidade; e (iv) investigar os aspectos probatórios e processuais envolvidos na concessão da verba, com destaque para a tutela de urgência, a prova indiciária e a distribuição do ônus da prova.

A metodologia adotada é de natureza dedutiva, com abordagem qualitativa, desenvolvida por meio de pesquisa bibliográfica e análise da legislação vigente. Foram utilizados como referenciais teóricos autores consagrados do Direito Civil e do Direito de Família, além da jurisprudência pertinente, a fim de conferir consistência e atualidade às conclusões apresentadas.

Por fim, o estudo estrutura-se em capítulos que percorrem, de forma lógica e progressiva, os elementos necessários à compreensão do tema. Inicialmente, examina-se a evolução das entidades familiares e sua repercussão no dever de assistência. Em seguida, analisa-se o instituto dos alimentos em sentido amplo. Posteriormente, aprofunda-se o estudo dos alimentos gravídicos, abordando seus aspectos materiais e processuais. Ao final, desenvolve-se uma análise crítica acerca da tensão entre a proteção do nascituro e a segurança jurídica, com vistas a avaliar a adequação do modelo jurídico atualmente vigente.

Dessa forma, pretende-se contribuir para o debate acadêmico acerca da efetividade dos alimentos gravídicos, evidenciando sua relevância como mecanismo de proteção à vida e à dignidade da pessoa humana desde a concepção.

2 DO DIREITO AOS ALIMENTOS

2.1 DIREITO AOS ALIMENTOS – BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS

O direito aos alimentos possui raízes históricas profundas, remontando ao Direito Romano. Inicialmente, a obrigação era restrita, pois, conforme leciona a doutrina de Cahali, "a obrigação alimentar fundada sobre as relações de família não é

mencionada nos primeiros momentos da legislação romana" (1998, p. 43). Naquela estrutura, o paterfamilias concentrava todos os direitos, detendo o *ius vitae et necis* (direito de vida e morte), o que impedia que dependentes tivessem pretensões patrimoniais contra ele.

Nesse contexto, evidencia-se que o instituto dos alimentos não possuía natureza jurídica autônoma, mas estava submetido à lógica de poder absoluto do chefe familiar, o que inviabiliza qualquer construção baseada em direitos subjetivos do alimentando.

A evolução ocorreu gradualmente com a transição do dever moral de socorro para uma obrigação jurídica própria. Sob a influência do Direito Canônico, o âmbito das obrigações alimentares foi substancialmente dilatado, o instituto expandiu-se para além do sangue, alcançando vínculos espirituais: “[...] a obrigação alimentar poderia originar-se, para além do vínculo de sangue, de outras relações “quase religiosas”, como o clero, o monastério e o patronato.” (Cahali, 1998, p. 47).

Todavia, essa ampliação não deve ser interpretada, de forma acrítica, como um avanço pleno sob a perspectiva jurídica. Embora tenha alargado o campo de incidência da obrigação alimentar, o modelo canônico permaneceu ancorado em fundamentos essencialmente morais e religiosos, carecendo de efetiva juridicidade. Em outras palavras, houve expansão do dever, mas não a consolidação de um direito exigível em sentido técnico, o que revela uma fase intermediária, ainda distante da concepção contemporânea do instituto.

O ponto de inflexão mais relevante para o Direito contemporâneo manifesta-se no reconhecimento do direito a alimentos aos chamados “filhos espúrios”, especialmente em relação ao companheiro da mãe durante o período gestacional, conforme assinala Cahali (1998, p. 47).

Essa mudança não decorreu de uma evolução linear e espontânea do sistema jurídico, mas, ao contrário, revela uma

resposta a transformações sociais e à necessidade de conferir maior proteção a sujeitos historicamente marginalizados. Ainda assim, o reconhecimento não se deu de forma imediata e plena, sendo permeado por resistências e limitações, o que demonstra a dificuldade do Direito em romper, de modo célere, com estruturas discriminatórias arraigadas.

Nesse contexto, também se observa o progressivo afastamento da *exceptio plurium concubentium*, isto é, da alegação de pluralidade de parceiros como mecanismo de exclusão da responsabilidade alimentar. A rejeição dessa tese evidencia uma inflexão relevante: a incerteza quanto à paternidade deixa de operar como obstáculo absoluto à tutela alimentar, priorizando-se a proteção do nascituro e a garantia de sua subsistência mínima (Cahali, 1998, p. 47).

Não obstante, é necessário reconhecer que tal superação não eliminou por completo as dificuldades probatórias inerentes à matéria. A prova da paternidade permanece como um dos principais entraves à efetividade do direito alimentar, revelando uma tensão persistente entre a necessidade de proteção e a exigência de segurança jurídica.

No cenário brasileiro pré-codificado, o instituto dos alimentos desenvolveu-se sob a égide das Ordenações Filipinas, assumindo contornos marcadamente assistencialistas e vinculados à proteção orfanológica. Conforme ressalta Cahali, o Livro 1, Título LXXXVIII, 15, atribuía ao magistrado relevante poder interventivo, ao dispor que “o Juiz lhes ordenará o que lhes necessário for para seu mantimento, vestido e calçado, e tudo mais em cada um ano” (1998, p. 49).

Tal configuração evidencia que, nesse período, a tutela alimentar estava mais associada a uma atuação administrativa do Estado do que ao reconhecimento de um direito subjetivo familiar. O necessitado não figurava como titular de uma pretensão juridicamente estruturada, mas como destinatário de uma proteção concedida de forma discricionária pelo poder público.

A virada técnico-jurídica, conforme o doutrinador anteriormente citado, ocorre com a Consolidação das Leis Cíveis de Teixeira de Freitas, que, embora não tenha sistematizado o tema de forma unitária, promoveu significativa racionalização do instituto ao articular, com maior rigor, o dever de sustento e a ideia de reciprocidade. Superando o casuísmo característico do período colonial, Freitas antecipa, ainda que de forma embrionária, a lógica que viria a se consolidar no binômio necessidade-possibilidade, estabelecendo bases mais objetivas para a delimitação da obrigação alimentar.

Ainda que não represente a consolidação definitiva do instituto em sua feição contemporânea, esse movimento marca a transição de um modelo assistencial para uma estrutura progressivamente juridicizada, na qual a obrigação alimentar passa a se aproximar de um verdadeiro direito subjetivo, dotado de critérios e limites mais definidos, como o dever de sustento e a reciprocidade. Freitas superou o casuísmo colonial ao estabelecer bases que anteciparam o binômio necessidade-possibilidade, fixando que:

- *Dever de Sustento (Art. 166 e 167, CC/16)*: A obrigação de criação e alimentação dos filhos incumbe a ambos os cônjuges na constância do matrimônio, mas, em caso de separação, o pai é obrigado a concorrer com as despesas "salvo se pela sua pobreza o não puder fazer" (Cahali, 1998, p. 49).
- *Reciprocidade e Limitação (Art. 171, CC/16)*: Pela primeira vez, desenhou-se de forma clara a reciprocidade, conferindo aos pais o direito de serem alimentados pelos filhos quando reduzidos à "extrema miséria, que não tenham de que vivam" (Cahali, 1998, p. 50).
- *Irrenunciabilidade e Condição Social*: Freitas já sinalizava que a prestação não era apenas para a sobrevivência biológica, mas guardava relação com a "qualidade de suas pessoas e fazenda" (Cahali, 1998, p. 49), lançando

as sementes do que hoje classificamos como alimentos cômugros — aqueles destinados à manutenção do padrão de vida e do bem-estar do indivíduo, em consonância com a dignidade da pessoa humana.

Ainda assim, cumpre observar, em perspectiva crítica, que essa construção, embora tecnicamente avançada, permanecia inserida em uma estrutura social profundamente estratificada, na qual a noção de “qualidade” refletia desigualdades historicamente consolidadas.

De fato, o Direito brasileiro já sinalizava o caráter cômugro dos alimentos em período anterior à codificação de 1916. Nas Ordenações Filipinas, a proteção orfanológica estabelecia que o sustento deveria ser fixado conforme a “qualidade de suas pessoas e fazenda” (Ordenações Filipinas, Livro 1, Título LXXXVIII, 15, citado por CAHALI, 1998, p. 49). O emprego desse binômio — status social (qualidade) e capacidade patrimonial (fazenda) — evidencia que a obrigação alimentar, desde sua formação no contexto luso-brasileiro, não se limitava à subsistência mínima, mas estava vinculada à preservação do padrão de vida do alimentado.

Esse entendimento serviu de fundamento para a sistematização promovida por Teixeira de Freitas, que, ao consolidar tais disposições, contribuiu para a transformação de normas esparsas em um sistema estruturado de deveres recíprocos. A partir desse momento, observa-se a transição de uma assistência pontual, predominantemente voltada a órfãos e desvalidos, para uma verdadeira obrigação jurídica fundada na solidariedade familiar.

Referida mudança representa avanço significativo, ainda que circunscrito à esfera privada, mantendo o Estado em posição subsidiária quanto à garantia do mínimo existencial.

Na sequência, o Código Civil de 1916 promoveu a positivação do instituto, ainda que de forma restrita e fortemente influenciada por uma concepção patrimonialista e por um modelo familiar hierarquizado. A obrigação alimentar permanecia

limitada às hipóteses legalmente previstas, o que evidencia a dificuldade do Direito em acompanhar, de forma imediata, as transformações sociais.

Essa limitação evidencia que o instituto, até então, não acompanhava plenamente as transformações sociais, permanecendo atrelado a modelos familiares excludentes.

Diante desse cenário, a edição da Lei nº 5.478/68 (Lei de Alimentos) representou importante avanço ao conferir maior celeridade e efetividade à tutela alimentar. Cumpre destacar que o instituto ultrapassa a esfera estritamente privada, assumindo relevante dimensão pública, na medida em que a solidariedade familiar atua como mecanismo de contenção da atuação estatal: na ausência do cumprimento do dever pelos parentes, o encargo recai sobre o Estado.

Sob este aspecto, explica Maria Helena Diniz:

Há uma tendência moderna de impor ao Estado o dever de socorrer os necessitados, através de sua política assistencial e previdenciária, mas com o objetivo de aliviar-se desse encargo, o Estado o transfere mediante lei, aos parentes, daqueles que precisam de meios materiais para sobreviver, pois os laços que unem membros de uma mesma família impõe esse dever moral e jurídico (Diniz, 2005. p. 536.)

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, opera-se uma verdadeira inflexão axiológica no Direito de Família. A obrigação alimentar deixa de ser compreendida sob um enfoque predominantemente patrimonial e passa a ser orientada por valores existenciais, notadamente a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e o princípio da solidariedade familiar.

Nesse sentido, a doutrina de Farias e Rosenvald ressalta com maestria essa modificação acerca da forma que se compreende o Direito de Família: “Abandona-se o casamento como ponto referencial necessário, para buscar a proteção e o desenvolvimento da personalidade do homem. É a busca da dignidade humana, sobrepujando valores meramente patrimoniais” (Faria; Rosenvald, 2019, p. 733).

A Constituição, ademais, confere especial proteção à

família (art. 226) e assegura, com absoluta prioridade, os direitos da criança e do adolescente (art. 227), impondo à família, à sociedade e ao Estado o dever de garantir, entre outros, o direito à alimentação.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los (Brasil, 1988).

Tal diretriz reforça a compreensão de que o direito aos alimentos não se esgota em uma obrigação privada, assumindo função social relevante, vinculada à garantia do mínimo existencial

Por fim, o Código Civil de 2002, ao disciplinar a matéria nos arts. 1.694 a 1.710, consolida a compreensão de que os alimentos abrangem não apenas a subsistência básica, mas tudo aquilo que se mostra necessário para assegurar uma vida digna, compatível com a condição social do alimentado. Nesse contexto, firma-se o binômio necessidade-possibilidade — e, segundo parte da doutrina, o trinômio com a proporcionalidade — como critério estruturante da obrigação alimentar. (Brasil, 2002)

Conforme leciona Cahali, os alimentos devem ser compreendidos em sentido amplo, abrangendo não apenas o necessário à sobrevivência, mas também os elementos indispensáveis ao bem-estar físico, moral e social do indivíduo (Cahali, 1998, não paginado).

É precisamente sob essa perspectiva de tutela integral da dignidade humana que se fundamenta a proteção ao nascituro. Os alimentos gravídicos representam, assim, o ápice evolutivo do instituto, ao estender o dever de solidariedade e assistência à vida desde a sua formação, assegurando que a proteção jurídica se inicie antes mesmo do nascimento.

2.2 DIREITO AOS ALIMENTOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.2.1 CONCEITO JURÍDICO E NATUREZA DO INSTITUTO

O conceito jurídico de alimentos ultrapassa, de forma inequívoca, a acepção vulgar da palavra — restrita à nutrição biológica — para assumir, no âmbito do Direito das Famílias, uma dimensão substancialmente mais ampla e complexa. Trata-se de um conjunto de prestações indispensáveis à garantia de uma vida digna, voltadas não apenas à subsistência, mas também à preservação das condições materiais e existenciais do indivíduo.

Segundo Yussef Said Cahali (1998, não paginado), os alimentos compreendem tudo aquilo que se revela indispensável à conservação da vida humana, evidenciando sua conexão direta com a subsistência. Contudo, essa concepção, embora correta, mostra-se insuficiente diante da evolução constitucional do instituto

Nessa mesma perspectiva, Carvalho (2009, p. 389) amplia o conceito ao definir que os alimentos consistem em prestação fornecida a uma pessoa, em dinheiro ou em espécie, destinada à satisfação de suas necessidades essenciais, abrangendo não apenas o sustento, mas também vestuário, habitação e assistência médica, além de tudo o que se mostre necessário à manutenção da vida digna. Ressalta, ainda, que, no caso de crianças, os alimentos deve incluir igualmente os recursos indispensáveis à sua educação e formação.

Percebe-se, portanto, que a noção contemporânea de alimentos rompe com uma leitura meramente biológica, passando a incorporar um conteúdo existencial qualificado. Conforme leciona Paulo Lôbo:

Alimentos, em direito das famílias, tem o significado de valores, bens ou serviços destinados às necessidades existenciais da pessoa, em virtude de relações de parentesco (direito parental),

quando ela própria não pode prover, com seu trabalho ou rendimentos, a própria manutenção. Também são considerados alimentos os que decorrem dos deveres de assistência, em razão de ruptura de relações matrimoniais ou de união estável, ou dos deveres de amparo para a pessoa idosa (direito assistencial). Os alimentos podem ser em dinheiro, também denominados pensão alimentícia, e in natura, ou naturais, como a entrega de imóvel para moradia e de coisas para consumo humano. O adimplemento da obrigação pode ser direto (quantia em dinheiro) ou indireto (pagamento das mensalidades escolares, de clubes, de academia de ginástica etc.). (Lôbo, 2026, p. 313).

Essa formulação evidencia que os alimentos não se limitam ao “quanto” se paga, mas abrangem o “como” e o “para quê”, revelando sua função instrumental de concretização da dignidade humana.

Na mesma perspectiva, Orlando Gomes (1999, p. 426) define os alimentos como prestações destinadas à satisfação das necessidades vitais daqueles que não podem provê-las por si próprios. Ainda que sintética, essa definição reforça o caráter funcional do instituto, embora não explore, com a mesma profundidade, sua dimensão social e constitucional.

Já para Farias e Rosenvald (2019, p. 736):

Cuida-se de expressão plurívoca, não unívoca, designando diferentes medidas e possibilidade. De um lado, o vocábulo significa a própria obrigação de sustento de outra pessoa. A outro giro, com o termo alimentos, designa-se também o próprio conteúdo da obrigação. Ou seja, a referida expressão está envolvida em todo e qualquer bem necessário à preservação da dignidade humana, como habitação, saúde, assistência médica, educação, moradia, vestuário, e, é claro, também a cultura e lazer.

A partir dessa construção, torna-se evidente que os alimentos possuem natureza multifacetada, o que explica a divergência doutrinária acerca de sua natureza jurídica.

A definição da natureza jurídica dos alimentos é tema de intenso debate doutrinário, ramificando-se em três correntes principais que buscam delimitar a essência desse instituto:

A primeira corrente sustenta tratar-se de direito pessoal

extrapatrimonial, porquanto não há finalidade de enriquecimento, mas sim de preservação da dignidade humana. Conforme Farias e Rosenvald (2019), os alimentos configuram verdadeiro desdobramento dos direitos da personalidade, voltados à proteção da integridade física, psíquica e intelectual do indivíduo.

A segunda corrente, por sua vez, adota uma perspectiva estritamente patrimonial. Para seus adeptos, os alimentos se materializam em prestações economicamente mensuráveis — geralmente em pecúnia — destinadas à manutenção do credor (Venosa, 2004). Essa visão, embora reconheça corretamente o conteúdo econômico da obrigação, revela-se reducionista, pois desconsidera sua finalidade existencial, tratando o instituto como mera relação de crédito.

Por fim, a terceira corrente — majoritária — propõe uma solução conciliatória, reconhecendo a natureza mista dos alimentos. Nessa linha, Orlando Gomes (1999) sustenta que, embora a prestação possua conteúdo patrimonial, sua finalidade é eminentemente pessoal. Trata-se, portanto, de uma obrigação econômica com finalidade existencial, o que melhor se compatibiliza com o modelo constitucional vigente.

Sob a perspectiva da Teoria Geral do Direito, importa destacar que a obrigação alimentar não surge de forma originária, mas decorre do inadimplemento de deveres jurídicos preexistentes, como o sustento e a assistência familiar. Como bem observa Paulo Lôbo (2026), a existência de um direito implica, necessariamente, a existência de um dever correlato; não sendo este cumprido, nasce a pretensão exigível, convertendo um dever ético em imposição jurídica coercitiva.

Esse raciocínio evidencia uma mudança paradigmática relevante: os alimentos deixam de ser expressão de caridade ou dever moral — como apontado por Cahali (1998) — para se afirmarem como verdadeiro direito subjetivo exigível. Ainda assim, é importante reconhecer que essa evolução não ocorreu de forma linear ou espontânea, mas foi impulsionada por transformações

sociais e pela necessidade de resposta a situações concretas de vulnerabilidade.

No cenário brasileiro contemporâneo, mesmo com a ampliação das políticas de seguridade social, a família permanece como núcleo primário de proteção, assumindo a responsabilidade imediata pela garantia do mínimo existencial. Nesse contexto, consolida-se o fundamento dos alimentos no princípio da solidariedade familiar, que impõe deveres recíprocos entre seus membros. Nesta feita, destaca Paulo Lôbo: “É jurídica, pois, a obrigação alimentar, fundada no princípio normativo da solidariedade, seja na relação entre parentes, seja na relação familiar.” (2026, p. 314).

Essa base principiológica explica as peculiaridades do regime jurídico dos alimentos, que se afastam das regras tradicionais das obrigações civis. Conforme leciona *Rolf Madaleno* (2022), essas características são:

A. CARÁTER PERSONALÍSSIMO

O direito aos alimentos é intrínseco à pessoa do alimentado, sendo um desdobramento do seu direito à vida e à integridade física. Por ser personalíssimo, ele nasce para suprir a necessidade de um indivíduo específico e se extingue com a morte deste, não sendo passível de transmissão aos herdeiros do credor. No âmbito dos alimentos gravídicos, o nascituro é o titular real do direito, ainda que a gestante figure no polo ativo para viabilizar o exercício da pretensão.

B. INDISPONIBILIDADE E IRRENUNCIABILIDADE (ART. 1.707, CC)

Diferente de um crédito comum, o alimentando não pode abrir mão do seu direito de receber alimentos. A lei veda a renúncia porque ninguém pode renunciar ao direito de viver com

dignidade. O referido artigo determina que o credor pode até deixar de exercer o direito (não cobrar), mas jamais renunciar ao direito em si. Essa proteção evita que, em momentos de vulnerabilidade ou coação, a parte mais fraca abra mão do sustento futuro.

C. IMPENHORABILIDADE (ART. 833, IV, CPC)

Para garantir que o valor cumpra sua função social, os alimentos são protegidos contra credores terceiros. O dinheiro da pensão é considerado "sagrado" por ter finalidade vital; logo, não pode ser bloqueado para pagar dívidas de outra natureza do alimentado. Portanto, o art 833, inc. IV do CPC visa blindar esses valores, garantindo que o montante chegue integralmente ao prato de quem precisa.

D. IRREPETIBILIDADE E INCOMPENSABILIDADE

- *Irrepetibilidade*: Uma vez pagos, os alimentos são insuscetíveis de devolução. Trata-se de uma exceção à regra do pagamento indevido (Art. 876, CC), baseada no princípio de que o valor foi consumido na sobrevivência. Para a doutrina majoritária, exigir a devolução seria retirar o sustento de quem já o utilizou para viver. Contudo, autores como Rolf Madaleno ressaltam que esse dogma deve ser relativizado em casos de comprovado dolo ou má-fé, para evitar o enriquecimento ilícito.
- *Incompensabilidade*: O devedor não pode abater dívidas. Não é permitido, por exemplo, deixar de pagar a pensão alegando que pagou o aluguel ou comprou roupas por fora. O crédito alimentar deve ser pago integralmente para que o guardião tenha autonomia na administração das necessidades do alimentado.

Por fim, destaca-se que os alimentos visam assegurar o

chamado mínimo existencial, permitindo ao indivíduo não apenas sobreviver, mas viver com dignidade, em conformidade com sua condição social (Lôbo, 2026). Assim, o instituto se afirma como um dos principais instrumentos de concretização da dignidade da pessoa humana no Direito das Famílias.

Em síntese, a evolução do conceito de alimentos revela a superação de uma lógica assistencialista em favor de um modelo jurídico estruturado na solidariedade e na proteção integral da pessoa. Não obstante, essa construção ainda exige constante aperfeiçoamento interpretativo, especialmente diante de novos desafios — como os alimentos gravídicos — que tensionam, de forma ainda mais evidente, a relação entre proteção e segurança jurídica.

2.2.2 PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA APLICÁVEIS À OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

A aplicação do direito aos alimentos é regida por princípios que conferem conteúdo humanizado à relação jurídica estabelecida entre alimentante e alimentado. Segundo a perspectiva de Paulo Lôbo (2026), destacam-se como vetores fundamentais a solidariedade familiar e a dignidade da pessoa humana. Diferentemente das obrigações contratuais comuns, os alimentos não decorrem de um ajuste de vontades, mas de vínculos jurídicos fundados na responsabilidade mútua e na proteção recíproca entre os membros da entidade familiar

No mesmo sentido, leciona Maria Helena Diniz (2005, p. 534):

O fundamento da obrigação de prestar alimentos é o princípio da preservação da dignidade da pessoa humana (CF, art 1º. III) e o da solidariedade familiar, pois vem a ser um dever personalíssimo, devido pelo alimentante, em razão de parentesco, vínculo conjugal ou convencional que o liga ao alimentando.

Embora a fundamentação apresentada pela autora seja amplamente acolhida pela doutrina majoritária, observa-se que

a aplicação concreta desses princípios nem sempre se revela harmônica, especialmente em situações que envolvem incerteza fática, como ocorre nos alimentos gravídicos, em que a proteção ao nascituro pode tensionar garantias do suposto alimentante.

A partir da solidariedade familiar, derivam outros princípios estruturantes do regime jurídico dos alimentos.

- **Princípio da Reciprocidade:** estabelece que o dever de assistência é mútuo entre os membros da família. Conforme já antecipado por Teixeira de Freitas e atualmente positivado no art. 1.696 do Código Civil de 2002, “o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros”. Tal diretriz evidencia que a obrigação alimentar não possui caráter unilateral, mas se estrutura a partir de uma lógica de cooperação familiar (Brasil, 2002).
- **Princípio da Proporcionalidade (Trinômio):** frequentemente compreendido pela doutrina como trinômio necessidade–possibilidade–proporcionalidade — orienta a fixação do quantum alimentar. Nesse sentido, não se admite a estipulação arbitrária da verba, devendo o magistrado observar o equilíbrio entre a necessidade do alimentado e a capacidade econômica do alimentante, conforme ensina Rolf Madaleno (2022, p. 432): “[...] torna-se função discricionária do juiz buscar o arbitramento alimentar, atentando para o critério da proporcionalidade entre a possibilidade de quem paga e a necessidade de quem recebe”.

Não obstante, a aplicação desse critério, sobretudo em sede de cognição sumária, revela-se desafiadora, uma vez que, em muitas hipóteses — especialmente nos alimentos gravídicos — não há elementos suficientes acerca da real capacidade contributiva do suposto genitor. Dessa forma, pode ocorrer à fixação de valores baseados em presunções, o que evidencia a

necessidade de cautela judicial para evitar tanto a insuficiência da prestação quanto a imposição de encargos desproporcionais.

- **Princípio do Melhor Interesse da Criança:** por sua vez, assume papel central nas demandas que envolvem menores ou nascituros, impondo uma interpretação orientada à máxima proteção do sujeito em condição de vulnerabilidade. O Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

§1º A garantia de prioridade compreende: *(Incluído pela Lei nº 15.240, de 2025)*

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; (Brasil, 1990)

Esse princípio assegura que, sempre que houver menores envolvidos na relação jurídica, a interpretação e a aplicação do direito devem priorizar, de forma integral, a proteção de seus interesses. Tal diretriz não se limita às crianças e adolescentes já nascidos, estendendo-se também ao nascituro, cuja tutela jurídica encontra fundamento na proteção à vida e no reconhecimento de sua condição de sujeito de direitos desde a concepção. Desse modo, impõe-se ao intérprete a adoção de soluções que garantam a máxima efetividade dos direitos existenciais, inclusive no âmbito dos alimentos gravídicos. (Machado, 2018)

No que se refere ao princípio da dignidade da pessoa humana, cumpre destacar tratar-se de fundamento constitucional do Estado brasileiro, previsto no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988. Sua incidência no Direito de Família é direta e estruturante, orientando a interpretação de todas as normas

relacionadas à proteção da pessoa.

Corroborando esse entendimento, Rolf Madaleno (2022, p. 52) esclarece que:

A dignidade humana é um princípio fundamental na Constituição Federal de 1988, conforme artigo 1º, inciso III. Quando cuida do Direito de Família, a Carta Política consigna no artigo 226, § 7º, que o planejamento familiar está assentado no princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Já no artigo 227, prescreve ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-lo a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, pois que são as garantias e os fundamentos mínimos de uma vida tutelada sob o signo da dignidade da pessoa, merecendo especial proteção até pelo fato de o menor estar formando a sua personalidade durante o estágio de seu crescimento e desenvolvimento físico e mental. (Madaleno, 2022, p.52)

A partir dessa perspectiva, a dignidade da pessoa humana projeta-se também sobre o nascituro, especialmente à luz da Teoria Concepcionista, que reconhece a titularidade de direitos desde a concepção, conforme interpretação do art. 2º do Código Civil de 2002. Assim, os alimentos gravídicos configuram instrumento de concretização desse princípio, na medida em que viabilizam o acesso ao mínimo existencial ainda no período gestacional (Brasil, 2002).

Dessa forma, à luz da legislação vigente, do entendimento doutrinário e da Teoria Concepcionista, os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade familiar e do melhor interesse da criança, aliados à proteção integral, constituem os principais vetores interpretativos dos alimentos gravídicos. Todavia, sua aplicação exige harmonização com critérios mínimos de segurança jurídica, de modo a evitar decisões baseadas exclusivamente em presunções frágeis.

3. ALIMENTOS GRAVÍDICOS

3.1 TUTELA JURÍDICA DO NASCITURO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

No âmbito da evolução do Direito de Família contemporâneo, a proteção ao nascituro configura um dos desdobramentos mais sensíveis do princípio da dignidade da pessoa humana. A tutela jurídica daquele que ainda não nasceu parte da premissa de que o ordenamento jurídico deve resguardar a vida humana desde a sua formação, assegurando condições mínimas para o seu desenvolvimento intrauterino.

Embora o Código Civil de 2002 adote, como regra, a Teoria Natalista para a aquisição da personalidade civil, estabelece, em seu art. 2º, uma cláusula de salvaguarda aos direitos do nascituro ao dispor que: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. É precisamente nesse espaço normativo que se inserem os alimentos gravídicos, como expressão concreta do dever de solidariedade familiar e da proteção à vida em formação. (Madaleno, 2022)

Ademais, via de interpretação sistemática do ordenamento, é por evidente que a proteção constitucional conferida à criança — especialmente pelo art. 227 da Constituição Federal — não pode ser compreendida de forma restrita ao período pós-natal. Ao contrário, sua efetividade exige a extensão dessa tutela ao período gestacional, sob pena de esvaziamento material do próprio direito à vida (Brasil, 1988).

Nesse contexto, a doutrina identifica a coexistência de duas principais correntes explicativas acerca da tutela do nascituro. A Teoria Natalista, adotada formalmente pelo Código Civil, sustenta que a personalidade jurídica somente se inicia com o nascimento com vida, de modo que, antes desse marco, haveria mera expectativa de direitos (Zainaghi, 2007, p. 47).

Contudo, essa concepção revela-se insuficiente para abarcar a complexidade das situações que envolvem a proteção do nascituro, especialmente no campo dos alimentos. Em contraposição, a teoria concepcionista reconhece que determinados direitos — notadamente aqueles de natureza existencial — surgem desde a concepção, independentemente do nascimento com vida.

Ao passo que a Teoria Conceptionista, adotada pela lei 11.804/2008, defende que o direito aos alimentos ao nascituro é devido desde a sua concepção, não sendo condicionado para tanto o seu nascimento com vida, conforme explica Rolf Madaleno (2022, p. 419):

A Lei 11.804, de 5 de novembro de 2008, dá vida à teoria concepcionista ao reconhecer o direito aos alimentos do nascituro, que fica garantido desde a sua concepção e não apenas condicionado ao seu nascimento com vida, como é a compreensão da teoria natalista, que só confere o direito alimentar com o nascimento do concebido.

A partir dessa perspectiva, a tutela jurídica do nascituro deixa de ser compreendida como mera expectativa abstrata e passa a assumir contornos de efetiva proteção jurídica, especialmente no que se refere à garantia de condições materiais mínimas para o desenvolvimento gestacional.

Corroborando esse entendimento, Paulo Lôbo (2026) aponta que o Direito Civil contemporâneo desloca seu eixo interpretativo para a proteção da pessoa humana, orientando-se pela dignidade e pela efetividade dos direitos fundamentais. Nesse cenário, a imposição do dever alimentar ainda durante a gestação revela-se medida coerente com a necessidade de assegurar não apenas a sobrevivência, mas também o desenvolvimento saudável do nascituro.

Outrossim, a doutrina e a jurisprudência vêm demonstrando uma inclinação progressiva em favor da teoria concepcionista, justamente por sua maior compatibilidade com os valores constitucionais. Conforme observa Machado (2018), tal

orientação mostra-se mais adequada à concretização de direitos fundamentais como vida, saúde e alimentação, os quais surgem no momento da concepção e não apenas com o nascimento com vida.

Sob esse prisma, os alimentos gravídicos representam instrumento essencial de concretização da proteção integral, permitindo que o ordenamento jurídico atue de forma preventiva e não meramente reparatória. Ainda assim, é necessário reconhecer, em perspectiva crítica, que essa ampliação da tutela jurídica exige cautela na sua aplicação prática, especialmente no que diz respeito à prova da paternidade, a fim de evitar decisões baseadas em presunções frágeis.

Dessa forma, a tutela do nascituro no ordenamento brasileiro revela-se fruto de uma construção progressiva, marcada pela transição de um modelo restritivo para uma abordagem orientada pela dignidade humana e pela efetividade dos direitos fundamentais, na qual os alimentos gravídicos assumem papel central.

3.2 DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS À LUZ DA LEI 11.804/2008

3.2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E SURGIMENTO DA LEI 11.804/2008

Historicamente, o ordenamento jurídico brasileiro permaneceu por longo período sem disciplina expressa acerca da obrigação alimentar em favor do nascituro. Sob a predominância da teoria natalista, a aquisição da personalidade jurídica encontrava-se condicionada ao nascimento com vida, o que, na prática, relegava a proteção do ser em gestação a um plano secundário, frequentemente limitado à noção de mera expectativa de direito. Sobre o tema, Flávio Tartuce observa que “a teoria natalista nega ao nascituro até mesmo os seus direitos fundamentais,

relacionados com a sua personalidade, caso do direito à vida, à investigação de paternidade, aos alimentos, ao nome e até à imagem” (2014, p. 79).

Contudo, a evolução do Direito de Família — especialmente a partir do movimento de repersonalização e da centralidade conferida à dignidade da pessoa humana — passou a exigir uma releitura desse paradigma. A proteção jurídica deixou de ser orientada exclusivamente por critérios formais de aquisição da personalidade e passou a considerar a necessidade concreta de tutela da vida em formação. Segundo Paulo Lôbo (2026), a resistência histórica em reconhecer direitos ao nascituro decorreu de uma tradição excessivamente normativista, que priorizava a certeza biológica em detrimento das exigências existenciais inerentes à gestação.

É nesse contexto de transição paradigmática que se insere a Lei nº 11.804, de 5 de novembro de 2008, a qual representa um verdadeiro marco na tutela jurídica do nascituro.

Como destaca Rolf Madaleno (2022), o diploma legal confere efetividade à teoria concepcionista ao reconhecer a exigibilidade dos alimentos desde a concepção, rompendo com a lógica que condicionava a proteção jurídica ao nascimento com vida. Mais do que uma inovação legislativa, a norma busca suprir uma lacuna axiológica do sistema, ao reconhecer que a dignidade da pessoa humana não pode estar subordinada a uma condição suspensiva.

O processo legislativo da referida lei, conforme analisa Machado (2018), foi, então, permeado por debates relevantes, culminando em vetos presidenciais que influenciaram diretamente sua configuração final. Dentre os aspectos centrais de sua construção, destacam-se dois vetores fundamentais.

- *A proteção à gestante e ao nascituro*: o dispositivo legal nasceu para evitar que a mulher suportasse sozinha os encargos financeiros da gravidez, distribuindo a responsabilidade com o futuro pai com base

na solidariedade intergeracional.

- *A superação da prova tarifada*: antes da lei, a ausência de um exame de DNA definitivo (inviável ou perigoso durante a gestação) impedia a concessão de alimentos. A nova lei inovou ao permitir a fixação com base em indícios de paternidade, priorizando a vida sobre o rigor formal da prova.

Portanto, o surgimento da Lei dos Alimentos Gravídicos não foi apenas uma inovação legislativa, mas o reconhecimento de que o nascituro, mesmo em sua "nano-estatura", como descreve Cavalcanti (20–), já é titular de garantias fundamentais que exigem o imediato amparo do Estado e da família.

Por conseguinte, ressalta Maria Berenice Dias:

Enfim, está garantido o direito à vida mesmo antes do nascimento! Outro não é o significado da lei nº 11.804 de 05.11.08, que assegura à mulher grávida o direito a alimentos, a lhe serem alcançados por quem afirma ser o pai de seu filho. Trata-se de um avanço que a jurisprudência já vinha assegurando. A obrigação alimentar desde a concepção estava mais do que implícita no ordenamento jurídico, mas nada como a lei para vencer a injustificável resistência de alguns juízes em deferir direitos não claramente expressos (Dias, 2008, p. 66).

Dessa forma, a Lei nº 11.804/2008 institucionalizou o direito da gestante de pleitear o amparo financeiro necessário à condução de uma gestação digna, contemplando despesas adicionais decorrentes do período gravídico, tais como alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames, internações, medicamentos e custos com o parto. Trata-se de rol exemplificativo, cuja finalidade é assegurar condições materiais adequadas ao desenvolvimento do nascituro.

Outro aspecto relevante da LAG reside na forma de distribuição do encargo financeiro. Os alimentos gravídicos não representam obrigação exclusiva do suposto genitor, mas sim a definição da parcela que lhe compete, devendo ambos os envolvidos contribuir na proporção de suas possibilidades econômicas, em consonância com o princípio da proporcionalidade.

(Brasil, 2008)

Além disso, a referida legislação normatizou a flexibilização do regime probatório — ao admitir a fixação da obrigação com base em indícios de paternidade — revela uma opção legislativa consciente pela priorização da tutela da vida em formação. Ainda assim, essa escolha não está imune a críticas, na medida em que exige do julgador cautela na análise dos elementos apresentados, a fim de evitar decisões fundadas em suporte probatório frágil.

Por fim, a lei assegura a continuidade da proteção jurídica após o nascimento, ao prever a conversão automática dos alimentos gravídicos em pensão alimentícia, caso ocorra o nascimento com vida. Tal mecanismo evita a descontinuidade do amparo material, garantindo ao recém-nascido a manutenção das condições necessárias ao seu desenvolvimento. (Brasil, 2008, art. 6º, §p.u)

Assim, a Lei nº 11.804/2008 não apenas preencheu uma lacuna normativa, mas também consolidou uma mudança de paradigma no Direito de Família, ao reconhecer o nascituro como sujeito merecedor de tutela jurídica efetiva, ainda que em estágio inicial de desenvolvimento.

3.2.2 CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E FINALIDADE DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS

Os alimentos gravídicos podem ser definidos como prestação de natureza assistencial destinada a assegurar condições materiais adequadas à gestação, compreendendo o período que se estende da concepção até o parto. Trata-se de mecanismo jurídico voltado à tutela da vida em formação, operando por meio do suporte indireto à gestante.

A Lei nº 11.804/2008, ao disciplinar o instituto, estabelece em seu art. 2º que:

Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de

gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes (Brasil, 2008)

A partir desse dispositivo, observa-se que o legislador adotou um conceito amplo e aberto, permitindo ao magistrado adaptar a prestação alimentar às necessidades concretas do caso. Nesse sentido, Farias e Rosa (2025) destacam que a norma reconhece o direito do nascituro a uma gestação saudável, evidenciando a adoção de uma perspectiva concepcionista

Sob essa ótica, os alimentos gravídicos correspondem a uma prestação fixada judicialmente com o objetivo de viabilizar a manutenção da gestante durante o período gestacional, diante do evidente incremento de despesas decorrente da gravidez.

No mesmo sentido, Madaleno (2022) sintetiza o instituto como a obrigação de prover os recursos necessários à gestante ao longo da gravidez. Complementando essa construção, Freitas define os alimentos gravídicos como:

[...] é o direito que a mulher grávida possui, mediante propositura da ação antes do nascimento da prole, de buscar o ressarcimento e o auxílio financeiro do suposto pai, na parte que lhe cabe, de acordo com a proporção dos recursos de ambos, no custo das despesas realizadas desde a concepção até o parto, entre outras decorrentes da gravidez, convertendo este benefício em pensão de alimentos com o nascimento da criança, sem que, todavia, haja declaração ou imputação de paternidade (Freitas, 2011, p. 73)

No que se refere à natureza jurídica, os alimentos gravídicos apresentam caráter híbrido e especial. Embora se exteriorizem por meio de prestação pecuniária, sua finalidade é eminentemente existencial, voltada à proteção da vida e da integridade do nascituro. A esse respeito Paulo Lôbo diz tratar-se de obrigação fundada na solidariedade intergeracional, cuja função ultrapassa a lógica patrimonial tradicional. Nessa toada, afirma o autor: “Esses alimentos são, portanto, de natureza distinta, para

o fim de pôr a salvo o direito à vida do nascituro, pois não se destinam a sustento, vestuário, moradia, educação e outros encargos próprios dos alimentos em geral”. (2026, p. 324)

Essa peculiaridade evidencia que o instituto não se confunde integralmente com os alimentos clássicos, na medida em que possui finalidade específica e temporária, diretamente vinculada ao período gestacional.

A finalidade dos alimentos gravídicos, portanto, transcende a simples ajuda de custo. Seu objetivo primordial é garantir que o desenvolvimento fetal ocorra em condições dignas, assegurando nutrição adequada, assistência médica e suporte psicológico à gestante.

Nessa linha, Almeida (2024, p. 309) destaca que a obrigação alimentar gravídica materializa a corresponsabilidade parental desde a concepção, assegurando o direito à vida e à integridade física do nascituro. Tal compreensão encontra respaldo direto no texto constitucional, especialmente nos arts. 226 e 227 da Constituição Federal de 1988, que consagram a proteção da família, a dignidade da pessoa humana e a prioridade absoluta dos direitos da criança (Brasil, 1988).

Todavia, sob uma perspectiva crítica, é possível observar que a amplitude conceitual do art. 2º da Lei nº 11.804/2008, embora necessária à efetividade da tutela, também amplia o espaço de discricionariedade judicial. Essa característica exige do julgador especial cautela na delimitação das despesas efetivamente relacionadas à gestação, a fim de evitar distorções na fixação da obrigação.

Assim, os alimentos gravídicos configuram instrumento jurídico de elevada relevância no sistema de proteção à vida, traduzindo a transição de um modelo patrimonialista para uma abordagem centrada na dignidade da pessoa humana e na efetividade dos direitos fundamentais desde a concepção.

3.2.3 SUJEITOS DA RELAÇÃO JURÍDICA

No âmbito dos alimentos gravídicos, a definição dos sujeitos da relação jurídica apresenta elevada complexidade, sobretudo em razão da dissociação entre legitimidade processual e titularidade material do direito. Essa particularidade decorre da proteção simultânea conferida à gestante e ao nascituro, o que exige uma leitura que ultrapasse a literalidade da Lei nº 11.804/2008.

Sob a perspectiva material, a tutela não se exaure na figura da mulher grávida, alcançando diretamente o ser concebido. O nascituro, entendido como o ser humano em desenvolvimento no ventre materno, possui sua potencialidade de vida juridicamente resguardada, o que legitima a incidência de mecanismos destinados à garantia de um desenvolvimento digno e saudável (Venosa, 2004, p. 453). Nesse contexto, não se trata de proteção indireta, mas de verdadeira tutela jurídica autônoma, ainda que operacionalizada por meio da gestante.

No plano processual, o sujeito ativo corresponde àquele que exerce o direito de ação, isto é, quem formula a pretensão em juízo (Freitas, 2012). A Lei nº 11.804/2008 resolveu controvérsia histórica ao atribuir *legitimidade ativa à gestante*: “Art. 1º Esta Lei disciplina o direito de alimentos da mulher gestante e a forma como será exercido.” Nas lições de Gonçalves, a norma “veio resolver esse problema, conferindo legitimidade ativa à própria gestante para a propositura da ação de alimentos”, assegurando condições adequadas ao nascimento do concebido (2026, p. 377, grifo nosso).

Ainda segundo o autor, “a legitimidade para a propositura da ação de alimentos é, portanto, da mulher gestante, independentemente de qualquer vínculo desta com o suposto pai”, bastando a existência de indícios de paternidade para a fixação da verba (Gonçalves, 2026, p. 406).

Esse dado, contudo, não encerra a discussão. A distinção entre quem pode demandar e quem é efetivamente titular do

direito permanece como ponto de tensão na doutrina.

Uma primeira linha sustenta que a titularidade pertence à gestante, sob o argumento de que é ela quem suporta, de forma imediata, os encargos decorrentes da gravidez. Nessa leitura, a obrigação assume contornos predominantemente ressarcitórios, vinculados às despesas efetivamente suportadas. A posição encontra respaldo em Paulo Lôbo (2026), ao reconhecer a mulher como destinatária direta da prestação.

Em sentido diverso, parcela relevante da doutrina identifica o nascituro como titular material do direito, atribuindo à gestante a função de representante processual. Essa compreensão decorre da própria finalidade do instituto: não se busca recompor o patrimônio materno, mas assegurar condições adequadas ao desenvolvimento intrauterino. Assim, os valores pagos convergem, em última análise, à proteção da vida em formação (Lôbo, 2026; Almeida, 2024).

A jurisprudência, por sua vez, tem adotado solução intermediária, reconhecendo a coexistência desses interesses ao afirmar que “os alimentos gravídicos [...] visam a auxiliar a mulher gestante nas despesas decorrentes da gravidez [...], ficando, por via de consequência, resguardados os direitos do próprio nascituro” (STJ, apud Gonçalves, 2026, p. 408).

Embora funcional, essa construção híbrida não afasta a necessidade de maior precisão teórica. A indefinição quanto à titularidade pode gerar impactos práticos relevantes, especialmente em temas como repetibilidade de valores e responsabilização por condutas de má-fé. Por essa razão, a identificação do nascituro como titular material revela-se mais coerente com a matriz constitucional do instituto, centrada na proteção da vida e na dignidade humana.

Quanto ao sujeito passivo, a obrigação recai sobre o suposto pai, desde que presentes indícios de paternidade, não se estendendo, em regra, a outros parentes. À luz da doutrina de Gonçalves, “a legitimidade passiva foi atribuída exclusivamente

ao suposto pai, não se estendendo a outros parentes do nascituro” (Gonçalves, 2026, p. 407). A opção legislativa privilegia a celeridade e a efetividade da tutela, compatíveis com a urgência que marca esse tipo de demanda.

Ainda assim, o sistema admite flexibilização em hipóteses excepcionais. A possibilidade de alcançar os ascendentes de segundo grau encontra fundamento na natureza sucessiva da obrigação alimentar, conforme os arts. 1.696 e 1.698 do Código Civil. Nesses casos, a responsabilidade possui caráter subsidiário e complementar, condicionada à demonstração da incapacidade do genitor (Gonzales, 2023).

Todavia, a possibilidade de redirecionamento da pretensão alimentar aos ascendentes de segundo grau (avós) encontra amparo na natureza sucessiva da obrigação alimentar, conforme preceituam os artigos 1.696 e 1.698 do Código Civil.

Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

Art. 1.698. Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide.

Contudo, é imperativo destacar que tal responsabilidade não é solidária, mas sim subsidiária e complementar. Isso significa que a obrigação avoenga somente se cristaliza diante da comprovada impossibilidade, total ou parcial, de o genitor principal arcar com o sustento do nascituro (Gonzales, 2023).

Doutrina e jurisprudência convergem no sentido de que o ônus da prova recai integralmente sobre a parte autora. Não se admite, nesse contexto, a simples conveniência em demandar contra os ascendentes de segundo grau; exige-se demonstração consistente da incapacidade financeira ou da ausência do genitor, como em hipóteses de invalidez, internação prolongada ou situação de absoluta impossibilidade econômica (Gonçalves,

2026).

A exigência de tal comprovação não é meramente formal. Trata-se de mecanismo de contenção que visa preservar a lógica da responsabilidade alimentar, evitando a indevida transferência do encargo principal a terceiros que ocupam posição subsidiária na ordem de vocação alimentar.

Sob essa ótica, a demanda em face dos avós assume caráter manifestamente excepcional, impondo ao magistrado um juízo de ponderação mais rigoroso. Apenas diante da insuficiência de recursos do devedor originário é que se admite a convocação dos ascendentes de grau imediato para integrar a lide ou complementar a prestação, sempre observada a proporcionalidade entre suas possibilidades econômicas e as necessidades do alimentando (Gonzales, 2023).

Além disso, essa atuação subsidiária deve ser interpretada de forma restritiva, sob pena de desvirtuar o sistema jurídico de alimentos, que estrutura a obrigação a partir de uma ordem lógica de proximidade e responsabilidade.

No tocante à fixação dos alimentos gravídicos, destaca-se que não se exige prova plena da paternidade, sendo suficiente a presença de indícios que apontem para a plausibilidade do vínculo. Tal flexibilização decorre da natureza urgente e protetiva da medida, voltada à tutela da vida em formação. A prescindibilidade de prova plena é positivada na LAG e jurisprudência, conforme será explanado mais adiante.

Ainda assim, essa mitigação do rigor probatório não autoriza decisões baseadas em meras alegações. Ao contrário, impõe ao julgador o dever de avaliar criticamente os elementos apresentados, à luz do binômio necessidade- possibilidade, ponderando não apenas as demandas da gestante e a capacidade econômica do réu, mas também a contribuição proporcional da própria mulher, conforme dispõe a legislação aplicável (Brasil, 2008).

Por fim, com o nascimento com vida, opera-se

automaticamente a conversão dos alimentos gravídicos em pensão alimentícia em favor do menor, independentemente de novo pronunciamento judicial, nos termos da Lei nº 11.804/2008 (Gonçalves, 2026). Esse mecanismo assegura a continuidade da proteção jurídica, evitando lacunas no amparo material do recém-nascido.

3.2.4. REQUISITOS LEGAIS PARA A CONCESSÃO DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS

Diferente das ações alimentares convencionais, que exigem a prova pré-constituída do parentesco (vínculo biológico ou civil formalizado), a concessão da verba gravídica submete-se a um regime probatório mitigado. Essa flexibilização é justificada pela urgência da tutela e pela proteção da vida em formação. Os requisitos fundamentais estruturam-se nos seguintes pilares:

a) Índícios de Paternidade e a Verossimilhança: o requisito central, estabelecido pelo Artigo 6º da Lei 11.804/2008, é o convencimento do magistrado mediante a existência de indícios de paternidade. Por se tratar de uma fase em que a perícia genética (DNA) é frequentemente inviável ou perigosa ao feto, o ordenamento jurídico aceita o juízo de verossimilhança (Brasil, 2008)

- *Elementos Probatórios:* Tais indícios podem ser extraídos de registros de comunicação (mensagens em redes sociais, e-mails), fotografias que demonstrem o relacionamento afetivo à época da concepção e depoimentos testemunhais. Essa amplitude probatória encontra eco na lição de Paulo Lôbo (2026, p. 324):

[...] o juiz deve valer-se do contexto probatório que possa levar a seu convencimento. Se os pais eram casados e a separação se deu após a concepção, prevalece a presunção legal de paternidade. Analogicamente, aplica-se a presunção de paternidade se os pais viviam em união estável e a concepção se deu antes da dissolução daquela.

Do mesmo modo, Daniel Phillips observa que, diante da

ausência de prova conclusiva, a legislação autoriza a concessão da tutela com base na verossimilhança das alegações, sendo suficientes os indícios corroborados por documentos ou testemunhos (Freitas, 2012).

- *O Veto ao Exame Pericial*: é relevante destacar que o veto presidencial ao Artigo 8º da LAG, que exigia exame pericial para a procedência do pedido, reforçou a ideia de que a dúvida razoável deve beneficiar o nascituro (*in dubio pro nascituro*), postergando-se a certeza biológica para o momento pós-parto. Por esse viés, explica Gonçalves (2026, p.409): “O Juiz não pode determinar a realização de exame de DNA por meio da coleta de líquido amniótico, em caso de negativa da paternidade, porque pode colocar em risco a vida da criança, além de retardar o andamento do feito.”

b) O Binômio Necessidade-Possibilidade sob a Égide da Proporcionalidade: a fixação do *quantum* alimentar obedece à regra geral do Direito de Família, mas com contornos específicos. Alinhado a essa perspectiva, Flávio Tartuce sustenta que:

[...] convencido da existência de indícios da paternidade, o juiz fixará alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré. Parágrafo único. Após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a sua revisão”. Esses alimentos gravídicos provisórios, como não poderia ser diferente, devem ser fixados de acordo com o binômio ou trinômio alimentar (Tartuce, 2025, p. 641).

Essas despesas compreendem, nos termos do art. 2º da Lei nº 11.804/2008, gastos adicionais como alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames, internações, medicamentos e custos com o parto. Contudo, um ponto que merece maior rigor interpretativo diz respeito à delimitação dessas despesas: não se trata de custear integralmente a vida da gestante, mas apenas os encargos diretamente relacionados à gravidez.

Outro aspecto relevante refere-se à natureza compartilhada da obrigação. A legislação expressamente determina que os alimentos gravídicos correspondem à parcela a ser suportada pelo suposto pai, devendo o magistrado considerar a proporção dos recursos de ambos os genitores (Lei nº 11.804/2008, art. 6º). Isso afasta interpretações equivocadas que transferem integralmente o ônus ao réu, reforçando a ideia de corresponsabilidade parental desde a concepção. (Brasil, 2008)

c) Conversão Automática e Irrepetibilidade: por fim, destaca-se a transitoriedade do instituto. Com o nascimento com vida, ocorre a conversão automática dos alimentos gravídicos em pensão alimentícia em favor da prole, até eventual ação revisional em que se solicite a exoneração, redução ou majoração do valor dos alimentos. (Tartuce, 2025).

Esse mecanismo evidencia a continuidade da tutela, evitando lacunas na proteção do recém-nascido. Não se trata, portanto, de obrigação transitória isolada, mas de etapa inicial de uma relação alimentar mais ampla.

Outro ponto relevante é a irrepetibilidade, de modo que mesmo que a paternidade venha a ser afastada futuramente por exame de DNA, os valores pagos não são passíveis de restituição, visto que foram destinados à subsistência de um ser humano e a boa-fé da gestante é presumida, salvo prova em contrário de erro grosseiro ou dolo. Nesse sentido, segundo Gonçalves: “Julgada improcedente a ação de alimentos, descabe ação de repetição de indébito por parte do suposto pai, relativa aos pagamentos efetuados, em virtude do princípio da irrepetibilidade dos alimentos”. (2026, p. 410)

Esse entendimento, embora consolidado, não é isento de críticas. A irrepetibilidade absoluta pode gerar situações de desequilíbrio, especialmente em hipóteses de comprovada má-fé. Por essa razão, parte da doutrina admite relativizações excepcionais, de modo a compatibilizar a proteção do nascituro com a vedação ao enriquecimento indevido (Freitas, 2012).

Dessa forma, verifica-se que o regime jurídico dos alimentos gravídicos estrutura-se a partir de uma lógica de flexibilização probatória e proteção prioritária da vida em formação. Contudo, essa opção legislativa não afasta a necessidade de critérios técnicos na valoração dos indícios e na fixação do quantum, sob pena de decisões excessivamente discricionárias.

O desafio contemporâneo, portanto, reside na construção de um equilíbrio entre celeridade e segurança jurídica, assegurando a efetividade da tutela sem comprometer a coerência do sistema probatório.

3.3. ASPECTOS PROCESSUAIS E PROBATÓRIOS DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS

3.3.1 PROCEDIMENTO DA AÇÃO DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS

O rito processual destinado à obtenção de alimentos gravídicos possui natureza especial e é marcado pela celeridade, uma vez que a tutela jurisdicional deve ser prestada em tempo hábil para assegurar a saúde e a integridade do nascituro durante o período gestacional. Nesse sentido, Farias e Rosenvald (2019) justificam que a rapidez procedimental decorre da própria lógica das ações alimentares, estruturadas sob um modelo simplificado e voltado à efetividade.

Diferentemente do procedimento comum, a Lei nº 11.804/2008 estabelece diretrizes específicas voltadas à desburocratização do acesso à prestação alimentar, priorizando a urgência da proteção em detrimento de formalismos excessivos (Brasil, 2008).

No que se refere ao marco inicial da obrigação, destaca-se relevante opção legislativa decorrente do veto ao art. 9º do projeto de lei. Conforme explica Tartuce (2025, p. 642): “Em suma, não há necessidade de citação do réu para a determinação

do pagamento dos alimentos, como constava do art. 9.º da lei, dispositivo que foi vetado [...]”.

A justificativa do veto evidencia uma preocupação prática: vincular o início da obrigação ao ato citatório comprometeria a efetividade da tutela, uma vez que a demora na citação — inclusive por manobras do réu — poderia inviabilizar a própria finalidade dos alimentos gravídicos.

Logo em detrimento a celeridade processual a que se confere a ação de alimentos gravídicos e proteção à dignidade humana conferida à gestante e ao nascituro, não há que se falar em aguardar a citação do alimentante, uma vez que os alimentos são devidos a partir do momento em que o juiz recepciona os indícios de paternidade e confere a veracidade deles. (Brasil, 2008, art. 6º).

Em igual direção, Rolf Madaleno ensina: “Os alimentos gravídicos são devidos a partir da concepção e não após a citação do réu, como chegou a ensaiar o texto vigente que neste ponto mereceu veto presidencial, para obviar manobras que evitassem a citação do devedor alimentar” (2022, p.419).

Ainda sob o prisma procedimental, merece destaque o veto ao art. 5º do projeto de lei, que previa a realização obrigatória de audiência de justificação. A exclusão dessa etapa revela coerência com a natureza da demanda, pois a imposição de audiência prévia poderia retardar a concessão da tutela. Como observa Fróes (2009), tal exigência contrariaria os princípios da celeridade e da proteção integral, pilares do regime jurídico dos alimentos gravídicos.

No tocante à competência territorial, aplica-se a regra protetiva do art. 53, inciso II, do Código de Processo Civil, que fixa o foro no domicílio ou residência do alimentando. Essa opção legislativa busca equilibrar a relação processual, facilitando o acesso à justiça por parte da gestante, que frequentemente se encontra em situação de vulnerabilidade (Freitas, 2012).

Quanto à petição inicial, exige-se a conjugação dos

requisitos gerais previstos nos arts. 319 e 320 do CPC com as particularidades da demanda. Torna-se indispensável a comprovação do estado gravídico, mediante exames como Beta-HCG ou ultrassonografia, além da apresentação de indícios de paternidade que permitam ao magistrado formar um juízo de cognição sumária. Nesse ponto preleciona Gonçalves:

A petição inicial da ação de alimentos gravídicos deve vir instruída com a comprovação da gravidez e dos indícios de paternidade do réu (por exemplo, cartas, e-mails ou outro documento em que o suposto pai admite a paternidade; comprovação da hospedagem do casal em hotel, pousada ou motel, no período da concepção; fotografias que comprovem o relacionamento amoroso do casal no período da concepção etc.). (Gonçalves, 2026, p. 409)

Verificados tais requisitos, a fixação dos alimentos gravídicos assume caráter impositivo. Não se trata de mera faculdade do julgador, mas de decorrência lógica da probabilidade do direito e do risco de dano. Após essa fixação, o réu será citado para apresentar resposta no prazo de cinco dias, prazo reduzido que reflete o caráter urgente da tutela. Como explica Tartuce, a brevidade do prazo visa garantir a efetividade dos direitos do nascituro e da gestante, ambos em situação de vulnerabilidade:

O art. 7.º da norma em estudo estabelece que o réu da ação será citado para apresentar resposta em cinco dias. O prazo é curto justamente para a efetivação dos interesses e direitos do nascituro e da mulher grávida, ambos em situação de vulnerabilidade, o que justificou a criação da norma jurídica. (Tartuce, 2025, p. 642).

No ato da fixação dos alimentos, o magistrado deve pautar-se pelo trinômio necessidade, possibilidade e proporcionalidade. Embora a matéria seja tradicionalmente balizada pelo binômio necessidade-possibilidade, a doutrina contemporânea e a jurisprudência consolidada impõem a observância da proporcionalidade como elemento garantidor da justiça. Sobre o tema, explana Rolf Madaleno:

O juiz deve ser convencido da paternidade por meio da existência de indícios, fixando então os alimentos gravídicos que

perdurarão até o nascimento da criança, sendo sopesadas para a fixação do montante alimentar as necessidades da parte autora e as possibilidades financeiras dos genitores e não somente da parte ré, como sugere o artigo 6º da Lei 11.804/2008, até porque o parágrafo único do artigo 2º estabelece que os alimentos gravídicos devem levar em conta a contribuição que também deverá ser dada pela mulher grávida. (Madaleno, 2022, p. 419).

Sob essa ótica, é imperativo notar que o rol de despesas previsto no artigo 2º da Lei nº 11.804/08 não possui natureza exaustiva. Segundo a doutrina de Freitas (2012), cabe ao magistrado, dentro de sua discricionariedade técnica, adequar a prestação às necessidades concretas do caso, abrangendo inclusive despesas extraordinárias indispensáveis ao bem-estar da gestante e do nascituro.

Por outro lado, essa flexibilização não autoriza a ampliação indiscriminada da verba alimentar. Como adverte Gonçalves, a pretensão deve permanecer limitada ao objeto específico da Lei nº 11.804/2008, sendo necessária a propositura de ação própria para discussão de outras verbas ou para a investigação definitiva da paternidade:

[...] é essencial a propositura de outra ação, seja apenas de alimentos ou investigação de paternidade cumulada com alimentos, na qual se permitirá a ampla discussão da paternidade, realizando-se, inclusive, os exames periciais pertinentes. Ademais, cumpre ressaltar que a mãe, na ação de alimentos gravídicos, no que tange aos alimentos devidos a partir do nascimento, figura como substituta processual de seu filho, defendendo em nome próprio interesse alheio, e, como se sabe, a substituição processual só é cabível nos casos expressos em lei, de modo que ela não pode pleitear outras verbas que não aquelas compreendidas na Lei n. 11.804/2008 (Gonçalves, 2026, p. 408).

Outro aspecto essencial do procedimento é a intervenção obrigatória do Ministério Público, nos termos do art. 178, inciso II, do Código de Processo Civil. A atuação do Parquet, na qualidade de custos legis, não se reduz a formalidade processual, constituindo garantia de proteção dos interesses indisponíveis do

nascituro (Brasil, 2015).

É imperativo destacar que o procedimento em análise não se encerra com o nascimento da prole; ao contrário, opera-se uma mutação na natureza e na titularidade da obrigação. Ademais, a transição automática fundamenta-se nos princípios da economia processual e da proteção social, obstando que a genitora seja compelida a ajuizar nova demanda imediatamente após o parto. Desse modo, em regra, a ação de alimentos gravídicos não se extingue ou perde seu objeto com o nascimento da criança, pois a verba é convertida em pensão alimentícia em favor do recém-nascido (Lôbo, 2026).

Logo, a conversão automática processa-se *ope legis* (por força da lei), preservando a eficácia e a validade do título executivo judicial até que sobrevenha eventual demanda revisional ou negatória de paternidade. Sob este prisma, leciona Rolf Madaleno:

Nada obsta que estes alimentos possam ser revisados depois do nascimento, agora sim, também considerando o padrão social, econômico e financeiro do alimentante, desde que haja iniciativa processual para a revisão dos alimentos que deixam de ser gravídicos com o nascimento do credor e se convertem em pensão alimentícia e esta é associada à condição social do alimentante. (2022, p. 419).

Nesse sentido, Lôbo (2026) e Madaleno (2022) destacam que há verdadeira ultratividade da ação, com a manutenção da eficácia do título judicial até eventual revisão. Após o nascimento, a genitora passa a atuar como representante legal do menor, operando-se uma sucessão processual no polo ativo. Eventuais modificações no valor da prestação dependerão de provocação judicial específica, garantindo-se, assim, a estabilidade da relação jurídica e a proteção contínua do alimentado.

3.3.2 DA TUTELA DE URGÊNCIA

A concessão dos alimentos gravídicos encontra fundamento processual no regime da tutela de urgência, disciplinado

pelo artigo 300 do Código de Processo Civil de 2015. Ainda que a Lei nº 11.804/2008 não tenha regulado expressamente todos os aspectos procedimentais — em razão, inclusive, de vetos presidenciais —, a integração normativa se impõe por força do artigo 15 do CPC/2015, que autoriza a aplicação supletiva das normas gerais aos microssistemas especiais.

Nesse contexto, o deferimento da medida, inclusive *inaudita altera parte*, exige a presença concomitante dos requisitos previstos no caput do Art. 300: “A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a *probabilidade do direito* e o *perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo*” (Brasil, 2015, grifo nosso)

Diferente do rito especial da Lei de Alimentos (Lei nº 5.478/68), que exige prova pré-constituída do parentesco para a fixação de alimentos provisórios, a ação de alimentos gravídicos lida com a probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) aferida por meio de cognição sumária. Por não haver ainda o registro de nascimento, a técnica processual adequada assemelha-se aos antigos alimentos provisionais, absorvidos pelo CPC/2015 sob a égide das tutelas antecipadas.

Enquanto os provisórios pressupõem a certeza do vínculo, os provisionais — ou a tutela gravídica — contentam-se com os indícios de paternidade previstos no Art. 6º da Lei nº 11.804/08: “Convencido da existência de indícios da paternidade, o juiz fixará alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades do réu” (Brasil, 2008).

Nessa linha, conforme leciona Farias (2009), os alimentos provisórios pressupõem prova pré-constituída do vínculo jurídico, ao passo que, diante da ausência dessa comprovação plena, a tutela deve se apoiar na probabilidade do direito, sustentada por elementos indiciários consistentes. Assim, a técnica processual empregada aproxima-se dos alimentos provisionais, atualmente absorvidos pela sistemática das tutelas antecipadas.

A formação do convencimento judicial, portanto, não demanda certeza absoluta, mas um juízo de verossimilhança. Elementos como mensagens eletrônicas, registros em redes sociais, fotografias ou testemunhos acerca do relacionamento entre as partes constituem suporte probatório suficiente para autorizar a intervenção jurisdicional. Trata-se de uma opção consciente do legislador: privilegiar a proteção da vida em detrimento do rigor probatório.

Paralelamente, o requisito do perigo de dano (*periculum in mora*) apresenta-se de forma ainda mais evidente. A gestação é fenômeno biológico contínuo e irreversível, de modo que a ausência de assistência material imediata pode comprometer não apenas a saúde da gestante, mas também o desenvolvimento intrauterino. A demora processual, nesse cenário, não é neutra — ela produz efeitos concretos e potencialmente irreparáveis..

Sob esse prisma, revela-se necessário relativizar a vedação à irreversibilidade prevista no § 3º do art. 300 do CPC. No âmbito do Direito de Família, especialmente em matéria alimentar, a proteção da dignidade da pessoa humana e do direito à vida prevalece sobre eventuais riscos patrimoniais. Como destaca Nery Junior (2007, p.1) “os alimentos provisionais, pagos a qualquer título, são irrepetíveis, ainda que o alimentante vença a demanda”.

Essa orientação evidencia que o sistema jurídico assume conscientemente o risco de eventual irreversibilidade econômica para assegurar a tutela de valores existenciais superiores. Eventuais equívocos na imputação da paternidade não descaracterizam a legitimidade da medida, sendo solucionados na esfera da responsabilidade civil, nos termos do Art. 10 da Lei nº 11.804/08: “Em caso de dolo da autora, esta responderá por perdas e danos”.

Esse ponto merece destaque crítico: o ordenamento não ignora o risco de demandas infundadas, mas opta por não transferir esse risco ao nascituro, cuja proteção se sobrepõe à

segurança patrimonial do suposto genitor. Há, portanto, uma clara escolha axiológica em favor da tutela da vida.

Em síntese, a tutela de urgência nos alimentos gravídicos funciona como instrumento de equilíbrio entre incerteza probatória e necessidade existencial. Ao admitir a concessão da verba com base em indícios, o sistema evita que o tempo do processo inviabilize a proteção jurídica. Simultaneamente, preserva mecanismos de responsabilização para coibir abusos, garantindo que a flexibilização probatória não se converta em instrumento de injustiça.

Desse modo, a técnica processual adotada revela coerência com os fundamentos constitucionais do Direito de Família contemporâneo, ao priorizar a efetividade da tutela e a proteção integral do ser em formação, sem inviabilizar as garantias do contraditório e da responsabilidade civil.

3.3.3. DA PROVA INDICIÁRIA DE PATERNIDADE

Diversamente do que ocorre na ação de alimentos tradicional — em que, via de regra, se exige prova pré-constituída do vínculo jurídico —, a disciplina dos alimentos gravídicos adota um modelo probatório mitigado, fundado na presença de indícios de paternidade, conforme estabelece o art. 6º da Lei nº 11.804/2008. Essa opção legislativa representa uma inflexão relevante no sistema processual, na medida em que desloca o eixo da certeza para a probabilidade, em consonância com a necessidade de tutela imediata da vida em formação (Lôbo, 2026).

Nesse contexto, o convencimento judicial pode se estruturar a partir de dois vetores distintos: (i) a incidência de presunções legais de paternidade ou (ii) a construção de um juízo de verossimilhança baseado em prova indiciária. No primeiro caso, trata-se de presunção relativa (*juris tantum*), aplicável às hipóteses de casamento ou união estável, nos termos do art. 1.597 do Código Civil, o que, em regra, dispensa maior aprofundamento

probatório acerca da autoria biológica:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos dentro dos 300 (trezentos) dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal [...].

Na mesma linha, leciona Paulo Lôbo:

[...] se os pais eram casados e a separação se deu após a concepção, prevalece a presunção legal de paternidade. Analogicamente, aplica-se a presunção de paternidade se os pais viviam em união estável e a concepção se deu antes da dissolução daquela” (2026, p. 324).

Superada essa hipótese, isto é, inexistindo vínculo formal entre as partes, a análise desloca-se para o campo da prova indiciária. Nesse ponto, o juízo de probabilidade passa a ser construído a partir de um conjunto probatório plural, que combina elementos clássicos e contemporâneos. A jurisprudência tem reiteradamente afirmado que não se exige prova biológica exauriente para a fixação dos alimentos gravídicos, bastando a demonstração de circunstâncias que tornem plausível a alegação de paternidade.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, consolidou entendimento no sentido de que a presença de indícios razoáveis é suficiente para autorizar a fixação da verba alimentar, sendo, em regra, inadequada a exigência de exame de DNA durante a gestação — sobretudo quando ausentes os requisitos da tutela de urgência em favor do réu:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS. Pretensão do suposto genitor em realizar exame de DNA. Indeferimento. Manutenção. Ausência dos requisitos do art. 300, *caput*, do CPC. Necessidade apenas da existência de indícios de paternidade. Pedido, ademais, não deduzido pela via adequada. Decisão mantida. Recurso não provido. (TJSP; AI 2123530-70.2024.8.26.0000; Rel^a Maria do Carmo Honório; 6^a Câmara de Direito Privado; j. 17/05/2024).

Quanto aos meios de prova, embora a prova testemunhal permaneça relevante — especialmente para demonstrar a

existência de relacionamento íntimo e contemporâneo ao período da concepção —, observa-se, no contexto atual, uma crescente valorização das provas digitais. O movimento decorre não apenas da evolução tecnológica, mas também das limitações inerentes à prova pericial nesse estágio gestacional (Tartuce, 2025).

Nessa perspectiva, ensina Madaleno que “o juiz deve se ater a indícios fortes, capazes de levá-lo à presunção da paternidade, como ocorre com fotografias, escritos públicos e particulares, bilhetes, prova testemunhal, declarações e depoimentos” (2022, p. 420). A esse rol, somam-se, na contemporaneidade, registros em redes sociais, mensagens instantâneas e até dados de geolocalização, que passam a compor aquilo que se pode denominar de “lastro digital” da relação.

Esses elementos, quando adequadamente preservados, apresentam elevado potencial probatório. Para tanto, destaca-se a relevância da ata notarial, prevista no art. 384 do Código de Processo Civil, instrumento que confere fé pública à existência e ao conteúdo de dados digitais, mitigando controvérsias quanto à sua autenticidade (Brasil, 2015).

A jurisprudência igualmente reconhece a suficiência desse conjunto probatório híbrido, como se verifica no seguinte julgado:

ALIMENTOS GRAVÍDICOS – Decisão que indeferiu a fixação de provisórios – Inconformismo – Parcial acolhimento – Demonstrados indícios de paternidade pelas provas carreadas aos autos – Agravado que não nega a existência de relacionamento íntimo com a agravante – Fixação dos alimentos em valor inferior ao postulado – Arbitramento proporcional às condições do réu – Decisão reformada – Recurso parcialmente provido. (TJSP; AI 2177117-12.2021.8.26.0000; Rel. Salles Rossi; 8ª Câmara de Direito Privado; j. 29/11/2021).

Sob um viés crítico, percebe-se que a ampliação dos meios de prova — especialmente com a incorporação de elementos digitais — reforça a efetividade da tutela jurisdicional, mas também impõe novos desafios, sobretudo no que se refere à autenticidade, à cadeia de custódia e à proteção da privacidade.

Ainda assim, o ordenamento opta por privilegiar a proteção do nascituro, admitindo um padrão probatório menos rígido, desde que pautado em indícios consistentes.

Logo, a prova indiciária nos alimentos gravídicos não configura uma fragilização do sistema probatório, mas sim uma adaptação funcional às limitações do período gestacional. Ao permitir a formação do convencimento judicial com base em um conjunto convergente de elementos, o modelo assegura a prestação jurisdicional em tempo oportuno, evitando que a exigência de certeza absoluta inviabilize a proteção de direitos existenciais.

3.3.4. DO ÔNUS DA PROVA

A disciplina do ônus da prova, prevista no art. 373 do Código de Processo Civil, estabelece, como regra geral, que incumbe ao autor demonstrar o fato constitutivo de seu direito, ao passo que ao réu compete a comprovação de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos. Todavia, no âmbito das ações de alimentos gravídicos, essa lógica sofre significativa flexibilização, em razão das peculiaridades da tutela envolvida, sendo aplicada a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova, nos termos do § 1º do referido dispositivo (Brasil, 2015).

Essa mitigação não decorre de uma ruptura com o sistema processual, mas de uma adequação funcional à natureza da lide. Isso porque a exigência de prova robusta, típica das demandas ordinárias, revelar-se-ia incompatível com a urgência e com as limitações probatórias inerentes ao período gestacional.

Nesse contexto, incumbe à gestante o encargo inicial de apresentar um suporte probatório mínimo, consistente na comprovação do estado gravídico e na indicação de indícios de paternidade. Como observa Freitas:

Dentre todas as opções probatórias, o atestado de gravidez é condição mínima a ser realizada pela gestante na propositura da Ação de Alimentos Gravídicos, pois embora não seja certa

a paternidade, não pode haver dúvidas do estado gravídico (Freitas, 2012, p. 92).

Uma vez atendido esse ônus inicial — por meio de documentos médicos, registros de comunicação ou prova testemunhal —, opera-se uma redistribuição prática do encargo probatório. Em outras palavras, a demonstração de verossimilhança por parte da autora desloca para o réu o dever de infirmar os indícios apresentados, inaugurando um regime de cooperação processual mais intenso.

Essa lógica encontra respaldo na orientação doutrinária contemporânea, segundo a qual o ônus da prova deve recair sobre quem detém melhores condições de produzi-la. No cenário dos alimentos gravídicos, essa diretriz assume contornos específicos:

- *À autora*: incumbe demonstrar a plausibilidade da alegação, mediante prova da gravidez e da existência de vínculo ou relacionamento contemporâneo à concepção (Freitas, 2012);
- *Ao réu*: compete afastar a probabilidade construída, por meio da comprovação de fatos que tornem inviável a paternidade, conforme o art. 373, II, do CPC/2015 — como, por exemplo, esterilidade, realização de vasectomia ou ausência de contato no período fértil (Brasil, 2015).

A redistribuição do ônus probatório, nesse contexto, não se confunde com inversão automática, mas representa uma aplicação concreta da dinâmica probatória, orientada pela máxima efetividade da tutela jurisdicional. Trata-se, em última análise, de evitar a imposição de prova diabólica à gestante, cuja produção seria, na prática, inviável.

Sob o prisma principiológico, essa construção é sustentada por dois vetores centrais: a solidariedade familiar e a proteção integral. O primeiro impõe a repartição equitativa das responsabilidades decorrentes da concepção, impedindo que o encargo recaia exclusivamente sobre a mulher. O segundo

assegura a primazia dos direitos do nascituro, cuja proteção não pode ser condicionada a exigências probatórias incompatíveis com sua própria condição (Machado, 2018).

Conforme a autora citada anteriormente, a proteção integral, portanto, opera em duas frentes: a preventiva/repressiva, no combate a abusos, e a promocional, focada na implementação de políticas e garantias que viabilizem o bem-estar e a prioridade absoluta. A exigência de prova diabólica ou exauriente da autora inviabilizaria o amparo ao nascituro. Assim, a jurisdição contenta-se com a verossimilhança das alegações, impondo ao réu um dever de colaboração processual mais acentuado para afastar a presunção gerada pelos indícios.

Nesse contexto, a atuação jurisdicional não se pauta pela exigência de certeza absoluta, mas pela formação de um juízo de plausibilidade racionalmente fundamentado, construído a partir de elementos indiciários consistentes. Atingido esse patamar mínimo de convencimento, desloca-se ao réu o ônus de colaborar com o esclarecimento dos fatos, incumbindo-lhe afastar os indícios que lhe são imputados.

4 - ANÁLISE CRÍTICA E JURISPRUDENCIAL

4.1 ENTRE A PROTEÇÃO DO NASCITURO E A SEGURANÇA JURÍDICA DO GENITOR

A disciplina dos alimentos gravídicos evidencia uma das mais delicadas tensões no âmbito do Direito de Família contemporâneo: a necessidade de compatibilizar a tutela da vida em formação com a preservação das garantias jurídicas do suposto genitor.

Trata-se de hipótese em que o sistema jurídico é instado a harmonizar valores constitucionais potencialmente colidentes, notadamente a dignidade da pessoa humana, voltada à proteção do nascituro, e a segurança jurídica daquele a quem se imputa

obrigação sem prova definitiva de paternidade (Machado, 2018).

Sob a perspectiva constitucional, a proteção do nascituro encontra fundamento no art. 227 da Constituição Federal de 1988, bem como na diretriz axiológica da dignidade da pessoa humana. Ainda que a personalidade civil se inicie com o nascimento com vida, o ordenamento assegura, desde a concepção, a salvaguarda de direitos essenciais, conforme previsto no art. 2º do Código Civil de 2002.

Sobre o tema, a doutrina tem enfatizado que tal proteção não pode permanecer em plano abstrato, devendo se concretizar por meio de instrumentos eficazes, sobretudo quando em jogo a própria viabilidade do desenvolvimento fetal. Como assinala Gonçalves (2026, p. 407), a Lei de Alimentos Gravídicos possui como escopo assegurar um nascimento digno ao ser concebido.

A ampliação do princípio do melhor interesse, tradicionalmente voltado à criança e ao adolescente, reforça essa diretriz protetiva ao alcançar também o nascituro. Conforme ensina Lôbo, o Direito de Família contemporâneo desloca seu eixo para a tutela existencial, priorizando a dignidade humana em todas as fases da vida. Nesse contexto, a prestação de alimentos gravídicos representa instrumento concreto de efetivação desse paradigma, ao garantir condições materiais mínimas para o adequado desenvolvimento intrauterino (Lôbo, 2026, p. 324).

Por outro lado, a mesma estrutura normativa que privilegia a proteção da vida em formação implica, inevitavelmente, a flexibilização de garantias processuais do suposto genitor. Isso porque a fixação da obrigação alimentar prescinde de prova cabal da paternidade, bastando a presença de indícios, conforme estabelece o art. 6º da Lei nº 11.804/2008. Tal opção legislativa, embora funcional sob a ótica da urgência, suscita questionamentos relevantes quanto à segurança jurídica e à observância do devido processo legal (Tartuce, 2025).

Com efeito, a imposição de obrigação com base em juízo de verossimilhança pode conduzir à responsabilização de

indivíduo que, posteriormente, venha a ser excluído da relação de paternidade. Conforme observa Madaleno (2022), essa solução decorre de limitações práticas na produção da prova biológica durante a gestação, impondo ao julgador a adoção de um critério probabilístico como condição de viabilização da tutela jurisdicional.

Não obstante, a utilização de conceitos jurídicos indeterminados — como os “indícios de paternidade” — amplia a margem de discricionariedade judicial, podendo ensejar decisões fundadas em elementos ainda frágeis do ponto de vista probatório. Na prática, documentos informais, registros de comunicação e prova testemunhal são frequentemente utilizados como suporte decisório, o que, embora admissível, não afasta o risco de incongruência entre o juízo inicial e a realidade posteriormente demonstrada por exame genético (Souza; Silva, 2013).

Além disso, a urgência que caracteriza a tutela dos alimentos gravídicos pode acarretar limitações ao exercício pleno do contraditório. Embora formalmente assegurado pelo Código de Processo Civil brasileiro, o direito de defesa, na prática, é exercido em cenário de cognição sumária, no qual o magistrado decide com base em elementos ainda incipientes. Dessa forma, o suposto genitor pode ser compelido ao cumprimento da obrigação alimentar antes mesmo de dispor de meios adequados para infirmar os indícios apresentados, o que evidencia uma mitigação das garantias processuais em razão da necessidade de tutela imediata. (Tartuce, 2025)

Essa tensão torna-se ainda mais evidente quando se analisa o princípio da irrepetibilidade dos alimentos. Tradicionalmente, as prestações alimentares são consideradas irrestituíveis, em razão de sua natureza existencial. Nesse sentido, “os alimentos provisionais, pagos a qualquer título, são irrepetíveis, ainda que o alimentante vença a demanda” (Junior, 2007). A justificativa repousa no fato de que tais valores são consumidos para a satisfação de necessidades vitais, não sendo passíveis de

recomposição patrimonial.

A doutrina civilista reafirma esse entendimento ao destacar que a finalidade alimentar impede a restituição, ainda que posteriormente reconhecida a indevida imposição da obrigação, conforme entendimento doutrinário a seguir:

A irrepetibilidade dos alimentos se funda no caráter de subsistência do alimentando. Verifica-se que a pensão fornecida, tem por fim alimentar o credor, desta forma, impossível seria impor a sua restituição, destarte, ainda que a ação principal seja julgada improcedente ou que o quantum da prestação seja reduzido, a sua restituição não procede. Referida decisão possuirá efeito apenas *ex nunc*. ((Dias, 2013, p. 452)

No mesmo sentido, leciona Oliveira (2020, p. 15):

A irrepetibilidade dos alimentos decorre da ideia de que o alimentado consome os valores percebidos na satisfação de suas necessidades vitais, e não em atividades rentáveis nem em aumento de patrimônio. Por isso, seria incompatível com os alimentos o dever de o alimentado restituir os alimentos pagos se posteriormente eles vierem a ser considerados indevidos: o alimentante não pode pedir a repetição do indébito, não pode pedir de volta o que pagou.

No contexto específico dos alimentos gravídicos, tal princípio assume contornos ainda mais sensíveis, pois a eventual exclusão da paternidade não enseja a restituição dos valores pagos durante a gestação. Como observa Gonçalves (2026, p. 366), essa irrepetibilidade está diretamente vinculada à natureza existencial da obrigação, afastando a lógica patrimonial típica das relações obrigacionais.

Em que pese isso, essa orientação pode ensejar situações de aparente desequilíbrio, sobretudo quando demonstrada a inexistência do vínculo biológico. Nesses casos, a doutrina não é uníssona, havendo posicionamentos que admitem, em hipóteses excepcionais, a responsabilização civil, especialmente quando evidenciada a má-fé na imputação da paternidade, como forma de evitar o enriquecimento sem causa.

Diante desse cenário, verifica-se que o regime jurídico dos alimentos gravídicos traduz uma opção legislativa orientada

pela prevalência da proteção do nascituro, ainda que com a consequente mitigação da segurança jurídica do suposto genitor. A referida diretriz encontra fundamento na centralidade conferida à dignidade da pessoa humana e à tutela da vida no sistema constitucional brasileiro (Brasil, 2008).

Nesse contexto, justifica-se a adoção, como regra, do princípio da irrepetibilidade dos alimentos. Todavia, referido princípio não possui caráter absoluto, encontrando limites nas hipóteses em que verificado o dolo em sua obtenção ou o erro no pagamento, admitindo-se, assim, sua relativização em situações excepcionais (Gonçalves, 2026).

No que tange à natureza das verbas alimentares, Freitas (2012) esclarece que a possibilidade de reembolso contra a genitora somente é admitida em relação aos alimentos gravídicos de natureza indenizatória.

Por outro lado, os alimentos gravídicos vitais — assim como a pensão alimentícia — são, em regra, irrepetíveis, ainda que pagos indevidamente. Nesse sentido, a doutrina dominante sustenta que “os alimentos provisionais, pagos a qualquer título, são irrepetíveis, ainda que o alimentante vença a demanda” (Júnior, 2007), reafirmando o caráter protetivo e não restituível dessas verbas.

Diante da impossibilidade de restituição direta dos valores pagos indevidamente, a doutrina constrói soluções alternativas para recomposição patrimonial. Assim, identificam-se duas vias possíveis: (i) o ajuizamento de ação indenizatória contra a autora da ação de alimentos gravídicos, desde que comprovado abuso de direito; e (ii) a propositura de ação contra o verdadeiro genitor, com fundamento no enriquecimento sem causa, tendo em vista que este se beneficiou indevidamente ao não suportar o encargo alimentar (Freitas, 2012).

No tocante à primeira hipótese — mais controvertida —, destaca-se que a exclusão do art. 10 da Lei de Alimentos Gravídicos, em razão do veto presidencial, afastou apenas a

responsabilidade objetiva automática da gestante. O referido dispositivo previa a responsabilização independentemente de culpa, inclusive em hipóteses de revogação de tutela antecipada ou posterior comprovação de inexistência de paternidade, em lógica semelhante ao disposto no art. 811 do Código de Processo Civil de 2015 (Brasil, 2008).

Entretanto, o veto não excluiu a possibilidade de responsabilização civil, permanecendo viável o ajuizamento de ação indenizatória com fundamento na responsabilidade subjetiva, desde que comprovado o abuso de direito.

Nessa linha, Rolf Madaleno (2022, p. 420) esclarece que:

Originariamente, a Lei de Alimentos Gravídicos previa a responsabilidade objetiva da autora da ação pelos danos materiais e morais causados ao réu em razão do resultado negativo do exame pericial de paternidade. Contudo, tal dispositivo foi vetado sob o fundamento de que se trataria de norma intimidadora, por criar hipótese de responsabilização automática pelo simples fato de a ação não ser exitosa, possibilitando, inclusive, a devolução dos valores pagos. Ainda assim, o veto não afasta a possibilidade de responsabilização civil, subsistindo a responsabilidade subjetiva da autora da ação, desde que comprovados o dolo ou a culpa na imputação indevida da paternidade.

A construção desse entendimento repousa na concepção do abuso de direito como fonte de responsabilidade civil. Nessa perspectiva, Flávio Tartuce explica:

O fundamento para a ilicitude está no art. 187 do CC/2002, que consagra a vedação do abuso de direito, enunciando que também comete ato ilícito o titular de direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim social ou econômico, pela boa-fé ou pelos bons costumes (Tartuce, 2025, p. 627)

Nesse contexto, conforme exemplifica Tartuce, mesmo sendo irrepetíveis os alimentos pagos, é possível a responsabilização civil da gestante quando evidenciada a má-fé na imputação da paternidade.

O autor menciona a hipótese de um homem enganado por uma mulher que, dolosamente, lhe atribui a paternidade de filho

que posteriormente se comprova não ser seu. Nessa situação, embora os valores pagos não sejam restituíveis, é cabível indenização por danos morais, desde que comprovados os prejuízos imateriais, em razão da violação à boa-fé objetiva, princípio que também rege as relações familiares. (Tartuce, 2025, p. 627)

Ainda segundo o autor, é ressaltado que a prevalência da proteção ao nascituro não se mostra absoluta, devendo a atuação jurisdicional observar critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Exige-se, portanto, a presença de indícios minimamente consistentes e a atuação pautada pela boa-fé das partes, sendo indispensável a ponderação entre os interesses em conflito para evitar distorções na aplicação do instituto.

De igual modo, Souza e Silva (2013) defendem a relativização do princípio da irrepetibilidade no âmbito dos alimentos gravídicos. Sustentam que, diferentemente do regime da Lei nº 5.478/68 — no qual há possibilidade de produção de prova definitiva da paternidade por meio do exame de DNA —, os alimentos gravídicos são fixados com base em meros indícios, sendo a comprovação do vínculo condicionada ao nascimento com vida.

Dessa forma, o suposto genitor fica impedido de produzir prova contrária em momento anterior à imposição da obrigação, salvo hipóteses excepcionais, como infertilidade comprovada. Assim, mostram-se legítimos mecanismos que assegurem ao alimentante indevidamente onerado a recomposição dos valores pagos.

Desta feita, no que se refere à natureza da responsabilidade civil, a doutrina apresenta divergências relevantes. Leite e Heuseler (2009) sustentam a possibilidade de aplicação tanto da responsabilidade objetiva quanto da subjetiva, afirmando que a responsabilidade objetiva da autora da demanda seria suficiente para impor o dever de indenizar, independentemente da comprovação de culpa, podendo, inclusive, prevalecer sobre o princípio da irrepetibilidade.

Em contrapartida, Martins (2009) ressalta que a regra geral do ordenamento jurídico brasileiro é a responsabilidade subjetiva, a qual exige a demonstração de dolo ou culpa, além do dano e do nexo de causalidade, nos termos do art. 186 do Código Civil. Corroborando, Farias (2009) conclui que ambas as modalidades podem ser consideradas, cabendo ao lesado pleitear indenização conforme as circunstâncias do caso concreto.

Dessa forma, verifica-se que o regime jurídico dos alimentos gravídicos estrutura-se a partir de uma opção legislativa clara: a primazia da proteção do nascituro. Entretanto, essa diretriz não afasta a necessidade de controle dos excessos, admitindo-se, em hipóteses excepcionais, a responsabilização civil como mecanismo de reequilíbrio, sobretudo quando evidenciados dolo, má-fé ou abuso de direito

4.2. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

O presente capítulo dedica-se ao exame crítico das tendências jurisprudenciais consolidadas no ordenamento jurídico pátrio no tocante à aplicação da Lei nº 11.804/2008. A análise parte da premissa de que os alimentos gravídicos, por sua natureza excepcional, exigem constante ponderação entre a tutela da vida em formação e as garantias fundamentais do suposto genitor.

Nesse contexto, a jurisprudência brasileira revela-se como importante instrumento de concretização normativa, na medida em que os tribunais têm desempenhado papel ativo na definição dos contornos práticos do instituto. Observa-se, de modo geral, a adoção de uma postura protetiva em relação ao nascituro, sem, contudo, afastar completamente a preocupação com a segurança jurídica, especialmente diante do caráter indiciário da prova de paternidade.

Assim, a análise jurisprudencial permite identificar dois

movimentos interpretativos principais: de um lado, decisões que reforçam a máxima proteção ao nascituro; de outro, julgados que evidenciam tensões e riscos decorrentes da flexibilização de garantias processuais do suposto genitor

4.2.1 ASPECTOS FAVORÁVEIS AO NASCITURO

A análise das decisões proferidas pelos Tribunais de Justiça brasileiros revela uma tendência consolidada em privilegiar o amparo ao nascituro, fundamentada no princípio da proteção integral e na natureza urgente da verba alimentar. O núcleo central desse entendimento repousa na interpretação do art. 6º da Lei nº 11.804/2008, que prescinde de prova concreta e absoluta da paternidade, bastando a verossimilhança.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal consolidou que o indeferimento do exame de DNA durante a gestação não configura cerceamento de defesa, justamente porque a exigência de prova plena se mostra incompatível com a urgência da tutela e com os riscos inerentes ao procedimento:

APELAÇÃO. CIVIL E FAMÍLIA. ALIMENTOS GRAVÍDICOS. CERCEAMENTO DE DEFESA . EXAME DE DNA. PROVA CONCRETA DA PATERNIDADE. DESNECESSIDADE. INDÍCIOS DE VERACIDADE . SUFICIENTE. VALOR. AUSÊNCIA DE PROVA. REDUÇÃO INVIÁVEL . 1. Trata-se de apelação interposta contra sentença que julgou procedente o pedido para fixar os alimentos gravídicos no valor correspondente a 25% do salário mínimo 2. *Não configura cerceamento de defesa o indeferimento da realização de exame de DNA durante a gestação, porquanto basta a existência de indícios de paternidade para que sejam fixados alimentos gravídicos.* 3 . Os alimentos gravídicos consistem em uma verba destinada a custear as despesas do período de gravidez, tais como alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, pré-natal, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis a juízo do médico. (art. 2º da Lei 11.804/2008) . 4. A lei dos alimentos gravídicos, no artigo 6º, não exige a comprovação concreta da paternidade, bastando apenas a

presunção de veracidade na afirmação da gestante, com simples existência de indícios da possível paternidade, pois *imposível a comprovação de quem possa ser o pai sem acarretar risco à gravidez*. 5. Diante dos indícios de paternidade, bem como da necessidade da autora, que está desempregada, sendo sustentada por seus genitores, há de se assegurar a assistência material à gestante. 6. Não merece reparo a sentença que fixa os alimentos em percentual razoável, considerando a capacidade do devedor e a necessidade do beneficiário dos alimentos., 7. Recurso conhecido e desprovido.

(TJ-DF 07116127820218070003 1409087, Relator.: SANDOVAL OLIVEIRA, Data de Julgamento: 16/03/2022, 2ª Turma Cível, Data de Publicação: 26/03/2022, grifo nosso)

A partir desse precedente, extrai-se uma diretriz relevante: a instrução probatória, no âmbito dos alimentos gravídicos, é orientada por um juízo de probabilidade qualificada, e não de certeza. Em outras palavras, o sistema jurídico admite uma mitigação do rigor probatório em favor da efetividade da tutela, evitando que a demora ou a impossibilidade técnica da prova inviabilizem a proteção do nascituro.

Em complemento, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul explicita que a exigência de prova robusta, nessa fase inicial, implicaria verdadeiro esvaziamento da finalidade da lei. Assim, a cognição sumária deve ser conduzida com base em critérios de razoabilidade e proporcionalidade, afastando formalismos excessivos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIMENTOS GRAVÍDICOS. FIXAÇÃO. CABIMENTO. O requisito exigido para a concessão dos alimentos gravídicos é de que a parte requerente demonstre "indícios de paternidade", nos termos do art. 6º da Lei n.º 11.804/08. *O exame de tal pedido, em sede de cognição sumária, sob pena de desvirtuamento do espírito da Lei, não deve ser realizado com extremo rigor, tendo em vista a dificuldade em produzir prova escorreita do alegado vínculo parental*. Precedentes. Caso em que as mensagens trocadas entre as partes conferem grande verossimilhança à alegação de paternidade do réu, e autorizam o deferimento dos alimentos gravídicos, em sede liminar. Estão ausentes elementos concretos mínimos acerca das possibilidades do réu/agravado, sequer citado

ao tempo da interposição deste recurso . Em face disso, os alimentos gravídicos vão fixado em 20% sobre rendimentos, caso o agravado tenha emprego fixo; ou em 30% do salário-mínimo, acaso não tenha. DERAM PARCIAL PROVIMENTO.(Agravado de Instrumento, Nº 70080684756, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator.: Rui Portanova, Julgado em: 25-04-2019)
(TJ-RS - Agravado de Instrumento: 70080684756 GUAÍBA, Relator: Rui Portanova, Data de Julgamento: 25/04/2019, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 29/04/2019, grifo nosso)

Percebe-se, portanto, que a jurisprudência não apenas admite a suficiência de indícios, como também rejeita expressamente a imposição de um padrão probatório elevado, reconhecendo a dificuldade intrínseca de demonstração da paternidade no período gestacional. Trata-se de interpretação teleológica, voltada à preservação da utilidade prática do instituto.

Outro vetor relevante diz respeito à ampliação dos meios de prova admitidos. Os tribunais têm reconhecido que elementos informais, especialmente aqueles oriundos do meio digital, são aptos a formar o convencimento judicial em sede liminar. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais confere valor probatório a fotografias e conversas mantidas entre as partes:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - ALIMENTOS GRAVÍDICOS -INDÍCIOS DE PATERNIDADE - CONVERSAS PELO WHATSAPP - FOTOGRAFIAS - BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE - PROVA SUFICIENTE. 1. A fixação de alimentos gravídicos pressupõe a coexistência de indícios de paternidade e de elementos que apontem a necessidade da gestante e a possibilidade do suposto pai. 2 . *As fotografias e prints de conversas mantidas pelo aplicativo Whatsapp entre a gestante e o suposto pai traduzem indícios de paternidade.*

(TJ-MG - AI: 10000210992731001 MG, Relator.: Carlos Henrique Perpétuo Braga, Data de Julgamento: 09/12/2021, Câmaras Cíveis / 19ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 16/12/2021, grifo nosso)

Tal posicionamento evidencia uma adaptação do direito probatório às novas dinâmicas sociais, admitindo-se que

registros digitais constituam *substrato indiciário suficiente*, desde que analisados em conjunto com as demais circunstâncias do caso concreto.

Nesse ponto, insere-se a discussão acerca da ata notarial, prevista no art. 384 do CPC, como instrumento de formalização da prova digital. Embora represente mecanismo idôneo de reforço probatório, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem adotado posição pragmática, no sentido de que sua ausência não compromete, por si só, a validade da prova:

AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. MULTA DE DEZ POR CENTO. INDEVIDA. ACORDO E TRATATIVAS ENTRE AS PARTES. PROVA NOTARIAL. CONVERSAS DE WHATSAPP. PROTOCOLO DO EXECUTADO SEM IMPUGNAÇÃO. BOA-FÉ OBJETIVA. 1. A jurisprudência do STJ é firme sobre a aplicação dos princípios da segurança jurídica e da boa-fé objetiva, bem como da vedação ao comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), a impedir que a parte, após praticar ato em determinado sentido, venha a adotar comportamento posterior contraditório. Precedentes. 2. *A prova notarial é válida e reconhecida pela legislação e jurisprudência como forma de se comprovar determinados fatos, principalmente no campo digital (art. 384 do CPC)*. 3. *O simples fato de alguns trechos das conversas não terem sido registrados em ata notarial não impede que se possa atribuir valor às demais provas elencadas, principalmente quando a parte contrária não impugna o conteúdo da conversa, mas tão somente a validade da prova*. 4. Agravo interno a que se nega provimento.

(STJ - AgInt no AREsp: 2408609 PR 2023/0229962-0, Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Julgamento: 09/09/2024, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/09/2024, grifo nosso)

Dessa orientação, extrai-se que a ata notarial possui natureza meramente corroborativa, e não constitutiva da prova. Sua inexistência pode, de fato, reduzir a força persuasiva do elemento probatório, sobretudo diante da possibilidade de manipulação de conteúdos digitais, mas não impede sua valoração,

especialmente quando ausente impugnação específica da parte contrária. Prestigia-se, assim, a boa-fé objetiva e a instrumentalidade das formas.

Outro aspecto que reforça a proteção ao nascituro é a possibilidade de continuidade automática da prestação alimentar após o nascimento, evitando solução de continuidade no amparo material. O Tribunal de Justiça de Goiás reconhece que, uma vez presentes os indícios de paternidade, os alimentos gravídicos podem ser convertidos em pensão alimentícia:

Poder Judiciário Tribunal de Justiça do Estado de Goiás Gabinete do Desembargador Átila Naves Amaral AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 5274790-95.2023.8.09.0051 COMARCA DE GOIÂNIA AGRAVANTE : C. G. M. AGRAVADO : C. J. S. B. RELATOR : DESEMBARGADOR ÁTILA NAVES AMARAL EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS COM TUTELA DE URGÊNCIA. DEMONSTRADOS A EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DA INDIGITADA PATERNIDADE. NASCIMENTO DA CRIANÇA. CONVERSÃO EM PENSÃO ALIMENTÍCIA. OBSERVÂNCIA DO BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE. DECISÃO REFORMADA. 1. O agravo de instrumento é um recurso secundum eventum litis, a sua análise deve ater-se ao acerto ou desacerto da decisão recorrida. 2. Nos termos da Lei n. 11.804/08, para a fixação dos alimentos gravídicos provisórios, basta a comprovação do estado de gravidez e a demonstração de existência de indícios da indigitada paternidade. 3. Os alimentos gravídicos devem ser prestados desde a concepção do nascituro e perduram até o nascimento da criança, sendo possível a conversão destes em provisórios após a gestante dar a luz, haja vista que tal medida vem ao encontro dos princípios da celeridade, economia, efetividade e instrumentalidade do processo, além de viabilizar a proteção do melhor interesse da criança. 4. No caso, *com o nascimento da criança e com a demonstração de existência de indícios da paternidade, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em prol da criança*. 5. Em exame sumário, para fins da antecipação da tutela (art. 300 CPC), especialmente quando se trata de encargo alimentar, as alegações devem estar calcadas na demonstração da capacidade do alimentante e na necessidade do alimentando, na forma

prevista pelo § 1º do artigo 1.694 do CC. 6. Tendo em vista que a parte recorrente não demonstrou a efetiva capacidade financeira do recorrido em arcar com o valor dos alimentos provisórios pleiteados, deve-se fixar a verba alimentar em 50% (cinquenta por cento) do salário mínimo por mês. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

(TJ-GO - Agravo de Instrumento: 52747909520238090051 GOIÂNIA, Relator: Des(a). ÁTILA NAVES AMARAL, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: (S/R) DJ de 11/12/2023, grifo nosso)

Esse entendimento demonstra uma preocupação não apenas com a concessão inicial da verba, mas também com a estabilidade da tutela alimentar, assegurando que o nascimento da criança não represente interrupção indevida do suporte financeiro.

Portanto, a jurisprudência também consolida a natureza irrepetível dos alimentos gravídicos, mesmo diante da posterior exclusão da paternidade. O Tribunal de Justiça de São Paulo afasta a possibilidade de ressarcimento, especialmente quando evidenciada a ciência prévia da dúvida quanto ao vínculo biológico:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – PATERNIDADE AFASTADA POR EXAME DE DNA – PRETENSÃO DO AUTOR DE SER RESSARCIDO PELO PAGAMENTO DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS E INDENIZADO PELOS DANOS MORAIS – DESCABIMENTO – *AUTOR TINHA CIÊNCIA DA DÚVIDA DA RÉ ACERCA DA PATERNIDADE – RELACIONAMENTO CASUAL - PAGAMENTO ESPONTÂNEO DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS POR MEIO DE ACORDO FORMULADO NOS AUTOS* – RESSARCIMENTO INDEVIDO – DANO MORAL NÃO CONFIGURADO - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA - APELO DESPROVIDO.

(TJSP; Apelação Cível 1064753-35.2021.8.26.0576; Relator (a): Theodureto Camargo; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José do Rio Preto - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 20/10/2022; Data de Registro: 20/10/2022, grifo nosso)

Por esse viés, é reforçado o caráter assistencial e protetivo da verba alimentar, afastando sua equiparação a obrigações de natureza meramente patrimonial. A irrepetibilidade, nesse contexto, funciona como instrumento de garantia da efetividade do direito do nascituro, evitando que eventual reversão futura comprometa a segurança da prestação.

Diante desse panorama, conclui-se que a vertente jurisprudencial favorável ao nascituro se estrutura a partir de três eixos principais: (i) flexibilização do ônus probatório, com valorização de indícios; (ii) ampliação dos meios de prova, inclusive digitais; e (iii) garantia de continuidade e efetividade da prestação alimentar. Trata-se, portanto, de uma construção interpretativa orientada à máxima proteção da vida em formação, ainda que com mitigação pontual de exigências processuais tradicionais

4.2.2 ASPECTOS DESFAVORÁVEIS AOS NASCITURO

Embora a Lei nº 11.804/2008 possua um viés nitidamente protetivo, a jurisprudência brasileira estabelece limites rigorosos para evitar que a celeridade processual se converta em insegurança jurídica. O principal óbice à concessão dos alimentos gravídicos reside na ausência de indícios mínimos de paternidade, uma vez que a mera alegação unilateral da gestante não se mostra suficiente para impor obrigação alimentar ao suposto genitor.

Por esse prisma, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais afirma, de forma categórica, a impossibilidade de fixação da verba na ausência de prova indiciária:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - ALIMENTOS GRAVÍDICOS - PROVA INDICIÁRIA DA PATERNIDADE - AUSÊNCIA - FIXAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE. - Os alimentos gravídicos previstos na Lei 11.804/08 destinam-se a cobrir as despesas decorrentes da gravidez, perdurando até o nascimento, quando se convertem em alimentos, até que haja pedido de revisão - *O requisito exigido para a concessão dos*

alimentos gravídicos é de que a parte requerente demonstre elementos de prova no mínimo indiciária da paternidade imputada, como prevê o art. 6º da Lei 11.804/08 - Diante da inexistência de indícios da paternidade apontada, mostra-se incabível a fixação de alimentos em favor do nascituro.

(TJ-MG - AI: 10000210633897001 MG, Relator.: Renato Dresch, Data de Julgamento: 23/09/2021, Câmaras Cíveis / 4ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 24/09/2021, grifo nosso)

A partir desse julgado, extrai-se que a flexibilização probatória admitida pela Lei nº 11.804/2008 não se confunde com dispensa probatória. Exige-se, ao menos, um lastro mínimo de verossimilhança, sob pena de banalização do instituto e de violação ao princípio do devido processo legal.

Ademais, tem-se como fundamento recorrente para o indeferimento da tutela antecipada o chamado perigo de dano reverso. Considerando a natureza irrepetível dos alimentos, os tribunais têm adotado postura cautelosa, evitando a imposição imediata da obrigação sem a prévia oitiva da parte contrária. Nesse contexto, o Tribunal de Justiça de São Paulo destaca a necessidade de resguardar o suposto genitor contra prejuízos potencialmente irreversíveis:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação de alimentos gravídicos. Tutela antecipada. Indeferimento. Insurgência apresentada pela autora, visando o arbitramento de alimentos provisórios. Posterior celebração de acordo e extinção do feito em relação ao pedido de alimentos, nos termos do art. 485, inciso III, alínea "b", do Código de Processo Civil. RECURSO PREJUDICADO. Trecho retirado da decisão: "(...) Indefiro, por hora, a tutela pretendida, diante da possibilidade de trazer prejuízos irreversíveis ao possível genitor. Após a instauração do contraditório e manifestação da parte contrária, a tutela poderá ser novamente apreciada. (...)”

(TJSP; Agravo de Instrumento 2267233-59.2024.8.26.0000; Relator (a): Cesar Mecchi Morales; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro de Jandira - 2ª Vara; Data do Julgamento: 24/03/2025; Data de Registro: 24/03/2025, grifo nosso)

Percebe-se, assim, que a tutela de urgência, embora

compatível com a natureza dos alimentos gravídicos, não é automática. Sua concessão está condicionada à presença simultânea da *probabilidade do direito e do perigo de dano*, sendo legítimo o diferimento da análise para momento posterior, após a formação do contraditório.

Na mesma linha, a jurisprudência reforça que a ausência de elementos mínimos de convicção inviabiliza a concessão liminar da medida, impondo a necessidade de dilação probatória:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIMENTOS GRAVÍDICOS. INDÍCIOS DE PATERNIDADE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS MÍNIMOS. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO LIMINAR. RECURSO DESPROVIDO. 1. *A fixação liminar de alimentos gravídicos exige indícios minimamente seguros de paternidade, cuja ausência inviabiliza a concessão antecipada da medida.* 2. *Indefere-se a pretensão liminar de imposição de alimentos gravídicos sem contraditório e sem provas mínimas do vínculo de paternidade.*

(TJ-MG - Agravo de Instrumento: 25000875120258130000, Relator: Des.(a) Alexandre Santiago, Data de Julgamento: 25/09/2025, Câmaras Especializadas Cíveis / 8ª Câmara Cível Especializada, Data de Publicação: 26/09/2025, grifo nosso)

Esse entendimento evidencia que o Poder Judiciário busca evitar decisões precipitadas, especialmente quando envolvem restrições patrimoniais baseadas em cognição sumária insuficiente, preservando, assim, o equilíbrio entre celeridade e segurança jurídica.

No campo probatório, observa-se também uma abordagem mais rigorosa quanto à valoração das provas digitais. Embora amplamente admitidas, as conversas extraídas de aplicativos de mensagens não possuem presunção absoluta de veracidade, devendo ser analisadas sob o prisma da autenticidade, integridade e contextualização. O Tribunal de Justiça de São Paulo, pelo mesmo viés, ressalta a necessidade de cautela na utilização desse tipo de prova:

Apelação. Ação de cobrança de comissão de corretagem Sentença de procedência. Inconformismo do réu. Julgamento

antecipado da lide. Impossibilidade. Feito que necessita de dilação probatória para a comprovação das alegações das partes. *Conversas de "whatsapp" que, embora venham sendo admitidas como meio de prova estão condicionadas à demonstração da integralidade e autenticidade. Falta da ata notarial que não é suficiente para comprometer a admissibilidade da prova. Análise das mensagens que deve se dar em conjunto com outros meios de prova admitidos em direito. Precedentes deste e. TJSP. Requerido que impugnou as mensagens, alegando que as conversas nunca foram realizadas. Necessidade de prova pericial para comprovar a sua veracidade.* Réu que poderá ser condenado às penas por litigância de má-fé, caso comprovada a inveracidade de suas alegações. Prova testemunhal pretendida pela autora em sua inicial e réplica que se mostra necessária para corroborar suas alegações em conjunto com as demais provas dos autos. Sentença anulada.

(TJ-SP - Apelação Cível: 10152547920238260037 Araraquara, Relator: Eduardo Gesse, Data de Julgamento: 09/04/2025, 28ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 10/04/2025, grifo nosso)

Dessa decisão, depreende-se que a ausência de ata notarial não impede a admissibilidade da prova, mas, quando associada à impugnação específica da parte contrária, fragiliza significativamente seu valor probatório, podendo tornar indispensável a realização de perícia técnica. Trata-se de posicionamento que reforça a necessidade de confiabilidade dos elementos apresentados, sobretudo em demandas que tramitam sob rito célere.

Partindo dessa premissa, a jurisprudência mais recente tem consolidado o entendimento de que os indícios de paternidade devem possuir consistência mínima, não sendo suficientes alegações desacompanhadas de elementos concretos ou baseadas em provas unilaterais descontextualizadas. Nesse sentido:

Ementa: DIREITO CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS. INDEFERIMENTO DE TUTELA ANTECIPADA. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS SUFICIENTES DE PATERNIDADE. URGÊNCIA NÃO DEMONSTRADA. AUSENTE PLAUSIBILIDADE DO DIREITO. IMPRESCINDIBILIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. DECISÃO

MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. I. CASO EM EXAME 1. Agravo de Instrumento interposto contra decisão que, nos autos da "Ação de Alimentos Gravídicos c/c Pedido de Tutela Antecipada", indeferiu o pedido de concessão liminar de alimentos gravídicos em favor da autora, sob a alegação de ausência de indícios suficientes de paternidade. A agravante pleiteia a reforma da decisão para a fixação de alimentos gravídicos no valor correspondente a dois salários mínimos vigentes, sob a justificativa de necessidade de custeio das despesas decorrentes da gestação. II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO 2. Há duas questões em discussão: (i) verificar se existem indícios mínimos suficientes de paternidade para a concessão de alimentos gravídicos; e (ii) avaliar se estão presentes os requisitos legais para a concessão da tutela de urgência pleiteada. III. RAZÕES DE DECIDIR 3. A Lei nº 11.804/2008 estabelece que a concessão de alimentos gravídicos depende da existência de indícios suficientes de paternidade, que devem ser analisados de acordo com as provas apresentadas. 4. O pedido de alimentos gravídicos possui caráter provisório e cautelar, sendo necessário o convencimento do magistrado acerca da probabilidade do direito da requerente, com base em elementos que apontem a existência de um relacionamento que justifique a presunção de paternidade. 5. *No caso concreto, a agravante não apresentou prova documental suficiente e incontroversa que indique de forma clara e inequívoca o vínculo de paternidade entre o recorrido e o nascituro, limitando-se a colacionar imagens e mensagens unilaterais, que carecem de maior robustez probatória.* 6. *A manutenção da decisão recorrida encontra amparo na jurisprudência consolidada, que exige indícios claros e não frágeis de paternidade para a concessão dos alimentos gravídicos, sob pena de onerar indevidamente o suposto alimentante.* IV. DISPOSITIVO E TESE 7. Recurso desprovido. Teses de julgamento: 1. A concessão de alimentos gravídicos exige indícios suficientes de paternidade, cuja comprovação mínima deve ser apresentada pela autora. 2. Não há possibilidade de fixação de alimentos gravídicos na ausência de prova suficiente e inequívoca que demonstre indícios de paternidade. 3. A análise do direito aos alimentos gravídicos pode ser diferida para momento posterior à dilação probatória, caso não sejam preenchidos os requisitos para a tutela de urgência. Dispositivos relevantes citados: Lei nº 11.804/2008, arts. 6º e 7º;

CPC, art. 373, I. Jurisprudências relevantes citadas: TJMG, Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.24.239539-0/001, Rel. Des. Kildare Carvalho, j. 10/10/2024; TJMG, Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.24.322809-5/001, Rel. Des. Roberto Apolinário de Castro, j. 10/10/2024.

(TJ-MG - Agravo de Instrumento: 46972235620248130000, Relator: Des.(a) Roberto Apolinário de Castro, Data de Julgamento: 23/01/2025, Câmaras Especializadas Cíveis / 4ª Câmara Cível Especializada, Data de Publicação: 23/01/2025, grifo nosso)

A partir desse precedente, verifica-se que o Judiciário tem buscado estabelecer um padrão mínimo de suficiência probatória, de modo a impedir que o instituto dos alimentos gravídicos seja utilizado de forma temerária. A exigência de indícios claros e coerentes funciona como mecanismo de contenção contra abusos, sem comprometer a finalidade protetiva da norma.

Diante desse cenário, conclui-se que a vertente jurisprudencial restritiva não nega a importância dos alimentos gravídicos, mas atua como instrumento de equilíbrio sistêmico, assegurando que a proteção ao nascituro não se dê à custa da violação das garantias fundamentais do suposto genitor. Assim, preserva-se a harmonia entre efetividade da tutela jurisdicional e segurança jurídica, evitando-se tanto o rigor excessivo quanto a flexibilização indiscriminada do regime probatório.

4.3. POSSÍVEIS CAMINHOS PARA O EQUILÍBRIO ENTRE PROTEÇÃO E SEGURANÇA JURÍDICA

A análise jurisprudencial desenvolvida nos tópicos anteriores evidencia a existência de uma tensão estrutural no âmbito da aplicação da Lei nº 11.804/2008: de um lado, a necessidade de assegurar proteção imediata ao nascituro, mediante flexibilização probatória e concessão célere dos alimentos gravídicos; de outro, a preocupação com a preservação da segurança jurídica do suposto genitor, especialmente diante da natureza irrepetível da verba alimentar.

Diante desse cenário, impõe-se a construção de mecanismos capazes de harmonizar tais interesses, evitando tanto o rigor excessivo, que inviabiliza a tutela do nascituro, quanto a flexibilização indiscriminada, que pode ensejar decisões baseadas em elementos frágeis.

O primeiro caminho para a construção desse equilíbrio reside na adoção de um *standard* probatório intermediário, orientado pela ideia de verossimilhança qualificada (Peixoto, 2020).

O *standard* probatório corresponde ao critério de suficiência exigido para que determinada hipótese fática seja acolhida judicialmente, funcionando como parâmetro de distribuição do risco de erro decisório: quanto mais intensas forem as consequências jurídicas da decisão, maior deve ser o grau de confirmação exigido. No âmbito do processo civil, não se busca a verdade absoluta, mas sim um nível de corroboração compatível com as exigências normativas da pretensão deduzida em juízo, servindo o *standard* como referência para a atividade probatória das partes (Peixoto, 2020, p. 43).

No campo dos alimentos gravídicos, essa lógica se manifesta na exigência de um juízo de probabilidade qualificada, que afasta tanto o rigor excessivo quanto a aceitação de alegações desprovidas de suporte mínimo. Nesse sentido, Rolf Madaleno (2022) ressalta que a concessão da verba deve estar amparada em indícios capazes de evidenciar uma “probabilidade real” da paternidade, sob pena de esvaziamento do instituto.

À vista disso, revela-se necessária a adoção de critérios objetivos aptos a aferir a plausibilidade do direito invocado, tais como a demonstração de vínculo entre as partes no período da concepção, a existência de elementos indiciários coerentes — como mensagens, fotografias ou testemunhos — e a consistência narrativa das alegações apresentadas. (Tartuce, 2025)

A fixação desses parâmetros contribui para a uniformização das decisões judiciais, reduzindo a discricionariedade e

promovendo maior previsibilidade, sem comprometer a finalidade protetiva que orienta o regime dos alimentos gravídicos.

Além disso, à crescente utilização de provas digitais nas ações de alimentos gravídicos se mostra como fator de crescente relevância. A jurisprudência tem admitido amplamente mensagens eletrônicas e registros telemáticos como elementos indiciários, conforme observado no item 4.2.1, o que se revela compatível com a realidade social contemporânea.

Todavia, a ausência de critérios técnicos claros quanto à sua valoração pode comprometer a segurança jurídica. Nesse contexto, a ata notarial, prevista no art. 384 do CPC, apresenta-se como instrumento apto a conferir maior confiabilidade à prova digital, ao atestar sua existência e conteúdo em determinado momento (Brasil, 2015).

Em consonância com esse entendimento, destaca a pesquisadora Kênia Martins:

A Ata Notarial representa um documento público formalizado por um notário devidamente autorizado, mediante solicitação de uma parte legalmente interessada e competente. Seu propósito é verificar a veracidade ou certa realidade de um evento que o notário seja capaz de testemunhar, observar e documentar, visando estabelecer fatos e direitos e antecipar a constituição de prova. Essa confirmação frequentemente é empregada em processos judiciais e pode também ser aplicada em procedimentos administrativos (Martins, 2024, p. 9).

Por essa perspectiva, a autora sustenta que a ata notarial constitui instrumento público lavrado por tabelião, por meio do qual se formaliza a constatação de fatos ou realidades presenciadas pelo oficial, dotando-os de fé pública. Sua finalidade precípua reside na documentação fidedigna de eventos — como diálogos em plataformas digitais e registros telemáticos —, servindo como mecanismo de antecipação e constituição de prova.

No contexto das ações de alimentos gravídicos, tal instrumento assume especial relevância, na medida em que atua como ferramenta de segurança jurídica, viabilizando que elementos eletrônicos sejam admitidos no processo com presunção

de veracidade quanto à sua existência e integridade

Embora não constitua requisito indispensável, sua utilização contribui para o fortalecimento do conjunto probatório, reduzindo controvérsias acerca da autenticidade das informações. Ao passo que sua ausência, especialmente quando associada à impugnação da parte contrária, tende a fragilizar a prova, podendo justificar a necessidade de dilação probatória. (Martins, 2024)

Dessa forma, a valorização de mecanismos de certificação da prova digital revela-se medida adequada à promoção do equilíbrio entre celeridade e segurança.

Outrossim, tem-se, por fim, um dos caminhos mais promissores para a superação das limitações atualmente verificadas reside na incorporação de avanços tecnológicos ao campo probatório, especialmente no que se refere à identificação genética durante a gestação.

Seguindo essa linha, a análise do DNA fetal circulante no plasma materno configura técnica não invasiva, baseada na detecção de fragmentos genéticos do feto presentes na corrente sanguínea da gestante. Estudos pioneiros demonstraram a viabilidade dessa identificação ainda no período gestacional, sem a necessidade de procedimentos invasivos (LO et al., 1997).

Posteriormente, pesquisas ampliaram a aplicabilidade do método, consolidando-o como instrumento dotado de elevado grau de confiabilidade e segurança, amplamente utilizado no âmbito da medicina diagnóstica pré-natal (Norwitz; Levine, 2013).

A utilização desse recurso, frente aos exposto pelos pesquisadores anteriormente mencionados, apresenta potencial significativo no contexto dos alimentos gravídicos, na medida em que contribui para a qualificação da atividade jurisdicional, permitindo:

- a redução da dependência exclusiva de provas indiciárias;
- a mitigação do risco de imputações equivocadas de

paternidade;

- a formação de um juízo mais seguro já na fase inicial da demanda.

Sob essa perspectiva, o exame de DNA não invasivo revela-se como instrumento apto a mitigar a incerteza probatória, sem comprometer a proteção jurídica do nascituro, mantendo-se alinhado à lógica protetiva que orienta a Lei nº 11.804/2008.

Não obstante, cumpre destacar que a ampla utilização dessa tecnologia ainda enfrenta obstáculos práticos relevantes, especialmente em razão de seu elevado custo, o que limita seu acesso e inviabiliza, ao menos no cenário atual, sua exigência como condição para a concessão dos alimentos gravídicos.

Por essa razão, sua utilização deve ser compreendida como instrumento complementar de prova, e não como requisito obrigatório, sob pena de inviabilizar a efetividade da tutela jurisdicional.

Todavia, a progressiva difusão dessa tecnologia, aliada à tendência de redução de custos e à eventual incorporação em políticas públicas de saúde, indica que sua utilização tende a se expandir no futuro. Nesse cenário, o exame de DNA não invasivo desponta como mecanismo relevante para o aprimoramento das decisões judiciais, contribuindo para a construção de um modelo mais equilibrado entre proteção ao nascituro e segurança jurídica.

5 - CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo central analisar o regime jurídico dos alimentos gravídicos, com enfoque na sua aplicação contemporânea e nos desafios decorrentes da flexibilização probatória, especialmente à luz da proteção conferida ao nascituro no ordenamento jurídico brasileiro.

Inicialmente, verificou-se que a evolução do conceito de família e a repersonalização do Direito de Família foram

determinantes para o reconhecimento de uma tutela jurídica mais ampla e efetiva, fundada na dignidade da pessoa humana e na solidariedade familiar. Nesse cenário, o deslocamento do enfoque patrimonial para a proteção existencial permitiu a ampliação da tutela a sujeitos em condição de vulnerabilidade, dentre os quais se insere o nascituro.

Na sequência, a análise do instituto dos alimentos evidenciou sua natureza essencial à garantia da subsistência digna, destacando-se suas características fundamentais e sua incidência no âmbito das relações familiares. Observou-se, ainda, que tais atributos são plenamente aplicáveis aos alimentos gravídicos, ainda que adaptados às especificidades do período gestacional.

No tocante aos alimentos gravídicos propriamente ditos, constatou-se que a Lei nº 11.804/2008 representou um marco relevante ao positivizar a proteção jurídica do nascituro desde a concepção, conferindo efetividade ao comando do artigo 2º do Código Civil. A legislação, ao admitir a fixação da verba com base em indícios de paternidade, adotou um modelo probatório mitigado, voltado a assegurar a tutela em tempo oportuno, mesmo diante da impossibilidade de produção de prova definitiva durante a gestação.

A análise dos aspectos processuais demonstrou que a concessão dos alimentos gravídicos está intimamente ligada à tutela de urgência, estruturada sobre a probabilidade do direito e o perigo de dano, o que reforça o caráter preventivo e protetivo da medida. Nesse contexto, verificou-se que o ônus da prova sofre releitura à luz da distribuição dinâmica, impondo ao réu maior dever de colaboração para afastar os indícios que lhe são imputados.

Por outro lado, identificou-se que esse modelo jurídico não está isento de tensões, especialmente no que se refere à segurança jurídica do suposto genitor. A possibilidade de imposição de obrigação alimentar sem prova cabal de paternidade, somada ao princípio da irrepetibilidade dos alimentos, evidencia

um potencial risco de prejuízo patrimonial. Ainda assim, o ordenamento opta por privilegiar a proteção do nascituro, reconhecendo que eventuais danos ao genitor podem ser posteriormente reparados na esfera da responsabilidade civil, desde que comprovados os requisitos legais.

Diante desse panorama, conclui-se que o regime dos alimentos gravídicos reflete uma escolha normativa clara: a prevalência da tutela da vida em formação sobre a exigência de certeza probatória absoluta. Tal diretriz encontra fundamento nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da proteção integral, impondo ao Estado e à família o dever de assegurar condições adequadas ao desenvolvimento do nascituro.

Assim, a hipótese inicialmente proposta resta confirmada. Os alimentos gravídicos constituem instrumento legítimo e necessário de efetivação de direitos fundamentais, devendo ser reconhecidos e aplicados de forma ampla, independentemente da forma de concepção, desde que presentes os requisitos legais mínimos. A proteção do nascituro, nesse contexto, não se limita a uma expectativa jurídica, mas se concretiza por meio de mecanismos que garantem sua existência digna desde a concepção.

Por fim, verifica-se que, embora o instituto demande constante aprimoramento interpretativo, sua função social permanece inequívoca: assegurar que o tempo do processo não comprometa o direito à vida, consolidando-se como expressão da prioridade absoluta conferida à pessoa humana em formação no sistema jurídico brasileiro.



REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Vitor. *Parentalidade responsável e direito aos alimentos gravídicos: caminhos para efetividade da lei*

- 11.804/2008. Indaiatuba: Foco, 2024. p. 309
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 mar. 2026.
- BRASIL. Lei nº 11.804, de 17 de setembro de 2008. *Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido*. Brasília, DF: Presidência da República, [2026]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11804.htm. Acesso em: 15 dez. 2026.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Brasília, DF: Presidência da República, [2026]. Disponível em: L10406compilada. Acesso em: 10 fev. 2026.
- BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Brasília, DF: Presidência da República, [1990]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 16 mar. 2026.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 fev. 2026.
- BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Brasília, DF: Presidência da República, [2026]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 10 fev. 2026.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo interno no agravo em recurso especial. *AgInt no AREsp n. 2.408.609/PR (2023/0229962-0)*. Relatora: Ministra

- Maria Isabel Gallotti. Quarta Turma, julgado em: 9 set. 2024. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/2939401552>. Acesso em: 07 abr. 2026.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Apelação Cível n. 0711612-78.2021.8.07.0003*. Relator: Sandoval Oliveira. 2ª Turma Cível, julgado em: 16 mar. 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-df/1685940774>. Acesso em: 07 abr. 2026.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. *Agravo de instrumento n. 5274790-95.2023.8.09.0051*. Relator: Átila Naves Amaral. 1ª Câmara Cível, publicado em: 11 dez. 2023. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-go/2984957776>. Acesso em: 05 abr. 2026.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Agravo de instrumento n. 1.0000.21.099273-1/001*. Relator: Carlos Henrique Perpétuo Braga. 19ª Câmara Cível, julgado em: 9 dez. 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=agravo+de+instrumento+n%C2%BA+1.0000.21.099273-1%2F001>. Acesso em: 02 abr. 2026.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Agravo de instrumento n. 2500087-51.2025.8.13.0000*. Relator: Alexandre Santiago. 8ª Câmara Cível Especializada, julgado em: 25 set. 2025. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mg/4988744249>. Acesso em: 02 abr. 2026.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Agravo de instrumento n. 4697223-56.2024.8.13.0000*. Relator: Roberto Apolinário de Castro. 4ª Câmara Cível Especializada, julgado em: 23 jan. 2025. Acesso em: 27 abr. 2026.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

- Agravo de instrumento n. 70080684756*. Relator: Rui Portanova. Oitava Câmara Cível, julgado em: 25 abr. 2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/713158087>. Acesso em: 04 abr. 2026.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Agravo de Instrumento n. 2123530-70.2024.8.26.0000*. Relatora: Maria do Carmo Honório. 6ª Câmara de Direito Privado, julgado em: 17 maio 2024.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Agravo de instrumento n. 2177117-12.2021.8.26.0000*. Relator: Salles Rossi. 8ª Câmara de Direito Privado, julgado em: 29 nov. 2021.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Agravo de instrumento n. 2267233-59.2024.8.26.0000*. Relator: Cesar Mecchi Morales. 6ª Câmara de Direito Privado, julgado em: 24 mar. 2025.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação cível n. 1015254-79.2023.8.26.0037*. Relator: Eduardo Gesse. 28ª Câmara de Direito Privado, julgado em: 9 abr. 2025. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/3407264485>. Acesso em: 07 abr. 2026.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação cível n. 1064753-35.2021.8.26.0576*. Relator: Theodoro Camargo. 8ª Câmara de Direito Privado, julgado em: 20 out. 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1669860541>. Acesso em: 07 abr. 2026.
- CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 43-50.
- CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 389.
- CAVALCANTI, Vicente Dessoto. *Alimentos gravídicos: aspectos gerais*. Conteúdo Jurídico, [S. l.], [20--]. Disponível

- em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1417/1103>. Acesso em: 15 mar. 2026.
- DIAS, Maria Berenice. Alimentos para a Vida. *Revista Jurídica Consulex*, ano XII, n. 286, dez. 2008.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 66-452
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 5. p. 534-536
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSA, Conrado Paulino da. *Direito de Família na Prática: Comentários ao livro de Família do Código Civil artigo por artigo*. 4. ed. São Paulo: JusPodivm, 2025.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito das famílias*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 733-736
- FARIAS, Maria Júlia. *A possibilidade da concessão de alimentos gravídicos à luz da Lei nº 11.804/2008*. 2009. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade do Sul de Santa Catarina, Palhoça, 2009. Disponível em: <https://repositorio-api.animaeducacao.com.br/server/api/core/bitstreams/a0155349-caa3-4a07-ba8e-869a7aaec760/content>. Acesso em: 20 fev. 2026.
- FREITAS, Douglas P. *Alimentos Gravídicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 73-92
- FRÓES, Sueli Menezes. *Alimentos gravídicos*. São Paulo: Universidade São Francisco, 2009. Disponível em: <https://lyceumonline.usf.edu.br/salavirtual/documentos/1781.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2026.
- GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 426
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 23. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2025. v. 6. E-

book. p. 377-410

- GONZALEZ, Lorena. *Entenda como funciona a ação de alimentos gravídicos*. JusBrasil, 12 jul. 2023. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/entenda-como-funciona-a-acao-de-alimentos-gravideos/1896127905>. Acesso em: 19 fev. 2026.
- LEITE, Gisele Pereira Jorge; HEUSELER, Denise. Comentários à Lei 11.804/2008 (Alimentos gravídicos). *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, n. 64, maio 2009.
- LO, Y. M. Dennis *et al.* Presence of fetal DNA in maternal plasma and serum. *The Lancet*, v. 350, n. 9076, p. 485-487, 1997.
- LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 16. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2025. v. 5. E-book. p. 313-324
- MACHADO, M. G. de O. A concessão de alimentos gravídicos: uma análise crítica sobre a Lei 11.804/2008. *Revista Acadêmica Escola Superior Do Ministério Público Do Ceará*, v. 10, n. 2, p. 91-110, 2018.
- MADALENO, Rolf. *Manual de Direito de Família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 52-432
- MARTINS, Kênia Cristina Cutrim Mesquita. *A importância da ata notarial como meio de prova em processos jurídicos*. 2024. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2024.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- NORWITZ, Errol R.; LEVINE, Richard J. Noninvasive prenatal testing using cell-free fetal DNA. *New England Journal of Medicine*, 2013.
- OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. *Questões polêmicas sobre a irrepetibilidade dos alimentos no Direito de Família*. Brasília: Senado Federal, 2020. Disponível em:

- <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos>. Acesso em: 15 fev. 2021.
- PEIXOTO, Ravi de Medeiros. *Standards probatórios no direito processual brasileiro*. 2020. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020.
- SANTOS, Erinéia. *A parentalidade responsável à luz dos princípios da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente*. Jus Navigandi, Teresina, 18 maio 2021. Acesso em: 20 mar. 2026.
- SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça (6. Câmara de Direito Privado). *Agravo de Instrumento nº 2123530-70.2024.8.26.0000*. Relatora: Maria do Carmo Honorio. Julgado em: 17 maio 2024. Publicado em: 17 maio 2024.
- SOUZA, Eneive Maria de; SILVA, Rosângelo Pereira da. *A insegurança jurídica da lei de alimentos gravídicos*. Paracatu: Faculdade Atenas, 2013. Acesso em: 21 fev. 2026.
- TAITSON, Paulo Franco *et al.* (org.). *Bioética: vida e morte*. 3. ed. Belo Horizonte: PUC Minas, 2023. Disponível em: <https://bib.pucminas.br/pergamumweb/vinculos/00001b/00001bdd.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2026.
- TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2025. v. 5. E-book. p. 79-641-642
- TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: volume único*. 4. ed. São Paulo: Método, 2014.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. 6. p. 453
- ZAINAGHI, Maria Cristina. *Os meios de defesa dos direitos do nascituro*. São Paulo: LTr, 2007.

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS, SÚMULA VINCULANTE 53 E EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA: ANÁLISE ESTATÍSTICA DAS RESTRIÇÕES À CAPACIDADE ARRECADATÓRIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO*

Adriano Lélis de Medeiros**

Aline Fagundes dos Santos***

Resumo: A Súmula Vinculante 53 (2015) “resolveu” conflito de competência quanto à execução de contribuições previdenciárias devidas sobre vínculo trabalhista reconhecido em juízo, nas denominadas sentenças declaratórias, mesma posição adotada pela Súmula 368 do TST (2005), reservando à Justiça Federal a cobrança desses valores. A prática adia por vários anos a arrecadação de importantes receitas tributárias, visto que a execução trabalhista é muito mais célere do que a execução fiscal realizada pela Justiça Federal. O estudo demonstra que a restrição da capacidade arrecadatória da Justiça do Trabalho ocasionada pela

* Artigo extraído da dissertação de mesmo nome, apresentada ao programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri como requisito para obtenção do título de Mestre em Administração Pública, desenvolvida sob a orientação da Prof^a. Dr^a. Aline Fagundes dos Santos, cuja defesa se deu em 01/02/2022.

** Doutorando em Administração pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFVJM). Mestre em Administração Pública pela Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri (UFVJM). Especialização em RH, com ênfase em Rotinas e Cálculos Trabalhistas, pela UNOPAR. Analista Judiciário da Área Administrativa (calculista) no TRT da 3^a Região (MG). Contato: adriano.lelis@ufvjm.edu.br.

*** Doutora em Direito das Relações Sociais na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professora de Graduação e Pós Graduação (Lato Sensu e Stricto Sensu) na Universidade Federal do Pampa (UNIPAMPA). Contato: alinefids@unipampa.edu.br.

jurisprudência dos tribunais superiores não atende a eficiência administrativa. A análise estatística descritiva dos relatórios “Justiça em Números” (2003 a 2021), complementada por pesquisa de processos da Vara do Trabalho de Teófilo Otoni/MG (2012), demonstra o prejuízo causado por essas decisões. Os resultados mostram diferença real elevada entre os valores executados pelos dois ramos do Judiciário, sendo os da Justiça Federal superiores.

Palavras-Chave: Contribuições Previdenciárias; Súmula Vinculante 53; Arrecadação Tributária; Eficiência Administrativa; Análise Econômica do Direito.

INTRODUÇÃO

Em sua redação original, o art. 114 da Constituição Federal de 1988 não previa a competência executória da Justiça do Trabalho com relação às contribuições previdenciárias. Foi a Emenda Constitucional nº 20 que, no ano de 1998, incluiu o §3º ao art. 114, mais tarde convertido para inciso VIII, atribuindo assim àquele ramo do Judiciário Federal competência para executar de ofício as contribuições sociais referentes às sentenças proferidas por seus juízes e tribunais. Essa mudança buscava objetivos importantes como cobrar de forma mais célere o passivo previdenciário constituído em processos trabalhistas, ampliar a arrecadação de contribuições sociais por meio da cooperação entre Judiciário e Executivo, fiscalizar de modo mais efetivo esse processo, evitar a sonegação fiscal e recuperar créditos previdenciários via judiciário trabalhista (MEDEIROS *et al*, 2020).

O inciso I, inserido em 27/11/1998 à Súmula nº 368, a qual foi editada pelo Tribunal Superior do Trabalho tendo por base as Orientações Jurisprudenciais números 32/1994, 141/1998 e 228/2001 da SBDI-1, interpretava como ampla a

competência da Justiça do Trabalho para executar tanto as contribuições incidentes sobre parcelas expressamente deferidas em sentença, resultantes de decisões condenatórias, como também as referentes ao vínculo de emprego reconhecido em juízo, que têm natureza predominantemente declaratória. Em 2005, uma mudança de entendimento operada pela Resolução nº 138 resultou em alteração no dispositivo citado, que passou a adotar uma interpretação mais restritiva do art. 114 da Constituição, limitando a competência executória daquela justiça especializada às contribuições incidentes sobre as verbas deferidas em sentenças condenatórias, nas quais além do reconhecimento do direito há a determinação expressa do seu pagamento ou recolhimento. As verbas restantes, resultantes de sentenças declaratórias, deveriam ser executadas na Justiça Federal. Os exemplos mais comuns desse tipo de verba são os vínculos de emprego reconhecidos nos quais não houve registro em CTPS, ou os chamados salários “por fora”, pagos em valor superior ao registrado (ROCHA, 2014).

Em 2015 o STF corroborou o entendimento do TST ao publicar a Súmula Vinculante nº 53¹, confirmando a competência da Justiça Federal para executar as contribuições previdenciárias referentes às decisões declaratórias proferidas por juízes e tribunais trabalhistas. Ocorre que, conforme os relatórios Justiça em Números, publicados anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça desde o ano de 2003, o tempo médio da execução na seara trabalhista é historicamente bem menor que o tempo médio da execução fiscal na Justiça Federal, diferença que só vem se acentuando com o decorrer do tempo. Isso se deve ao fato daquela envolver procedimento muito menos burocrático e, portanto, muito mais célere.

Um princípio constitucional fortemente relacionado a

1 A competência da Justiça do Trabalho prevista no artigo 114, inciso VIII, da Constituição Federal alcança a execução de ofício das contribuições previdenciárias relativas ao objeto da condenação constante das sentenças que proferir e acordos por ela homologados.

essa situação é o da eficiência administrativa, introduzido na Constituição Federal também no ano de 1998, através da Emenda Constitucional nº 19, aprovada no contexto da Reforma Gerencial do Estado. O princípio da eficiência impõe ao Estado a prestação de serviços de qualidade aliada à utilização ótima das estruturas administrativas disponíveis, inclusive no que diz respeito à arrecadação de receitas públicas. Receitas estas que, devido à diferença de tempo para serem cobradas na Justiça do Trabalho e na Justiça Federal, e dos limites² definidos para que a execução fiscal se processe nesta última, suscitam dúvidas quanto à hipótese de, na prática, não estarem sendo de fato executadas da forma mais vantajosa para a Administração Pública.

Diante do exposto, considerando os princípios constitucionais que tutelam a atividade administrativa, em especial o da eficiência, e levando-se em conta também o dever que o ente público tem de arrecadar os tributos que são da sua competência, coloca-se o seguinte questionamento: O entendimento adotado

2 “A Portaria MF 75/2012 estabeleceu a não inscrição na Dívida Ativa da União de débitos de um mesmo devedor com a Fazenda Nacional de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais) (art. 1º, I) e o não ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (art. 1º, II), ressalvados apenas os débitos decorrentes de aplicação de multa criminal (art.1º, §1º), bem como o arquivamento das execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional já em andamento, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), quando não conste dos autos garantia, integral ou parcial, útil à satisfação do crédito (art 2º). Tal entendimento veio regulamentar a disposição legal prevista no art. 54 da Lei 8.212/91, sendo o MF o órgão competente para estabelecer critério para a dispensa de constituição ou exigência de crédito de valor inferior ao custo da execução fiscal. Também há notícia de reiteradas decisões do colendo STJ no sentido de que ‘não se pode perder de vista que o exercício da jurisdição deve sempre levar em conta a utilidade do provimento judicial em relação ao custo social de sua preparação’ e que a tutela jurisdicional executiva não deve ser prestada quando a reduzida quantia perseguida pelo credor denota sua inutilidade, ainda mais quando se tem em vista a despesa pública que envolve a sua cobrança judicial. Desnecessária a intimação da PGFN, em face do que dispõe a Portaria 75/MF de 22/03/2012 e nos termos da Portaria MF nº 582/2013” (MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Processo nº 0000426- 49.2012.5.03.0077, da Vara do Trabalho de Teófilo Otoni, Teófilo Otoni, 16/10/2020).

pelo Poder Judiciário com relação à competência executória da Justiça do Trabalho – veiculado pela Súmula Vinculante 53, no que diz respeito às contribuições previdenciárias, atende à eficiência administrativa na arrecadação de receitas tributárias?

A EXECUÇÃO PREVIDENCIÁRIA NA JUSTIÇA DO TRABALHO SOB A PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*), corrente iniciada na década de 1960 nos Estados Unidos a partir das incursões de estudiosos da área da Economia - como Ronald Coase e Guido Calabresi - no campo do Direito, teve como principais influências o utilitarismo, o pragmatismo e o realismo jurídico norte-americano. Tendo por base estudos desenvolvidos nas escolas de Direito de Chicago e de Yale, o movimento busca incorporar à análise jurídica de normas e de decisões ferramentas típicas da ciência econômica (OLIVEIRA, 2016; STRINGARI, 2012; FORVILLE NETO, 2015). Diversos autores dessa corrente já foram agraciados com o Prêmio Nobel da Economia: George Stigler (1982), James Buchanan Jr (1986), Ronald Coase (1991), Gary Becker (1992) e Douglass North (1993). Na atualidade, o movimento tem como principal representante Richard Posner, Juiz Federal do 7º Circuito dos Estados Unidos da América e professor da Universidade de Chicago:

Posner pressupõe que o fundamento do Direito reside na maximização da riqueza, e que as normas jurídicas e os valores morais da sociedade devem ter como escopo a redução dos custos de transação e, assim, o aumento da riqueza social. Ainda que posteriormente marcada pelo pragmatismo, a teoria de Posner defende o abandono de vinculações teóricas, a fim de que o Direito seja compreendido como instrumento para o alcance da eficiência, a qual é compreendida como a finalidade de maximizar a riqueza social (STRINGARI, 2012).

Dessa forma, para a AED a finalidade principal do Direito seria promover a maximização da riqueza, da utilidade ou

do bem-estar sociais. Na busca por estes fins, o individualismo metodológico, as consequências econômicas dos atos, os custos de transação e a eficiência alocativa assumem importância central como objetos de estudo. A teoria inova ao adotar a eficiência como critério principal para avaliar e direcionar a evolução e a aplicação do Direito, que deve se concentrar prioritariamente em problemas de transferência (seja de riqueza, utilidade ou bem-estar) não se preocupando em modificar, num primeiro momento, a situação econômica dos agentes (OLIVEIRA, 2016; STRINGARI, 2012; FORVILLE NETO, 2015, ROSA, 2008). Assim, tem por fim último o aumento da riqueza agregada, ou seja, a riqueza da sociedade como um todo através da alocação ótima de recursos:

A eficiência alocativa fica configurada quando um recurso é colocado nas mãos daquele que lhe dá maior valor. Isso significa não só dizer que as utilidades devem estar junto àqueles que subjetivamente lhes imputam maior importância, mas também que os recursos devem permanecer sob a tutela daqueles que são capazes de fazê-los frutificar de maneira mais acentuada (ROSA, 2008, p. 50).

Com o objetivo de identificar as consequências desejáveis e indesejáveis de instrumentos normativos vigentes, bem como de antever possíveis efeitos de propostas de alterações normativas, a AED auxilia na prescrição de modificações necessárias para se promoverem, de maneira mais eficiente, fins públicos previamente estabelecidos. Diferentemente do formalismo jurídico, que se concentra mais em descrever o que pertence ou não ao mundo do Direito essa escola, de natureza essencialmente prática e funcional, se preocupa primordialmente com questões que dizem respeito a como utilizar o Direito para melhorar os resultados agregados do agir social (OLIVEIRA, 2016; STRINGARI, 2012; FORVILLE NETO, 2015, ROSA 2008). Na visão de Oliveira (2016):

Assim, a defesa de um princípio normativo deveria ser feita pelos seus resultados (consequências) e de maneira relativamente independente dos seus fundamentos, com base em uma

análise de sua adequabilidade às circunstâncias particulares, de modo a configurar um instrumento superior para consecução de determinados objetivos sociais com base em um substrato comum (OLIVEIRA, 2016, p. 77).

Um critério economicista para a aplicação do Direito se fundamenta no consenso e na promoção da eficiência não gerando, a princípio, nenhuma oposição racional à sua utilização, uma vez que promove o aumento da riqueza social. Contudo, tanto os atos de governo, quanto as deliberações legislativas e as decisões judiciais que não levem em conta suas possíveis consequências podem gerar efeitos que contrariem a eficiência. Na verdade, mesmo ações bem-intencionadas do ponto de vista econômico, favoráveis (pelo menos em tese) a esse critério, podem acabar provocando um aumento de custos. Por isso, cabe ao analista jurídico estar sempre atento para os custos de transação envolvidos na implantação da norma, na implementação de regras substitutas e também na operacionalização de sistemas administrativos responsáveis pela compensação aos agentes que tiverem prejuízos por conta de alguma dessas medidas. É preciso ter em mente que nesse debate até mesmo relações de natureza aparentemente não econômica, como a tutela jurídica, representam recursos que têm valor passível de ser mensurado economicamente e cuja produção e troca se dá em um hipotético “mercado por normas” (OLIVEIRA, 2016; STRINGARI, 2012; FORVILLE NETO, 2015, ROSA 2008). Seguindo essa linha de raciocínio, conforme Stringari (2012):

A referida consideração dos custos é a base da eficiência econômica, defendida pelos teóricos da Análise Econômica do Direito. Nesse ideal, a eficiência corresponde à melhor alocação de recursos, segundo o equacionamento dos custos e benefícios envolvidos, conforme os critérios fornecidos pela Ciência Econômica. Essa perspectiva considera indissociável a apuração dos custos econômicos na busca pela efetivação dos direitos (STRINGARI, 2012, p. 115).

No entendimento de Gomes (2018), “a eficiência administrativa visa garantir que se avaliem custos e benefícios das

alocações de recursos orçamentários, procurando garantir as escolhas que minimizem custos e maximizem benefícios” (GOMES, 2018, p. 37).

O critério mais rigoroso para se medir a eficiência é denominado ótimo paretiano, eficiência de Pareto, eficiência alocativa ou superioridade de Pareto, segundo o qual uma determinada relação é considerada eficiente caso pelo menos uma das partes envolvidas obtenha melhoria de condições (*better off*) e nenhuma outra sofra piora em comparação com o estado anterior (*worse off*), sendo a melhor situação possível aquela em que todos experimentam algum grau de melhoria nas condições anteriormente colocadas. Um critério menos rigoroso e, portanto, aplicável a mais situações do mundo real, recebe o nome de Kaldor-Hicks ou Pareto potencial. Aqui, uma transação é considerada eficiente caso haja melhoria na situação agregada (para o grupo como um todo), mesmo com parte dos agentes obtendo ganhos e outra parte experimentando piora na condição, desde que os participantes porventura prejudicados sejam posteriormente compensados, de alguma maneira, pelas perdas que tenham sofrido. Assim, fazem-se presentes as condições necessárias para que se configure uma situação eficiente, ainda que tal se deva a intervenções institucionais necessárias (OLIVEIRA, 2016; STRINGARI, 2012; FORVILLE NETO, 2015, ROSA 2008). Para Stringari (2012):

Assim, partiu-se da concepção de que a eficiência, valor fundamental àquela ideologia, mantém estreita vinculação com a finalidade precípua do Direito: a maximização da riqueza social. Dessa sorte, a eficiência, tanto se considerada por meio de Kaldor-Hicks quanto de Pareto, volta-se a buscar aproximar os custos de transação a zero e, assim, assegurar o ganho econômico da operação à sociedade (STRINGARI, 2012, p. 153).

Consequentemente, o Estado deve fazer uso do Direito como instrumento que viabilize a indenização posterior daqueles que venham a ser prejudicados por alguma norma ou decisão jurídica, possibilitando que se atinja a eficiência paretiana. Sua atuação, por meio da intervenção compensadora forçada impõe-

se quando, embora presentes fatores de eficiência, o equilíbrio de mercado ideal não se estabelece com a celeridade necessária. O principal papel das instituições jurídicas seria, então, o de tornar viável a maximização da riqueza agregada, não se olvidando de seu papel social de compensar os danos causados no decorrer desse processo (OLIVEIRA, 2016; STRINGARI, 2012; FORVILLE NETO, 2015, ROSA 2008).

Nesse contexto, é função precípua do Direito buscar a melhor configuração possível para alocar os recursos sociais podendo, de forma descritiva ou devendo, de forma normativa, levantar melhorias a serem implementadas na gestão da ação estatal coercitiva. No exercício dessa atribuição, “ganha relevância a atuação do Judiciário, que carrega um papel central no estabelecimento de interpretações vinculantes e, portanto, apresenta desempenho a ser avaliado de uma perspectiva socioeconômica” (ROSA, 2008, p. 63). Ainda, na visão de Oliveira (2016):

O juiz responderia pelas consequências de sua decisão como se legislador fosse. É evidente que, nestes casos, o julgador deve fazer o mesmo esforço em executar as avaliações de impacto de sua decisão. Este dever é tanto maior quanto mais abrangente o alcance de sua decisão. Assim, o julgador deve atentar tanto para as consequências reais de micronível (aquelas que atingem as partes diretamente afetadas pelo julgamento) quanto para as consequências reais de macronível (aquelas que atingem toda a sociedade) (OLIVEIRA, 2016, p. 77).

Após defender por muito tempo sua tese fundacional, segundo a qual o fundamento único do Direito seria a maximização da riqueza, a partir dos anos 90 Richard Posner se curvou às críticas dos seus pares, em especial Ronald Dworkin, passando a adotar o pragmatismo jurídico, que aplica a eficiência como principal critério moral, porém combinado com vários outros valores que não podem ser descartados quando da avaliação das normas jurídicas e das políticas públicas (OLIVEIRA, 2016; STRINGARI, 2012; FORVILLE NETO, 2015, ROSA 2008). Nessa linha de raciocínio, conforme destaca Stringari (2012):

O Poder Público, compreendido como Poder Legislativo no

exercício de suas funções primárias, bem como o Executivo, na edição de Medidas Provisórias, além dos três poderes quando da normatização de suas próprias questões administrativas, devem observar os possíveis impactos econômicos de suas medidas. Isso não significa que a lógica econômica passe a ser o escopo da ação, mas que conste como elemento integrante e uma das razões a serem consideradas por ocasião da deliberação administrativa. (...) Pautar o exercício administrativo pela eficiência representa não a celebração de valores eminentemente economicistas, mas a busca de meios úteis à consecução e efetivação dos direitos fundamentais (STRINGARI, 2012, p. 158-159).

Vencida a etapa de caracterizar a Análise Econômica do Direito, bem como o papel a ser desempenhado pelo Poder Judiciário dentro dessa visão, resta agora avaliar a situação criada pela Súmula Vinculante nº 53, utilizando-se dos critérios adotados por aquela escola e tomando-se para tanto o conceito de eficiência administrativa atualmente adotado pelo STF³ e pelo TCU⁴, fortemente associado à ideia de economicidade. Tal avaliação se mostra pertinente uma vez que, na visão de Oliveira (2016):

o silêncio contundente da doutrina do direito em áreas com potencial repercussão macroeconômica não pode ser ignorado. De fato, áreas como direito administrativo (regulatório), direito urbanístico, direito ambiental e *direito tributário* (grifo nosso) são exemplos óbvios, nos quais uma mudança no desenho institucional pode ter efeitos macroeconômicos quase que imediatos (OLIVEIRA, 2016, p. 111).

Diante dessa constatação, e dos dados divulgados no relatório “Justiça em Números” (CNJ, 2021), que apontam uma diferença média de 9 anos a maior entre a execução fiscal processada na Justiça Federal e a execução de contribuições

3 LANIUS, Danielle Cristina; JUNIOR, Ivo Teixeira Gico; STRAIOTTO, Raquel Maia. O princípio da eficiência na jurisprudência do STF. *Revista de Direito Administrativo*, v. 277, n. 2, p. 107-148, 2018.

4 CABRAL, Flávio Garcia. O princípio da eficiência administrativa na jurisprudência do TCU. *Revista de Direito Administrativo*, v. 277, n. 1, p. 151-174, 2018.

previdenciárias que se processa na Justiça do Trabalho, resta já de início demonstrado o principal retorno social que uma modificação no texto da SV nº 53 poderia trazer. Atendendo ao principal critério de julgamento adotado pela AED, haveria maximização de riqueza, na medida em que passariam a ser também executados os valores que fossem inferiores aos limites atualmente vigentes tanto para a inscrição em dívida ativa (R\$1.000,00) quanto para o ajuizamento (R\$ 20.000,00) de execução fiscal de débitos com a Fazenda Nacional na JF, os quais não se aplicam à execução na JT. Haveria ainda maximização da utilidade, uma vez que a estrutura administrativa do judiciário trabalhista, hoje subutilizada no que diz respeito à arrecadação de contribuições sociais, passaria a ser melhor empregada, diluindo-se o custo da sua manutenção e ampliando-se a sua rentabilidade social. Por fim, haveria ainda a maximização do bem-estar, no sentido de tanto o segurado quanto o poder público terem maior confiança de que serão recolhidos, em tempo hábil, valores necessários para a viabilização de direitos fundamentais e para o equilíbrio geral do sistema de previdência social brasileiro.

A princípio vislumbra-se nessa alteração uma situação Pareto eficiente, pois, uma vez que os valores arrecadados a título de contribuições previdenciárias são destinados ao INSS e não ao órgão judiciário que os executa, na prática não ocorreria perda financeira para a JF ou para a JT. Por outro lado, haveria sim ganho de arrecadação para aquela autarquia, redução na quantidade de execuções fiscais a serem ajuizadas na Justiça Federal, o que certamente contribuiria para a celeridade na tramitação de processos de outra natureza distribuídos naquela seara, além do que se ampliaria o papel e a importância da Justiça do Trabalho na arrecadação de receitas tributárias.

No entanto, mesmo que se verificasse variação a maior no tempo de arquivamento dos processos na Justiça do Trabalho por conta do incremento nos valores a serem executados, o que

poderia não necessariamente ocorrer uma vez que na maioria dos procedimentos (atualização de débito, bloqueio de numerário, penhora de bens, etc) haveria apenas a substituição do valor a ser cobrado, vislumbra-se ao menos uma situação Kardor-Hicks eficiente. Nesse caso, já demonstrado o evidente ganho social agregado na figura de maior recolhimento para os cofres previdenciários e num intervalo de tempo menor, qualquer incremento no tempo médio da execução seria posteriormente compensado pelo aumento da arrecadação, o qual repercutiria positivamente no equilíbrio geral do sistema de previdência social brasileiro e na imagem da Justiça do Trabalho junto à sociedade como importante órgão arrecadador.

PESQUISA DE DADOS

De modo geral, pesquisas sociais envolvem um universo de elementos tão grande que acaba se revelando impossível examiná-los em sua totalidade, sendo muito frequente nesses casos se trabalhar com amostras. Para fins de estudo, considera-se população o conjunto de elementos que possuem as características objeto da investigação. Já a amostra é um subconjunto dessa população, escolhido com base em critérios de representatividade, segundo procedimentos definidos pela Teoria da Amostragem, de onde serão extraídos os dados ou observações a serem analisados, com o objetivo de tirar conclusões sobre o conjunto do qual foi retirada. Deve ser escolhida de maneira que possua uma composição semelhante à da população que se pretende estudar e um número de elementos suficientes para garantirem a validade do estudo estatístico, ou seja, precisa ser representativa (VERGARA, 2005, MATTAR, 2014, PEREIRA et al, 2018, MENEZES et al, 2019, MARCONI; LAKATOS, 2017, GIL, 2008, PRODANOV; FREITAS, 2013). A Teoria da Amostragem consiste basicamente no uso de técnicas matemáticas e estatísticas que garantam a aleatoriedade e a representatividade ao

se selecionar parte de uma determinada população para estudo. Por meio do cálculo das probabilidades, possibilita modelar a incerteza associada aos fenômenos sociais, avaliando-se seus efeitos no planejamento e na interpretação dos experimentos, permitindo que se tirem conclusões a partir da observação de grandes quantidades de dados, dentro de margem de erro e nível de confiança previamente definidos. Segundo Alfredo de Oliveira Pereira (1954):

A teoria de amostragem, baseada no Cálculo de Probabilidades, tem por fim assegurar aqueles procedimentos indispensáveis que devem ser objeto de cuidado do pesquisador na obtenção da amostra, o das naturais flutuações de amostra, o da tendenciosidade ("bias") e o da estimativa dos parâmetros (PEREIRA, 1954, p. 55).

Em experimentos sociais há diversos tipos de amostragem, devendo-se escolher a mais indicada com base em fatores como o tipo de população a ser pesquisada, sua extensão, o grau de homogeneidade entre os seus elementos ou grupos, etc. A amostragem probabilística é feita com base em procedimentos estatísticos, segundo os quais qualquer elemento da população-alvo tem a mesma possibilidade de compor a amostra. Baseia-se na escolha aleatória, sendo que não há interferência do pesquisador na seleção dos elementos. Permite ainda o tratamento estatístico dos dados obtidos, possibilitando o controle de erro amostral e de outros aspectos relevantes para o estudo. O número de elementos da amostra (n) é dado por cálculo estatístico, de modo a garantir sua representatividade e significância, a fim de se obter uma quantidade de elementos próxima de uma determinada margem de acerto e longe da margem de erro definida (VERGARA, 2005, MATTAR, 2014, MARCONI; LAKATOS, 2017, PRODANOV; FREITAS, 2013). Nesse sentido, esclarece Silva (2019):

Assim, por exemplo, se o tamanho da amostra for fixado, um aumento da precisão implica necessariamente na redução da confiança e reciprocamente. A única maneira de melhorar a precisão mantendo a mesma confiança é aumentar o tamanho

da amostra. Analogamente, se estivermos dispostos a aceitar uma redução da confiança, a mesma precisão poderá ser obtida com uma amostra de tamanho menor. Finalmente, é importante observar que a confiança e a precisão estão relacionadas com n e, assim, para manter a confiança e reduzir o intervalo, nós vamos precisar de uma amostra maior (SILVA, 2019, p. 9).

Em complemento, Pereira (1954) destaca que:

Não é demais repetir que os resultados colhidos, embora em amostras representativas, não são os parâmetros dos universos de onde foram extraídas essas amostras. Tais resultados são definidos para as amostras examinadas, constituindo, apenas, estimativas do valor verdadeiro que seria obtido caso fôsse possível estudar o universo do qual foram as amostras extraídas. Todavia, é possível indicar, em termos de probabilidades, os limites de flutuação das constantes estatísticas em torno dos parâmetros correspondentes do universo. A média, o desvio-padrão e o coeficiente de correlação de duas ou mais variáveis integrantes de uma amostra randômicamente selecionada apresentam determinadas variações (erros de amostragem) ao redor do verdadeiro valor, que serão tanto menores quanto maior fôr o número de observações e menor a dispersão (PEREIRA, 1954, p. 58).

A amostragem aleatória simples, também denominada casual, randômica ou acidental, é o processo mais básico de seleção de amostras utilizado em estudos científicos, tendo todos os demais se derivado dele. Consiste em numerar os elementos da população para depois selecionar alguns de maneira casual, através de algum tipo de sorteio no qual cada um deles tenha oportunidades iguais de fazer parte da amostra. Para se garantir o acaso na escolha, pode-se fazer uso de tábuas de números aleatórios ou de softwares estatísticos. Esse tipo de amostragem é bastante indicado quando se trabalha com populações reduzidas, quando os elementos já se encontram organizados em listas, ou em casos onde a dispersão geográfica não constitua um problema (FERREIRA, 2001, SILVA; MENEZES, 2005, GIL, 2008, PRODANOV; FREITAS, 2013).

Foi selecionada uma amostra aleatória simples, sem reposição, de 254 processos da Vara do Trabalho de Teófilo Otoni,

ajuizados no ano de 2012, com coeficiente de confiança de 95,5% e margem de erro máxima de 5,96%, para apuração dos valores devidos a título de contribuições previdenciárias (atualizados até 28/02/2018) a serem executados na Justiça Federal (INSSJF), em confronto com valores cuja execução caberia à Justiça do Trabalho (INSSJT). Na prática, essas porcentagens indicam que, caso fossem extraídas diversas amostras de igual tamanho ($n=254$), utilizando-se os mesmos procedimentos já citados e calculando-se as respectivas estimativas (média, mediana, variância, desvio padrão, etc), os valores obtidos teriam uma diferença limite, para mais ou para menos, de 5,96% para os verdadeiros valores observados (parâmetros) considerando-se toda a população, sendo que a probabilidade do valor extraído da amostra diferir do verdadeiro valor observado na população não chegaria a 5 em 100 tentativas.

Optou-se por utilizar processos do ano de 2012, pois se trata do último ano em que se trabalhou exclusivamente com autos físicos naquela VT, estando grande parte do acervo ainda disponível para consulta nos arquivos da repartição, na maior parte dos processos já tendo inclusive se encerrado o procedimento executório, o que é de suma importância para a pesquisa. Além disso, naquele ano ocorreu o recorde histórico da unidade no que diz respeito à quantidade de processos ajuizados (2410). Para o sorteio da amostra utilizou-se o recurso Ferramentas de Análise do Microsoft Excel, mais precisamente a função “ALEATÓRIO”. A pesquisa prática consistiu em consulta processual, feita através do site do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (www.trt3.jus.br), bem como ao arquivo físico da Vara do Trabalho de Teófilo Otoni/MG, para acesso aos documentos originais, em especial minutas de sentenças e atas de acordos; com posterior utilização da planilha de cálculos previdenciários na Justiça do Trabalho, desenvolvida pelo procurador federal do INSS no Espírito Santo, Jacques Anatole Xavier Ramos. Efetuou-se então a análise e tabulação dos dados, elaborando-se o

relatório estatístico.

Importante ressaltar que a partir de março do ano de 2020, em consequência dos protocolos adotados em função da pandemia de covid-19, o acesso ao arquivo físico ficou bastante restrito, uma vez que todos os servidores passaram a laborar em teletrabalho e a nova gestora, responsável pela direção da unidade durante todo o ano de 2021, colocou muitas ressalvas à entrada e permanência de servidores no prédio da repartição. Diante dessa dificuldade, a partir de então acabou se optando por construir a base de dados exclusivamente com informações extraídas da consulta pública de processos disponível via internet.

Por ocasião da qualificação da dissertação de mestrado que deu origem ao presente estudo, realizada no dia 03/11/2021, foi recomendado que se fizessem os testes de normalidade, com o objetivo de subsidiar a escolha das ferramentas estatísticas a serem aplicadas, com o objetivo de reforçar a validade e confiabilidade do estudo. Embora o teorema do limite central garanta para amostras grandes como a selecionada no presente trabalho a validade dos resultados mesmo não se confirmando a normalidade na distribuição dos dados, a recomendação foi acatada, tendo-se realizado tanto a análise gráfica quanto o teste de Kolmogorov-Smirnov, aplicado com nível de significância de 5%.

As tabelas a seguir demonstram os procedimentos adotados para o dimensionamento da amostra, bem como os números dos processos do ano de 2012 selecionados para comporem o estudo:

*DETERMINAÇÃO DA AMOSTRA PARA ESTIMAÇÃO DE PARÂMETROS PRO-
PULACIONAIS DE UMA VARIÁVEL ALEATÓRIA QUALITATIVA*

Tamanho da População	$N =$	2.410
Nível de Confiança Desejado	$100\% - \alpha =$	95,50%
Risco de Erro	$\alpha/2 (\%) =$	2,25%
Abcissa da Curva Normal	$z_0 =$	2,0047

Frequência Populacional Estimada Previamente	$P (\%) =$	50,00%
Máxima Margem de Erro Desejada	$e0 (\%) =$	5,96%
Máxima Variância da Frequência Amostral	$V (\%) =$	8,84%
Máximo Desvio Padrão da Frequência Amostral	$s (\%) =$	2,97%
Tamanho da Amostra para População Infinita	$n0 =$	283
Fração Amostral da População Infinita	$f0 (\%) =$	11,74%
<i>Tamanho da Amostra para População Finita</i>	$n =$	254
Fração Amostral da População Finita	$f (\%) =$	10,54%

Fonte: COCHRAN, 1965.

AMOSTA SORTEADA ATRAVÉS DA FERRAMENTA ALEATÓRIO DO MICRO-SOFT EXCEL

716	24	1730	803	1590	1190	148	273	714	1036	1365
940	2270	1509	988	1442	1655	155	930	1109	973	1114
1678	1879	1380	572	2086	1016	863	45	613	341	669
2183	144	2271	1724	1394	297	277	312	1712	152	1657
799	213	2333	944	188	688	898	544	309	69	1006
183	371	1679	1345	1500	1284	453	1910	294	78	411
1754	2247	2322	963	1179	1160	2321	1439	198	1310	1957
1847	2130	1683	1386	2	944	1243	2279	1977	644	461
1700	664	1932	670	2207	870	2328	1203	226	27	1961
2096	1281	976	314	145	1336	838	1498	1369	447	605
2129	867	151	1480	1652	2377	1193	1540	1299	1660	1639
2053	1295	2096	1953	2280	1042	2218	1801	2398	1165	1912
338	2136	20	834	498	1559	2134	657	2001	1626	1070
1837	720	109	57	1033	1848	1632	1187	1584	2298	2024
1256	1949	1339	1102	2213	1204	867	2253	2297	1768	487
1076	1073	1995	185	1790	409	1602	2330	280	545	1967
1544	1575	1139	1825	1182	1207	2131	2164	458	380	1928
234	1034	214	351	1132	1255	363	1930	2334	2097	689

1699	1939	183	1529	2019	1366	867	2380	1489	1973	518
13	569	1800	944	136	1771	496	2025	196	2031	492
1277	1236	1269	1392	14	1165	1107	821	486	1570	2040
1390	1904	11	1049	2309	2321	503	1593	1082	1103	10
1582	2070	1838	426	595	604	1257	1840	688	1994	2098
2361										

Fonte: elaborada pelo autor.

O levantamento envolveu o cálculo de medidas estatísticas de posição, dispersão e assimetria, a elaboração de distribuições de frequências, o cálculo de probabilidades e a análise de correlação envolvendo tanto o procedimento gráfico quanto o cálculo de coeficientes (COSTA, 1998, BARBETTA, 2006). Além disso, realizaram-se testes de hipóteses para comparar as médias das contribuições a serem executadas na JF com aquelas cuja execução se daria na JT, bem como foram elaborados gráficos a partir dos relatórios “Justiça em Números” (CNJ) dos anos de 2003 a 2021. Os gráficos, tabelas e medidas foram gerados utilizando-se a linguagem de programação R e o software correspondente, além do software estatístico PSPP. Foi então efetuada a análise qualitativa dos dados, com o objetivo de ilustrar as conclusões expostas a seguir.

ESTATÍSTICAS DESCRITIVAS

As chamadas medidas-resumo são a maneira mais simples e rápida de se representar uma grande quantidade de elementos com base na observação de uma amostra. Segundo Morrettin e Bussab (2017):

Muitas vezes, queremos resumir ainda mais estes dados, apresentando um ou alguns valores que sejam representativos da série toda. Quando usamos um só valor, obtemos uma redução drástica dos dados. Usualmente, emprega-se uma das seguintes medidas de posição (ou localização) central: média, mediana ou moda. A moda é definida como a realização mais freqüente do conjunto de valores observados. (...) A mediana é a realização que ocupa a posição central da série de observações,

quando estão ordenadas em ordem crescente. (...) Finalmente, a média aritmética, conceito familiar ao leitor, é a soma das observações dividida pelo número delas (MORETTIN; BUS-SAB, 2017, p. 52).

Além das medidas de posição (média, moda, mediana, etc), para que se possa compreender o grau de homogeneidade da população com relação a determinada característica faz-se necessário, de forma complementar, que se calculem as chamadas medidas de dispersão pois, segundo os autores citados:

O resumo de um conjunto de dados por uma única medida representativa de posição central esconde toda a informação sobre a variabilidade do conjunto de observações. (...) Notamos, então, a conveniência de serem criadas medidas que sumariam a variabilidade de um conjunto de observações e que nos permita, por exemplo, comparar conjuntos diferentes de valores, como os dados acima, segundo algum critério estabelecido. Um critério freqüentemente usado para tal fim é aquele que mede a dispersão dos dados em torno de sua média, e duas medidas são as mais usadas: desvio médio e variância. O princípio básico é analisar os desvios das observações em relação à média dessas observações (MORETTIN; BUSSAB, 2017, p. 54-55).

Ainda, para uma análise mais completa do conjunto de dados, recomenda-se o uso de medidas baseadas em postos ou posições, principalmente por se revelarem pouco afetadas por valores extremos, além de permitirem que se tirem conclusões desvinculadas de suposições quanto à forma assumida pela distribuição dos dados. Nesse sentido:

Tanto a média como o desvio padrão podem não ser medidas adequadas para representar um conjunto de dados, pois: (a) são afetados, de forma exagerada, por valores extremos; (b) apenas com estes dois valores não temos idéia da simetria ou assimetria da distribuição dos dados. Para contornar esses fatos, outras medidas têm de ser consideradas. Vimos que a mediana é um valor que deixa metade dos dados abaixo dela e metade acima (...). De modo geral, podemos definir uma medida, chamada quantil de ordem p ou p -quantil, indicada por $q(p)$, onde p é uma proporção qualquer, $0 < p < 1$, tal que $100p\%$ das observações sejam menores do que $q(p)$ (MORETTIN;

BUSSAB, 2017, p. 58).

Por fim, o uso das medidas de assimetria serve para que se tenha uma noção de como os valores da população se distribuem fisicamente em relação à média, fornecendo uma primeira ideia de como seria a forma gráfica dessa distribuição e permitindo que se tirem novas conclusões que, associadas às medidas de posição e de dispersão, contribuam para caracterizar de maneira ainda mais completa o conjunto de dados sob estudo. Tecnicamente, nas palavras de Zanão Júnior *et al* (2007):

O coeficiente de assimetria é usado para indicar quanto e como a distribuição de frequências se afasta da simetria. Valores de assimetria iguais a zero indicam que a distribuição é simétrica; se for positivo, a distribuição é assimétrica à direita e se for negativo, é assimétrica à esquerda (Zanão Júnior *et al*, 2007, p. 5).

MEDIDAS DE POSIÇÃO, DISPERSÃO E ASSIMETRIA

VARIÁVEL	MÍNIMO	1º QUARTIL	MEDIANA	3º QUARTIL	MÁXIMO	MÉDIA	ATÉ MÉDIA	> MÉDIA	VARIÂNCIA	D.PADRÃO	D.MÉDIO	INTERQUARTIS	ASSIMETRIA
Valor da Causa (R\$)	45,2	806,9	3222,0	17552,8	350389,7	16273,2	74,02%	25,98%	1564140658	39471,29	19378,6	16868,47	0,9880487
INSS Justiça Federal (R\$)	0,00	0,00	0,00	0,00	71098,33	1925	84,25%	15,75%	54839376	7390,77	3136,10	0,00	0,7781306
INSS Justiça do Trabalho (R\$)	0,00	0,00	0,00	193,8	57899,8	995,7	87,00%	13,00%	23789739	4867,86	1592,92	200,95	0,6111976
Verbas Salariais (%)	0,00000	0,00000	0,00000	0,00000	100,000	0,07756	81,89%	18,11%	0,04081648	0,2016328	0,1267112	0,00	1,149467
Tempo de Tramitação (anos)	0,00	0,000	1,000	3,000	9,000	2,079	74,02%	25,98%	6,088288	2,462584	1,809474	3,00	1,308983

Fonte: elaborada pelo autor.

Com base na amostra selecionada, o valor médio dos pedidos nos processos trabalhistas distribuídos na unidade de Teófilo Otoni no ano de 2012 soma R\$16.273,20. Esse valor pode não representar tão bem o conjunto estudado, uma vez que o valor máximo encontrado, referente ao processo nº 314/2012, é muito superior à média, à mediana e à grande maioria dos valores pedidos nos demais processos e, por isso, interfere no cálculo da média. Isso é facilmente verificável ao se observar que 50% dos processos têm valor de causa inferior a R\$3.222,00 e que apenas 25,98% dos processos têm o pedido inicial superior à

média. Como havia se identificado durante o levantamento preliminar que as cartas precatórias haviam interferido no cálculo do valor médio da causa, provocando sua redução, optou-se por substituir o valor 0 (zero), atribuído anteriormente a todas aquelas CPs cujo valor da causa não foi possível identificar, pelo valor do salário mínimo vigente no ano de 2012 (R\$622,00). A análise conjunta das medidas indica distribuição assimétrica de dados com cauda à direita, o que é comprovado pelas medidas de dispersão (com desvios inclusive superiores à média e mais próximos ao terceiro quartil) e pelas medidas de assimetria.

Embora o valor médio das contribuições cuja execução se daria teoricamente na Justiça Federal, calculadas sobre os vínculos reconhecidos, seja R\$ 1925,00, em pelo menos 75% dos processos não havia contribuições a serem recolhidas sobre o contrato de trabalho e, somente em 15,75% dos processos o valor devido foi superior à média, indicando mais uma vez a assimetria do conjunto de dados, confirmada pelo respectivo coeficiente e pelas medidas de dispersão. Já a média dos valores devidos a título de contribuições previdenciárias cuja execução se deu na Justiça do Trabalho é igual a R\$ 995,70, correspondendo a 51,72% da média do valor devido a título de contribuições sobre os vínculos reconhecidos em juízo. Este valor é altamente significativo para o estudo, uma vez que teoricamente o valor a ser executado na Justiça Federal seria muito superior ao recolhido na Justiça do Trabalho. Tal constatação fica ainda mais reforçada quando, da leitura das medidas de posição, se conclui que em pelo menos 50% dos processos distribuídos no ano de 2012 não se arrecadou qualquer valor a título de contribuições sociais e em pelo menos 75% deles se arrecadou menos de R\$193,80. O quadro se agrava ao se constatar, segundo o CNJ (2021), que ao se transferir para a JF a execução de contribuições previdenciárias oriundas da JT amplia-se em média em 9 anos o tempo de recebimento.

Outro dado preocupante revelado pela pesquisa é o fato

de que em pelo menos $\frac{3}{4}$ (três quartos) dos processos pesquisados o percentual de verbas salariais deferidas corresponde a 0%, o que implica na não incidência de contribuições previdenciárias. Além disso, a média do percentual de verbas salariais discriminadas nas minutas de acordo é de 7,76% e em apenas 18,11% dos processos esse percentual é superado. Isso provavelmente se deve ao fato de os acordos celebrados na fase de conhecimento do processo, contrariamente ao que ocorre com aqueles celebrados após sentença ou homologação de cálculos, não serem obrigados a guardar proporcionalidade de verbas salariais e indenizatórias com as verbas anteriormente deferidas ou com os valores já homologados, ocorrendo muitas vezes das partes se conciliarem somente com relação às verbas indenizatórias constantes do pedido inicial.

O tempo médio até o arquivamento dos processos distribuídos no ano de 2012 (2,079 anos) mostrou-se inferior, inclusive, ao valor apurado nos relatórios “Justiça em Números” do CNJ (2015 a 2020) que, para o primeiro ano apurado da série, apresentava tempo médio de arquivamento para as execuções igual a 3,92 anos. Um indicativo de que a unidade de Teófilo Otoni se encontrava à época em posição destacada com relação a essa estatística. Em apenas 25,98% dos processos analisados, cerca de $\frac{1}{4}$ (um quarto) da amostra, foi observado tempo de arquivamento superior à média. Importante informar que, como critério para contagem de anos dos processos que ainda não haviam sido arquivados até o momento da consulta aos autos, adotou-se o ano de 2021 como termo final, isso para que fosse possível utilizar todos os elementos da amostra no cálculo das medidas de posição, dispersão e assimetria.

DISTRIBUIÇÃO DE FREQUÊNCIAS PARA VARIÁVEIS BINÁRIAS OU DICOTÔMICAS

Sobre as variáveis binárias ou dicotômicas, destacam

Morettin e Bussab (2017):

Para cada tipo de variável existem técnicas apropriadas para resumir as informações, donde a vantagem de usar uma tipologia de identificação (...) Em algumas situações podem-se atribuir valores numéricos às várias qualidades ou atributos (ou, ainda, classes) de uma variável qualitativa e depois proceder-se à análise como se esta fosse quantitativa, desde que o procedimento seja passível de interpretação. Existe um tipo de variável qualitativa para a qual essa quantificação é muito útil: a chamada variável dicotômica. Para essa variável só podem ocorrer duas realizações, usualmente chamadas sucesso e fracasso (MORETTIN; BUSSAB, 2017, p. 10).

A transformação dos atributos observados para essas variáveis qualitativas em valores numéricos possibilita a leitura dos dados por softwares estatísticos como o R e o PSPP, permitindo que se organizem tabelas de frequências que irão subsidiar análises mais profundas e detalhadas a respeito da base de dados em estudo. Segundo Freund (2006):

Quando lidamos com grandes conjuntos de dados, e às vezes até lidando com conjuntos nem tão grandes, pode ser bem problemático obter uma boa visualização da informação transmitida. (...) em geral é necessário que reordenemos e/ou agrupemos, de alguma forma especial, os dados crus, ou seja, os dados ainda não tratados. Tradicionalmente, isso envolve uma distribuição de frequência ou alguma de suas representações gráficas, em que agrupamos ou classificamos os dados num certo número de categorias ou classes. (...) As distribuições de frequência apresentam os dados de uma forma relativamente compacta, dão uma boa visualização global e contêm informações adequadas para muitos propósitos mas (...) existe alguma perda de informação. Algumas coisas que podem ser determinadas a partir dos dados originais não podem ser determinadas a partir de uma distribuição. (...) Mesmo assim, as distribuições de frequência apresentam a informação de uma forma mais conveniente, e o preço que pagamos por isso, a perda de certa informação, em geral compensa (FREUND, 2006, p. 33-34).

TABELA DE FREQUÊNCIAS PARA VARIÁVEIS BINÁRIAS OU DICO-TÔMICAS

VARIÁVEL	FREQ.ABS.	FREQ.REL.	FREQ.PER.
Processo da VT	218	0.86	85.83
Carta Precatória	36	0.14	14.17
Vínculo Não Reconhecido	200	0.79	78.74
Vínculo Reconhecido	54	0.21	21.26
INSS Vínculo Não Recolhido	251	0.99	98.82
INSS Vínculo Recolhido	3	0.01	1.18
Partes Não Conciliaram	144	0.57	56.69
Partes Conciliaram	110	0.43	43.31
Somente Verbas Indenizatórias	208	0.82	81.89
Há Verbas Salariais	46	0.18	18.11
INSS Acordo Não Recolhido	216	0.85	85.04
INSS Acordo Recolhido	38	0.15	14.96
PGF Manifestação Opcional	248	0.98	97.64
PGF Manifestação Obrigatória	6	0.02	2.36
Processos Ativos	15	0.06	5.91
Processos Arquivados	239	0.94	94.09
TOTAL:	254	1.00	100

Fonte: elaborada pelo autor.

Passando à análise dos dados, constatou-se que 14,17% dos processos da amostra correspondem a cartas precatórias recebidas de outras unidades judiciárias. Nesses processos geralmente não há recolhimento de contribuições previdenciárias e, como na sua grande maioria são devolvidos após poucos meses da distribuição, é comum serem arquivados no mesmo ano em que foram recebidos. Esse dado é importante porque tem influência tanto no cálculo da média de contribuições sociais devidas/recolhidas, quanto no tempo médio de arquivamento.

Em 21,26% (aproximadamente 1/5) dos processos houve reconhecimento de vínculo na sentença ou no acordo, indicando ser esse o montante aproximado de processos em que parte da execução é transferida para a Justiça Federal, acarretando perda de arrecadação para a Justiça do Trabalho e atraso na cobrança dos recursos. Além disso, em toda a amostra apenas em 3 processos (cerca de 1%) as contribuições previdenciárias referentes ao vínculo trabalhista reconhecido foram recolhidas na Justiça do Trabalho, demonstrando realmente o caráter esporádico ou incidental de tais recolhimentos naquela justiça especializada. Ainda assim, em um desses processos (24/2012) o valor recolhido foi bastante elevado (R\$ 14.151,32), muito superior à

média dos valores devidos por processo a título de contribuições previdenciárias para aquele ano e certamente contribuiu significativamente para a arrecadação da unidade.

Em 43,31% dos processos pesquisados houve a celebração de acordo, confirmando o caráter conciliatório da Justiça do Trabalho, expresso inclusive como princípio orientador da sua atuação. Porém, apenas em 18,11% dos processos pesquisados identificou-se a existência de verbas salariais discriminadas na conciliação, verbas essas sobre as quais incidem Imposto de Renda e/ou contribuições previdenciárias, o que chama a atenção para a baixa base arrecadatória que representam. Além disso, somente em 14,96% dos processos pesquisados se efetivou o recolhimento de contribuições previdenciárias incidentes sobre os acordos, reduzindo ainda mais a participação desses processos na arrecadação de contribuições sociais no âmbito da JT. É importante lembrar que os dados desta variável devem ser analisados em conjunto com as demais devendo-se, por exemplo, retirar do cômputo total os processos em que há vínculo empregatício reconhecido, uma vez que a execução das contribuições sociais neles devidas é transferida para a Justiça Federal, além dos que possuem acordos celebrados com 100% das verbas possuindo caráter indenizatório, somados ainda àqueles em que os devedores se quedaram inadimplentes.

Uma vez que a Portaria 582/13-MF estabelece obrigatoriedade de acompanhamento da execução pelo órgão jurídico da União apenas para os processos cujo valor das contribuições previdenciárias devidas seja superior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), na maioria quase absoluta dos casos (97,64% para a amostra analisada) os processos acabam não sendo encaminhados à PGF e os cálculos do montante devido e o recolhimento das contribuições sociais ocorrem sem a fiscalização e a manifestação do órgão responsável. Especificamente para os processos distribuídos no ano de 2012, quando o limite para manifestação ainda era

de R\$10.000,00, com base na amostra pesquisada, teoricamente⁵ o acompanhamento pelo órgão fiscalizador teria ocorrido em apenas 2,36% dos casos.

Com relação ao arquivamento, até o momento da coleta dos dados para elaboração do relatório estatístico 94,09% dos processos da amostra já se encontravam arquivados, uma porcentagem considerada alta levando-se em consideração a demanda elevada por ajuizamento de feitos naquela unidade e o volume de recursos cabíveis nas mais diversas fases do processo.

ANÁLISE DE CORRELAÇÃO

Para a análise gráfica dos pontos gerados pelos pares de observações, selecionaram-se as variáveis valor da causa (VLCAUSA), contribuições previdenciárias a serem executadas na Justiça Federal (INSSJF), contribuições previdenciárias cobradas na Justiça do Trabalho (INSSJT), percentual de verbas salariais discriminadas nas conciliações (PERCENT), e tempo de tramitação do processo até o arquivamento (DURAÇÃO). Não tendo se identificado padrões significativos nos gráficos gerados, efetuou-se então o cálculo do coeficiente de correlação de Spearman. A seguir, a partir dos valores encontrados para o coeficiente, realizou-se a análise de correlação que, nas palavras de Pereira (1954), tem o seguinte significado:

Correlação é a tendência à variação concomitante, em grandeza e sinal, dos afastamentos de duas séries de dados em relação às respectivas médias. A correlação pode ser direta ou positiva,

⁵ Utilizou-se a expressão teoricamente uma vez que é do conhecimento do autor do estudo que no período de junho de 2009 a dezembro de 2012 existia uma orientação, de iniciativa do procurador federal Leonardo Ricardo Araújo Alves (responsável pelo Escritório de Representação da Procuradoria do INSS na cidade), para que fossem encaminhadas àquela unidade todos os processos trabalhistas em que houvesse determinação do recolhimento de contribuições previdenciárias, independentemente dos valores. Esse fato, inclusive, despertou o interesse de num futuro estudo comparar o recolhimento previdenciário da unidade naquele período com os montantes recolhidos em épocas em que não vigorava no ER tal recomendação.

inversa ou negativa, ou ainda, nula. Diz-se que existe correlação direta entre dois fenômenos, quando, aumentando ou diminuindo um deles, o outro tem um acréscimo ou uma redução determinada; ao contrário, quando, pelo aumento ou diminuição de um dos fenômenos, temos a redução ou aumento do outro, dizemos que há entre eles correlação inversa ou negativa. A correlação nula indica ausência absoluta de correlação ou dependência entre os dois fenômenos (PEREIRA, 1954, p. 65).

Ou, nas palavras de Restrepo e Gonzalez (2007):

Coeficiente de correlación - Un coeficiente de correlación, mide el grado de relación o asociación existente generalmente entre dos variables aleatorias. No es conveniente identificar correlación con dependencia causal, ya que, si hay una semejanza formal entre ambos conceptos, no puede deducirse de esto que sean análogos (...); en efecto es posible que haya una alta correlación entre dos acontecimientos y que sin embargo, no exista entre ellos relación de causa o efecto; por ejemplo cuando dos acontecimientos tienen alguna causa común, pueden resultar altamente asociados y no son el uno causa del otro⁶ (RESTREPO; GONZALEZ, 2007, p. 185).

Para fins de classificação, numericamente falando, utilizam-se as seguintes convenções:

Cohen (1998) apresenta a seguinte classificação no que diz respeito à magnitude do coeficiente: $0,10 < r < 0,29$ = pequeno; $0,30 < r < 0,49$ = médio e $r > 0,50$ = grande. Para Dancey e Reidy (2006) valores até 0,30 devem ser considerados fracos, entre 0,40 e 0,60 moderados e acima de 0,70 fortes (PARANHOS *et al*, 2014, p. 69).

Com base nesta última apresentam-se, a seguir, os achados mais significativos obtidos com relação à amostra pesquisada.

⁶ Coeficiente de Correlação – Um coeficiente de correlação mede o grau de relação ou associação existente geralmente entre duas variáveis aleatórias. Não é conveniente identificar correlação com dependência causal já que, se existe uma semelhança formal entre ambos os conceitos, não se pode deduzir daí que sejam análogos (...); realmente é possível que haja uma alta correlação entre dois acontecimentos e contudo, não exista entre eles relação de causa e efeito; por exemplo, quando os acontecimentos têm alguma causa comum, podem resultar altamente associados e não são um causa do outro (tradução livre).

TABELA DE COEFICIENTES DE CORRELAÇÃO DE SPEARMAN

<i>rs</i>	<i>VLCAUSA</i>	<i>INSSJF</i>	<i>INSSJT</i>	<i>PERCENT</i>	<i>DURAÇÃO</i>
<i>VLCAUSA</i>	1	0.234	0.340	0.127	0.523*
<i>INSSJF</i>	0.234	1	0.202	0.202	0.238
<i>INSSJT</i>	0.340	0.202	1	0.642*	0.359
<i>PERCENT</i>	0.127	0.202	0.642*	1	0.122
<i>DURAÇÃO</i>	0.523*	0.238	0.359	0.122	1

*correlação significativa ao nível de confiança de 1%

Fonte: elaborada pelo autor.

Poucos pares de variáveis apresentaram correlações significativas, seja positivas ou negativas, uma vez que a maioria dos pares de variáveis testados apresentou valor de coeficiente de correlação inferior a 0.40, patamar esse que deve ser superado para que a correlação seja considerada ao menos de intensidade moderada. Isso só ocorreu para os pares INSSJT/PERCENT (0.642) e VLCAUSA/DURAÇÃO (0.523). Ainda, uma vez que para a correlação ser considerada forte o valor do coeficiente deve ser superior a 0.70, nenhum dos pares de variáveis analisados se classificou nessa categoria.

Assim, verificou-se que percentuais altos de verbas salariais estão associados a valores altos de contribuições previdenciárias a serem executadas na Justiça do Trabalho, o que acaba sendo uma dedução natural. Por outro lado, valores da causa elevados também estão associados a um tempo maior entre a distribuição e o arquivamento do processo, o que leva a crer que valores de causa maiores também tragam maiores dificuldades para a execução das contribuições sociais.

Isso talvez explique o porquê das partes e dos magistrados, quando da celebração de acordos e muitas vezes visando incentivar a conciliação e o encerramento da demanda num prazo mais curto, optarem pela isenção de custas e pela discriminação das verbas acordadas como sendo de natureza integralmente indenizatória, sobre as quais não incidem encargos

sociais.

COMPARAÇÃO DE MÉDIAS

Segundo Komatsu (2017):

A grande aplicabilidade da inferência estatística é obter uma informação acurada de uma característica de uma população sem que se precise coletar informações de todos os seus indivíduos. Assim, utiliza-se um subconjunto de dados observados (amostra) para inferir características do conjunto maior (população). Dado um conjunto de observações independentes (amostra aleatória) de uma população cuja distribuição pertença a alguma família de distribuições, como a Normal ou a de Poisson, a inferência estatística paramétrica pode ser utilizada para testar hipóteses sobre, ou estimar, parâmetros desconhecidos, como a média e o intervalo de confiança. (...) Muitos delineamentos de pesquisa em psicologia, educação e ciências sociais implicam comparar dois grupos em relação a alguma característica mensurada. Neste cenário, uma das dúvidas que muitos pesquisadores se deparam no momento de testar suas hipóteses é qual teste escolher, considerando a desejabilidade de se obter maior poder em detectar diferenças e diminuir os riscos de falsos positivos. Para comparar duas amostras independentes, os pesquisadores têm recorrido principalmente a duas ferramentas estatísticas: o teste *t* de student e o teste de Mann-Whitney (ou Mann-Whitney Wilcoxon) (KOMATSU, 2017, p. 122).

TESTE *t* DE STUDENT

Determinada a variável a ser testada, valor médio da contribuição previdenciária executado na Justiça do Trabalho de Teófilo Otoni, definiram-se os parâmetros do teste, com nível de confiança (alfa) igual a 0,05 e tamanho da amostra igual a 254. Em seguida, comparou-se a estatística *t*-calculada para a variável testada, com limites inferior $t_{ci} = -1,969385$, e limite superior $t_{cu} = 1,969385$, com o valor observado da estatística-*t* para a variável a ser comparada (valor médio da contribuição

previdenciária a ser executado na Justiça Federal), igual a 1,995205.

Sendo H_0 a hipótese nula, que afirma haver igualdade entre os valores médios das duas variáveis, caso t pertença a (tci, tcu)), não se rejeita H_0 . Caso contrário, rejeita-se H_0 . Como resultado do teste de hipóteses aplicado, *rejeitou-se H_0* , do que se conclui existir uma diferença real e a maior, estatisticamente demonstrada, entre o valor das contribuições previdenciárias resultantes de decisões declaratórias proferidas na Justiça do Trabalho, que devem ser executadas na Justiça Federal, e o valor daquelas resultantes de decisões condenatórias, cuja execução é de competência do próprio judiciário trabalhista.

TESTE DE MANN-WHITNEY WILCOXON

Ranks

		N	Mean Rank	Sum of Ranks
INSSJT – INSSJF	Negative Ranks	50 ^a	65,96	3298,00
	Positive Ranks	53 ^b	38,83	2058,00
	Ties	151 ^c		
	Total	254		

a. INSSJT < INSSJF

b. INSSJT > INSSJF

c. INSSJT = INSSJF

Fonte: elaborada pelo autor.

Test Statistics^b

	INSSJT – INSSJF
Z	-2,040 ^a
Asymp. Sig. (2-tailed)	,041

a. Based on positive ranks.

b. Wilcoxon Signed Ranks Test

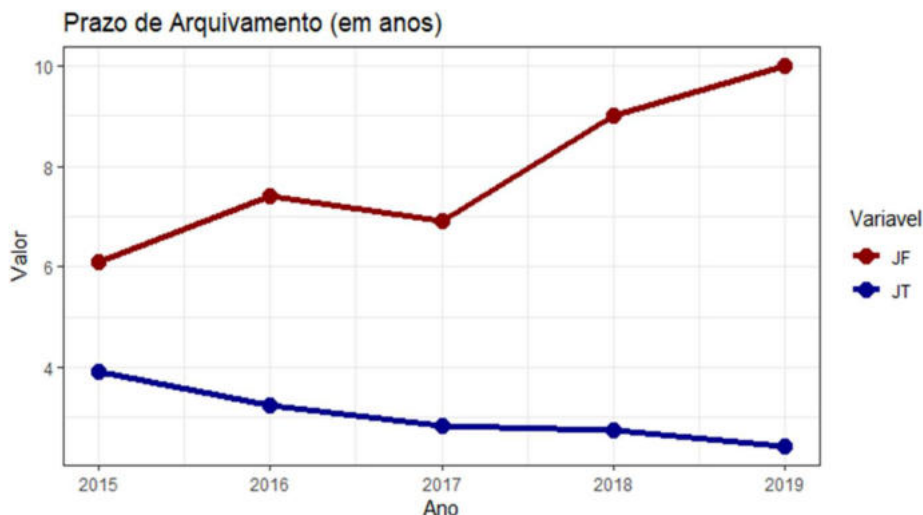
Fonte: elaborada pelo autor.

Os testes de hipóteses t de student e Mann-Whitney Wilcoxon foram realizados ao nível de significância de 5%. A diferença acentuada entre uma média pontual e a outra (R\$1925,00

e R\$995,70) já havia indicado uma discrepância elevada entre os valores hoje cobrados na Justiça do Trabalho e aqueles possivelmente transferidos para a competência da Justiça Federal. Os dois testes de hipóteses realizados corroboraram essa conclusão ao demonstrarem que os valores a serem executados na Justiça Federal não pertencem, em termos estatísticos, ao intervalo de confiança construído para os valores a serem executados na Justiça do Trabalho. O fato de envolverem metodologias diferentes, sendo o primeiro um teste paramétrico que analisa a média da distribuição, e o segundo um teste não-paramétrico que analisa a mediana, empresta maior validade ao estudo, uma vez que ambos retornaram o mesmo resultado. Dessa forma, o p-valor inferior a 0,05 indicou que *a hipótese nula (H_0)*, que afirma a igualdade entre as duas médias (INSSJF e INSSJT), *deve ser rejeitada*.

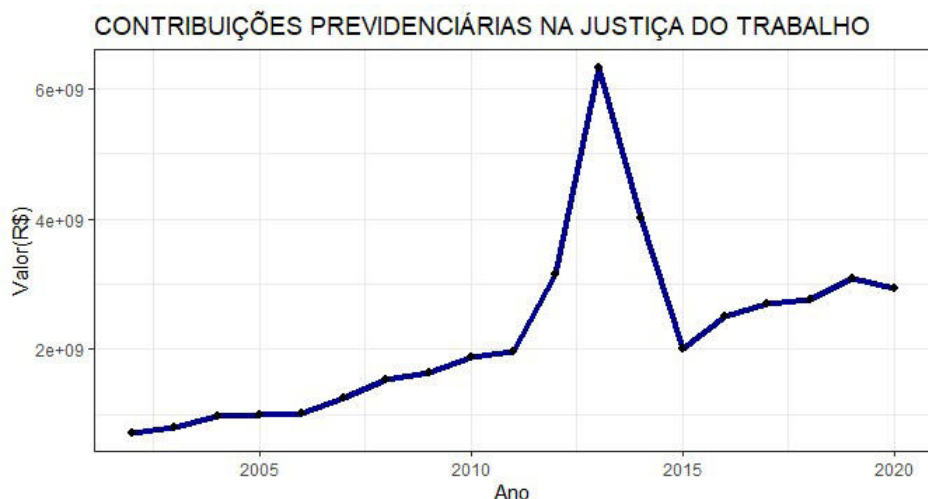
ANÁLISE GRÁFICA

Com base em valores obtidos dos relatórios anuais “Justiça em Números”, publicados pelo CNJ desde o ano de 2003, foram elaborados gráficos de linhas para se tentar compreender melhor o comportamento da execução previdenciária tanto na Justiça do Trabalho quanto na Justiça Federal. O primeiro deles compara o prazo médio da execução na JT com o prazo médio da execução fiscal na JF.



Fonte: elaborado pelo autor.

No gráfico percebe-se claramente a tendência ascendente da curva construída para a execução fiscal na JF (na cor vermelha), em contraste com a curva de execução da JT (na cor azul), que possui tendência historicamente descendente. Além disso a diferença, que no início da série representava cerca de 2 anos, se ampliou consideravelmente atingindo, no ano de 2020, seu maior patamar: cerca de 9 anos.



Fonte: elaborado pelo autor.

O gráfico acima mostra os valores anuais, em bilhões de reais, referentes à arrecadação de contribuições previdenciárias na Justiça do Trabalho. Com exceção do período de 2012 a 2014, quando houve primeiro um crescimento atípico da curva, atingindo-se o valor máximo da série (cerca de 6,3 bilhões de reais), tendo logo após ocorrido uma queda de igual proporção⁷, percebe-se um comportamento regular e crescente da curva de arrecadação, que somente voltou a ser interrompido no ano de 2020, certamente por conta dos efeitos econômicos da pandemia de covid-19. Chama a atenção também o fato de não ter ocorrido queda na arrecadação entre os anos de 2017 e 2018, uma vez que houve uma redução significativa na distribuição de processos na Justiça do Trabalho a partir do início da vigência da reforma trabalhista (final de 2017).

RESULTADOS E DISCUSSÃO

⁷ Esse movimento atípico, que na série identifica três dados bastante superiores ao conjunto (*outliers*), indicou a necessidade de maiores investigações a serem realizadas num estudo futuro.

Com base em amostra de processos referentes ao ano de 2012, extraída dos arquivos da Vara do Trabalho de Teófilo Otoni, comparou-se o valor médio das contribuições previdenciárias que teoricamente seriam executadas na Justiça Federal com as efetivamente reservadas à execução na Justiça do Trabalho. Após realizados os testes de normalidade, calculadas as medidas de posição e de dispersão, concluídos ainda os testes de hipóteses o estudo comprovou estatisticamente, com nível de confiança de 95%, a existência de uma diferença real e proporcionalmente elevada entre o valor médio de contribuições previdenciárias devidas sobre os salários pagos durante o vínculo empregatício reconhecido em juízo (cuja execução deve se dar na Justiça Federal e num período muito superior ao gasto na Justiça do Trabalho), e o valor médio das contribuições então executadas na Justiça do Trabalho. O levantamento mais preciso dessa diferença certamente exigiria que os mesmos procedimentos aplicados com relação aos processos da Vara do Trabalho de Teófilo Otoni fossem repetidos em outras unidades espalhadas pelo país, trabalho esse cujo escopo e cuja dimensão iriam demandar um tempo, uma equipe de pesquisadores e um montante de recursos muito maior do que o disponível para a elaboração do presente artigo.

Apesar disso, os estudos já realizados permitem afirmar com relativa segurança que uma mudança de entendimento que devolvesse à Justiça do Trabalho a competência para executar as contribuições previdenciárias referentes ao vínculo empregatício reconhecido em juízo teria repercussão positiva em pelo menos três esferas importantes: 1ª - o judiciário trabalhista recuperaria sua capacidade arrecadatória com possibilidades reais de até mesmo voltar ao pico histórico de sua arrecadação (cerca de 6 bilhões de reais ao ano), assumindo assim uma importância ainda maior como fonte de receita para os cofres públicos; 2ª - a autarquia previdenciária (INSS) se beneficiaria com a recuperação de créditos que hoje se perdem por conta da morosidade da

Justiça Federal comum e da burocracia estatal; e 3ª - o cidadão, por sua vez, teria seus direitos plenamente respeitados, uma vez que atendidos os princípios da eficiência, segurança jurídica, celeridade processual, unidade da Constituição, máxima eficácia das normas constitucionais e equilíbrio financeiro e atuarial, dentre outros. Uma situação que, na visão da Análise Econômica do Direito, conforme ficou demonstrado, atenderia muito mais ao conceito de eficiência historicamente construído na jurisprudência do STF e do TCU, se não pelo critério de Pareto, ao menos pelo critério de Kaldor-Hicks.

CONCLUSÃO

O presente estudo teve como objetivo central demonstrar as consequências do entendimento adotado pelo Poder Judiciário com relação à competência executória da Justiça do Trabalho no que diz respeito às contribuições previdenciárias, veiculado pela Súmula Vinculante 53, na eficiência administrativa na arrecadação de receitas de contribuições previdenciárias.

Os acontecimentos históricos que motivaram a transferência para a Justiça Federal da competência antes pertencente à Justiça do Trabalho, de executar as contribuições previdenciárias devidas sobre os vínculos empregatícios reconhecidos em juízo, foram consequência de um conflito envolvendo o INSS e a Justiça do Trabalho, duas estruturas pertencentes ao mesmo ente federativo e que, segundo razões que motivaram a modificação do art. 114 da CF/88 pela EC nº 20/1998, deveriam trabalhar de forma integrada na arrecadação e na recuperação de créditos previdenciários.

Analisou-se a situação criada por esse entendimento, expresso primeiro na Súmula nº 368 do TST e posteriormente na Súmula nº 53 do STF (esta, com efeitos vinculantes), em especial o diferimento operado na prática pela diferença existente entre o tempo de execução na JT e na JF (atualmente, de cerca de

9 anos), sob a ótica da Análise Econômica do Direito. Ao retirar definitivamente a competência da Justiça do Trabalho para executar contribuições previdenciárias originadas por decisões declaratórias o Poder Judiciário acabou assumindo o papel do legislador e contrariando o conceito de eficiência historicamente construído no ordenamento jurídico brasileiro, fortemente associado à ideia de economicidade, no sentido de se produzir ou arrecadar mais com os mesmos recursos, ou se produzir ou arrecadar a mesma quantidade a um custo menor. Utilizando-se os critérios da AED, constatou-se ser mais consentâneo com os preceitos da eficiência administrativa a atribuição à Justiça do Trabalho da competência para executar as contribuições previdenciárias referentes ao vínculo empregatício reconhecido em juízo, uma vez que mais célere, não necessita de inscrição em dívida ativa e não possui valor limite para cobrança.

Ainda, com base nos testes de normalidade, nas medidas de posição e de dispersão encontradas, e nos testes de hipóteses realizados foi possível identificar em termos estatísticos uma diferença real e consideravelmente elevada entre as duas variáveis, corroborando as conclusões anteriores e sugerindo a necessidade de expansão da pesquisa para o nível regional e nacional.

Como possível desdobramento do estudo, identificou-se ainda a necessidade de se pesquisar como o excesso de acordos celebrados exclusivamente com verbas indenizatórias e como a falta de acompanhamento pelo órgão jurídico da União (PGF) em relação à maioria dos processos distribuídos na Justiça do Trabalho têm repercutido na arrecadação de contribuições previdenciárias para o Erário.



REFERÊNCIAS

- BARBETTA, Pedro Alberto. Estatística Aplicada às Ciências Sociais. 6ª ed. Florianópolis: UFSC, 2006.
- COCHRAN, Willian G. Técnicas de Amostragem. Rio de Janeiro: 1965.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2021: ano-base 2020.
- COSTA, Sérgio Francisco. Introdução Ilustrada à Estatística. 3ª ed. São Paulo: Harbra, 1998.
- FERREIRA, Maria João; CAMPOS, Pedro. O Inquérito Estatístico: uma introdução à elaboração de questionários, amostragem, organização e apresentação dos resultados. Dossiê Didático nº XI. Lisboa: ALEA, 2001.
- FORVILLE NETO, Silvio. Justiça e eficiência para Richard Posner. Revista O Mal-estar no Direito, Curitiba: FAE, 2015.
- FREUND, John E. Estatística Aplicada: economia, administração e contabilidade. 11ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2006.
- GIL, Antônio Carlos. Métodos e Técnicas de Pesquisa Social. 6ª ed. São Paulo: Atlas. 2008.
- GOMES, Luiz de Souza. EFICIÊNCIA DA GESTÃO MUNICIPAL: uma análise administrativa em relação à política de saúde dos Municípios que integram a microrregião de Teófilo Otoni no Vale do Mucuri - Minas Gerais. Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri – UFVJM. Teófilo Otoni, 2018.
- KOMATSU, André Vilela. Comparação dos poderes dos testes t de student e ManWhitney Wilcoxon pelo método de Monte Carlo. Revista da Estatística da Universidade Federal de Ouro Preto, v. 6, 2017.
- MARCONI, Maria de Andrade, LAKATOS, Eva Maria. Metodologia do Trabalho Científico. São Paulo: Atlas, 2017.
- MATTAR, Fauze Najib. Pesquisa de marketing. 7ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

- MEDEIROS, Adriano Lélis de; DOS SANTOS, Aline Fagundes; DIAS, Carlos Alberto; SANTOS, Ciro Meneses; GOMES, Luiz de Souza. Competência da justiça do trabalho para constituir e executar contribuições previdenciárias: um estudo sob a ótica da evolução histórica e da efetividade. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, São Paulo, n. 375, p. 94-116, 2020.
- MENEZES, Afonso Henrique Novaes; et al. Metodologia científica teoria e aplicação na educação a distância. 1ª ed. Petrolina: 2019.
- MORETTIN, Pedro A.;BUSSAB, Wilton O. Estatística Básica. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- OLIVEIRA, Erickson Araújo Santana de. Eficiência e direito: o papel da maximização da riqueza na análise econômica do direito a partir da obra de Richard Posner. 2016. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Pernambuco.
- PARANHOS, Ranulfo et al. Desvendando os mistérios do coeficiente de correlação de Pearson: o retorno. *Leviathan* (São Paulo), n. 8, p. 66-95, 2014.
- PEREIRA, Adriana Soares; et al. Metodologia da pesquisa científica. 1ª ed. Santa Maria: UFSM-NTE, 2018.
- PEREIRA, Alfredo de Oliveira. Amostragem. *Arquivos Brasileiros de Psicotécnica*. São Paulo, v. 6, n. 2, FGV, 1954.
- PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. Metodologia do trabalho científico: Métodos e Técnicas da Pesquisa e do Trabalho Acadêmico. 2ª ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.
- RESTREPO, Luis F.; GONZÁLEZ, Julián. From Pearson to Spearman. *Revista Colombiana de Ciencias Pecuarias*, v. 20, n. 2, p. 183-192, 2007.
- ROCHA, Antonio Bazilio Floriani e Lara Bonemer Azevedo Da. A Eficácia Probante da Sentença Trabalhista na Esfera Previdenciária. *Revista Brasileira de Direito*

- Previdenciário, v. 1, n. 22, p. 18–36, 2014.
- ROSA, Christian Fernandes Gomes da. Eficiência como axioma da Teoria Econômica do Direito. Universidade de São Paulo, 2008.
- SILVA, Daniel de Jesus. Caixa estatística: otimizando o estudo de amostragem e estimação. *Revista de Educação, Ciências e Matemática - RECM*, v. 9, n. 3, p. 223–234, set/dez, 2019.
- SILVA, Edna Lúcia da; MENEZES, Estera Muskat. Metodologia da Pesquisa e Elaboração de Dissertação. 4ª ed. Florianópolis: UFSC, 2005.
- STRINGARI, Amana Kauling. Eficiência na Administração Pública Brasileira: uma proposta de aplicação pelo estudo crítico da Análise Econômica do Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, 2012.
- VERGARA, Sylvia Constant. Métodos de pesquisa em Administração. São Paulo: Atlas, 2005.
- ZANÃO JÚNIOR, Luiz Antônio; LANA, Regina Maria Quintão; GUIMARÃES, Ednaldo Carvalho. Variabilidade espacial do pH, teores de matéria orgânica e micronutrientes em profundidades de amostragem num Latossolo Vermelho sob semeadura direta. *Ciência Rural*, volume 37, número 4, jul-ago, 2007.

ANEXO: BASE DE DADOS

PROCESSO	CP	VLR CAUSA	VINCULO VPAGO	INSS.F	ACORDO	SALARIAL	PERCENT	APAGAO	INSS.JT	PGH	RESULT	ARQUIVO	ANO	DURACAO	DEFENDID?	ACERT?	PGIDEV	PG - DEV	JF - JT	ASSOC
716	0	R\$ 1.564,00	0	0	R\$ -	1	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	1481	2012	0	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ -	-
720	0	R\$ 87.364,28	1	1	R\$ 14.151,32	0	0	0,00%	0	R\$ 14.151,32	1	1	67	2017	5	R\$ 38.303,22	R\$ 33.039,22	100,00%	R\$ -	-
1740	0	R\$ 63.221,06	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	1681	2017	0	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ -	-
803	1	R\$ 622,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	0	2012	0	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ -	-
1580	0	R\$ 6.354,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	76	2015	3	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ -	-
1190	0	R\$ 23.956,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	1527	2012	0	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ -	-
148	0	R\$ 60.934,68	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	1732	2013	1	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ -	-
273	0	R\$ 25.238,22	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	723	2012	0	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ -	-
714	0	R\$ 990,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	1386	2012	0	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ -	-
1036	0	R\$ 7.000,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	228	2017	5	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ -	-
940	1	R\$ 622,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	0	2012	0	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ -	-
2270	0	R\$ 1.316,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	841	2013	1	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ -	-
1509	1	R\$ 622,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	962	2012	0	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ -	-
988	0	R\$ 622,00	1	0	R\$ 221,55	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	1535	2012	0	R\$ 615,42	R\$ -	0,00%	R\$ (221,55)	R\$ -
1442	0	R\$ 750,00	0	0	R\$ -	1	1	60,00%	0	R\$ 374,24	0	1	533	2014	2	R\$ -	1039,56	0,00%	R\$ 374,24	R\$ 221,55
1655	0	R\$ 30.000,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	102	2013	1	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ (374,24)	-
155	0	R\$ 2.200,00	1	0	R\$ 1.953,28	1	1	17,23%	0	R\$ 210,45	0	1	119	2012	0	R\$ 5,425,78	R\$ 584,58	10,77%	R\$ (1.742,83)	R\$ -
930	0	R\$ 35.344,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	1064	2012	0	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ 1.742,83	-
1109	0	R\$ 3.200,00	1	0	R\$ 71.093,33	1	0	0,00%	1	R\$ 315,21	0	1	1411	2012	0	R\$ 197,493,36	R\$ 875,58	12,16%	R\$ (71.093,33)	R\$ -
973	0	R\$ 6.000,00	1	0	R\$ 2.592,18	1	1	10,37%	1	R\$ -	0	1	1798	2013	1	R\$ 7.201,59	R\$ -	-	R\$ (2.592,18)	R\$ 71.088,33
1678	0	R\$ 26.416,65	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	1770	2012	0	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ (2.276,97)	R\$ -
1879	0	R\$ 1.000,00	0	0	R\$ -	1	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	85	2014	2	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ -	-
1380	0	R\$ 5.732,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	1282	2012	0	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ -	-
572	0	R\$ 110.000,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	460	2014	2	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ -	-
2086	0	R\$ 18.483,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	287	2015	3	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ -	-
1016	0	R\$ 18.483,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	1689	2012	0	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ -	-
983	0	R\$ 3.000,00	1	0	R\$ 5.165,86	1	1	14,87%	1	R\$ 461,83	0	1	1771	2012	0	R\$ 14.348,61	R\$ 1.282,86	8,94%	R\$ (4.704,03)	R\$ -
45	0	R\$ 448,77	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	1744	2012	0	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ -	-
613	0	R\$ 4.032,80	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	224	2016	4	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ -	-
341	0	R\$ 2.500,00	0	0	R\$ -	1	1	66,94%	1	R\$ 952,78	0	1	1104	2012	0	R\$ -	2546,61	0,00%	R\$ 952,78	R\$ -
2163	0	R\$ 38.973,34	1	0	R\$ 16.094,62	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	337	2019	7	R\$ 44.707,28	R\$ -	0,00%	R\$ (16.094,62)	R\$ (952,78)
144	0	R\$ 1.210,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	917	2012	0	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ 16.094,62	-
2271	0	R\$ 1.371,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	529	2013	1	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ -	-
1724	0	R\$ 6.000,00	1	0	R\$ 10.920,91	1	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	1088	2013	1	R\$ 30.333,86	R\$ -	0,00%	R\$ -	-
1384	0	R\$ 25.000,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	0	0	2021	9	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ 10.920,91	-
297	0	R\$ 71.660,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	825	2013	1	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ -	-
277	0	R\$ 2.400,00	1	0	R\$ 2.543,33	1	1	12,50%	1	R\$ 107,21	0	1	1232	2012	0	R\$ 7.076,69	R\$ 297,81	4,21%	R\$ (2.441,12)	R\$ -
312	0	R\$ 45,17	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	1332	2012	0	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ -	-
1712	0	R\$ 8.761,26	1	0	R\$ 9.791,25	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	0	0	2021	9	R\$ 27,197,92	R\$ -	0,00%	R\$ -	-
152	0	R\$ 5.932,42	1	0	R\$ 24.833,54	0	0	0,00%	0	R\$ 1.988,56	0	1	524	2014	2	R\$ 66.987,61	R\$ 5.526,56	8,01%	R\$ (9.791,25)	R\$ 9.791,25
799	0	R\$ 622,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	1044	2012	0	R\$ 127,06	R\$ -	0,00%	R\$ (45,74)	R\$ 22.845,98
213	1	R\$ 20.935,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	0	2013	1	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ -	-
2333	0	R\$ 850,00	0	0	R\$ -	1	1	79,05%	0	R\$ 393,37	0	1	845	2013	1	R\$ -	998,25	0,00%	R\$ 353,37	R\$ -
944	1	R\$ 622,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	0	2012	0	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ (359,37)	-
1188	0	R\$ 50.000,00	1	0	R\$ 9.180,44	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	948	2013	1	R\$ 25,251,22	R\$ -	0,00%	R\$ (9.180,44)	R\$ -
688	1	R\$ 622,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	0	2012	0	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ -	-
888	0	R\$ 900,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ 180,27	0	1	687	2014	2	R\$ -	500,75	0,00%	R\$ 180,27	R\$ -
544	1	R\$ 622,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	0	2012	0	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ -	-
309	0	R\$ 2.000,00	1	0	R\$ 1.878,65	1	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	1280	2012	0	R\$ 5,218,47	R\$ -	0,00%	R\$ (1.878,65)	R\$ -
69	0	R\$ 18.000,00	0	0	R\$ -	1	1	35,00%	1	R\$ 187,23	0	1	988	2012	0	R\$ -	21.985,75	0,00%	R\$ 187,23	R\$ 1.878,65

163	0	R\$ 60.934,69	0	0	R\$ -	0	0,00%	0	R\$ -	1	1722	2013	1	R\$ -	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ (707,23)	
371	0	R\$ 25.426,09	1	0	R\$ 4.884,08	0	0,00%	0	R\$ 3.604,11	0	1	163	2015	3	R\$ 127.455,78	R\$ 10.011,42	7,85%	R\$ (42.279,97)	
1679	0	R\$ 6.500,00	1	0	R\$ 17.334,41	1	13,17%	0	R\$ 426,38	0	1	235	2015	3	R\$ 48.151,14	R\$ 1.984,39	2,46%	R\$ (16.908,03)	
1345	0	R\$ 2.383,37	1	0	R\$ 8.372,90	1	0,00%	0	R\$ -	0	1	476	2014	2	R\$ 23.258,06	R\$ -	0,00%	R\$ (8.372,90)	
1590	1	R\$ 622,00	0	0	R\$ -	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	0	2012	0	R\$ -	R\$ -	0,00%	R\$ -	
1284	0	R\$ 487,00	0	0	R\$ -	1	0,00%	0	R\$ -	0	1	4371	2012	0	R\$ -	R\$ -	0,00%	R\$ -	
483	0	R\$ 60,00	0	0	R\$ -	1	0,00%	0	R\$ -	0	1	4379	2012	0	R\$ -	R\$ -	0,00%	R\$ -	
1910	0	R\$ 1.033,00	0	0	R\$ -	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	1121	2013	1	R\$ -	R\$ -	0,00%	R\$ -	
294	0	R\$ 21.493,63	1	0	R\$ 15.444,45	0	0,00%	0	R\$ 4.562,03	0	1	72	2014	2	R\$ 42.817,92	R\$ 12.672,31	29,50%	R\$ (10.852,42)	
78	1	R\$ 622,00	0	0	R\$ -	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	0	2012	0	R\$ -	R\$ -	0,00%	R\$ -	
1754	0	R\$ 2.400,00	0	0	R\$ -	1	0,00%	0	R\$ -	0	1	909	2013	1	R\$ -	R\$ -	0,00%	R\$ -	
2247	0	R\$ 1.000,00	0	0	R\$ -	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	603	2013	1	R\$ -	R\$ -	0,00%	R\$ -	
2322	0	R\$ 4.000,00	0	0	R\$ -	1	0,00%	0	R\$ -	0	1	481	2013	1	R\$ -	R\$ -	0,00%	R\$ -	
963	0	R\$ 30.000,00	0	0	R\$ -	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	1278	2013	1	R\$ -	R\$ -	0,00%	R\$ -	
1179	1	R\$ 622,00	0	0	R\$ -	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	0	2012	0	R\$ -	R\$ -	0,00%	R\$ -	
1160	0	R\$ 60.000,00	0	0	R\$ -	1	50,00%	0	R\$ 965,05	0	1	550	2014	2	R\$ -	R\$ 2.832,92	0,00%	R\$ 965,05	
2321	0	R\$ 1.767,38	0	0	R\$ -	1	0,00%	0	R\$ 55,23	0	1	582	2014	2	R\$ -	R\$ 153,42	0,00%	R\$ 55,23	
1439	0	R\$ 2.500,00	0	0	R\$ -	0	0,00%	0	R\$ -	0	0	0	2021	9	R\$ -	R\$ -	0,00%	R\$ -	
198	0	R\$ 21.771,50	0	0	R\$ -	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	398	2012	0	R\$ -	R\$ -	0,00%	R\$ -	
1310	0	R\$ 100.000,00	0	0	R\$ -	0	0,00%	0	R\$ -	0	0	0	2021	9	R\$ -	R\$ -	0,00%	R\$ -	
1847	0	R\$ 803,77	0	0	R\$ -	1	0,00%	0	R\$ -	0	1	689	2013	1	R\$ -	R\$ -	0,00%	R\$ -	
2130	0	R\$ 13.497,55	1	0	R\$ 10.752,55	0	0,00%	0	R\$ -	0	0	0	2021	9	R\$ 29.868,19	R\$ -	0,00%	R\$ (10.752,55)	
1683	0	R\$ 12.000,00	1	0	R\$ 2.685,53	1	63,63%	1	R\$ 2.116,86	0	1	844	2016	4	R\$ 7.459,81	R\$ 5.880,17	78,82%	R\$ (568,67)	
1386	0	R\$ 2.400,00	0	0	R\$ -	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	1485	2012	0	R\$ -	R\$ -	0,00%	R\$ -	
2	0	R\$ 2.215,00	0	0	R\$ -	1	0,00%	0	R\$ -	0	1	1100	2012	0	R\$ -	R\$ -	0,00%	R\$ -	
944	1	R\$ 622,00	0	0	R\$ -	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	0	2012	0	R\$ -	R\$ -	0,00%	R\$ -	
1243	1	R\$ 622,00	0	0	R\$ -	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	0	2012	0	R\$ -	R\$ -	0,00%	R\$ -	
2279	0	R\$ 23.352,14	1	0	R\$ 4.863,37	0	0,00%	0	R\$ 1.253,35	0	1	0	2021	9	R\$ 13.510,75	R\$ 3.481,53	25,77%	R\$ (3.610,52)	
1977	0	R\$ 1.500,00	0	0	R\$ -	1	75,00%	1	R\$ 161,37	0	1	1233	2013	1	R\$ -	R\$ 448,25	0,00%	R\$ 161,37	
644	0	R\$ 1.117,25	0	0	R\$ -	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	762	2012	0	R\$ -	R\$ -	0,00%	R\$ (161,37)	
1700	0	R\$ 2.380,00	0	0	R\$ -	1	0,00%	0	R\$ -	0	1	757	2013	1	R\$ -	R\$ -	0,00%	R\$ -	
664	0	R\$ 1.350,00	0	0	R\$ -	1	0,00%	0	R\$ -	0	1	904	2013	1	R\$ -	R\$ -	0,00%	R\$ -	
1932	0	R\$ 65.630,93	0	0	R\$ -	1	67,63%	1	R\$ 13.800,28	0	1	781	2014	2	R\$ -	R\$ 38.334,11	0,00%	R\$ 13.800,28	
689	0	R\$ 23.000,00	0	0	R\$ -	1	100,00%	1	R\$ 3.991,70	0	1	635	2016	4	R\$ -	R\$ 11.088,06	0,00%	R\$ 3.991,70	
2207	0	R\$ 622,00	0	0	R\$ -	0	0,00%	0	R\$ -	0	0	0	2013	1	R\$ -	R\$ -	0,00%	R\$ -	
870	1	R\$ 622,00	0	0	R\$ -	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	0	2012	0	R\$ -	R\$ -	0,00%	R\$ -	
2328	0	R\$ 3.000,00	0	0	R\$ -	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	375	2013	1	R\$ -	R\$ -	0,00%	R\$ -	
1203	1	R\$ 622,00	0	0	R\$ -	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	0	2012	0	R\$ -	R\$ -	0,00%	R\$ -	
226	0	R\$ 90.000,00	0	0	R\$ -	0	0,00%	0	R\$ -	0	0	0	2021	9	R\$ -	R\$ -	0,00%	R\$ -	
27	0	R\$ 54.684,42	1	0	R\$ 13.876,83	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	0	2019	7	R\$ 38.546,75	R\$ -	0,00%	R\$ (13.876,83)	
2066	1	R\$ 622,00	0	0	R\$ -	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	0	2012	0	R\$ -	R\$ -	0,00%	R\$ -	
1281	0	R\$ 25.000,00	0	0	R\$ -	1	64,00%	1	R\$ 7.166,43	0	1	643	2014	2	R\$ -	R\$ 19.996,75	0,00%	R\$ 7.166,43	
976	0	R\$ 622,00	0	0	R\$ -	0	0,00%	0	R\$ -	0	0	0	2014	2	R\$ -	R\$ -	0,00%	R\$ -	
314	0	R\$ 350.393,74	1	0	R\$ 65.898,88	0	0,00%	0	R\$ -	1	0	0	2021	9	R\$ 183.052,44	R\$ -	0,00%	R\$ (65.898,88)	
145	0	R\$ 55.000,00	0	0	R\$ -	0	0,00%	0	R\$ 3.698,82	0	1	64	2015	3	R\$ -	R\$ 10.274,50	0,00%	R\$ 3.698,82	
1336	0	R\$ 10.000,00	1	0	R\$ 3.690,78	1	0,00%	0	R\$ -	0	1	1204	2013	1	R\$ 10.224,39	R\$ -	0,00%	R\$ (3.690,78)	
838	1	R\$ 622,00	0	0	R\$ -	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	0	2012	0	R\$ -	R\$ -	0,00%	R\$ -	
1488	0	R\$ 25.000,00	0	0	R\$ -	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	681	2014	2	R\$ -	R\$ -	0,00%	R\$ -	
1389	0	R\$ 3.000,00	1	0	R\$ 6.533,40	1	0,00%	0	R\$ -	0	1	1039	2013	1	R\$ 16.146,33	R\$ -	0,00%	R\$ -	
447	0	R\$ 4.500,00	1	0	R\$ 7.393,37	1	16,80%	0	R\$ 397,03	0	1	0	2021	9	R\$ 20.551,03	R\$ 1.075,08	5,23%	R\$ (7.011,34)	
																		5,23%	R\$ 6.533,40

2129	0	R\$ 1.835,28	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	383	2013	1	R\$ -	-	0,00%	R\$ -	-	R\$ 7.011,34
887	0	R\$ 2.560,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	1069	2013	1	R\$ -	-	0,00%	R\$ -	-	R\$ -
151	0	R\$ 2.213,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	204	2014	2	R\$ -	-	0,00%	R\$ -	-	R\$ -
159	0	R\$ 2.213,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	204	2014	2	R\$ -	-	0,00%	R\$ -	-	R\$ -
1652	0	R\$ 450,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	1148	2013	1	R\$ -	-	0,00%	R\$ 9.195,33	0,00%	R\$ 3.310,32
2377	0	R\$ 12.263,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	144	2013	1	R\$ -	-	0,00%	R\$ -	-	R\$ (3.310,32)
1193	0	R\$ 3.600,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	272	2013	1	R\$ -	-	0,00%	R\$ 117,22	0,00%	R\$ 42,20
1540	0	R\$ 24.287,78	1	0	R\$ 1.694,41	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	2020	8	R\$ 4.106,69	R\$ -	0,00%	R\$ (1.694,41)	R\$ -	R\$ (42,20)	
1259	0	R\$ 35.954,45	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	695	2016	4	R\$ -	-	0,00%	R\$ 9.767,03	0,00%	R\$ 8.323,35
1660	0	R\$ 622,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	0	2012	0	R\$ -	-	0,00%	R\$ -	-	R\$ 1.984,41
2053	0	R\$ 7.768,51	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	318	2016	4	R\$ -	-	0,00%	R\$ 645,97	0,00%	R\$ 3.823,36
1245	0	R\$ 5.062,00	0	0	R\$ -	0	1	4,65%	0	R\$ 222,55	0	1	0	2014	2	R\$ -	-	0,00%	R\$ 4.268,38	0,00%	R\$ 222,55
2053	0	R\$ 5.062,00	0	0	R\$ -	0	1	4,65%	0	R\$ 222,55	0	1	0	2014	2	R\$ -	-	0,00%	R\$ 4.268,38	0,00%	R\$ 222,55
1955	0	R\$ 622,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	227	2013	1	R\$ -	-	0,00%	R\$ -	-	R\$ 1.490,12
2260	0	R\$ 1.122,57	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	227	2013	1	R\$ -	-	0,00%	R\$ -	-	R\$ (1.490,12)
1042	0	R\$ 27.600,00	1	0	R\$ 9.193,43	1	1	28,46%	1	R\$ 2.920,37	0	1	178	2016	4	R\$ 3.120,22	0,00%	R\$ -	0,00%	R\$ 1.123,28	R\$ -
2218	0	R\$ 6.000,00	1	1	16,07%	0	1	16,07%	1	R\$ 4.855,59	0	1	292	2015	3	R\$ 12.682,19	0,00%	R\$ 1.385,50	0,00%	R\$ (6.873,06)	R\$ (1.123,28)
1801	0	R\$ 814,43	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	116	2013	1	R\$ -	-	0,00%	R\$ -	-	R\$ (4.086,51)
2398	0	R\$ 22.000,00	0	0	R\$ -	0	1	22,97%	1	R\$ 648,57	0	1	197	2015	3	R\$ -	-	0,00%	R\$ 1.904,38	0,00%	R\$ 648,57
1165	0	R\$ 1.500,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	892	2013	1	R\$ -	-	0,00%	R\$ -	-	R\$ -
1165	0	R\$ 1.500,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	892	2013	1	R\$ -	-	0,00%	R\$ -	-	R\$ -
2136	0	R\$ 1.500,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	878	2013	1	R\$ -	-	0,00%	R\$ -	-	R\$ -
20	0	R\$ 13.671,56	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	0	2021	9	R\$ -	R\$ -	0,00%	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ -
834	1	R\$ 622,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	0	2012	0	R\$ -	-	0,00%	R\$ -	-	R\$ -
1458	1	R\$ 622,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	0	2012	0	R\$ -	-	0,00%	R\$ -	-	R\$ -
1559	1	R\$ 622,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	0	2012	0	R\$ -	-	0,00%	R\$ -	-	R\$ -
2154	0	R\$ 6.977,74	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ 1.138,56	0	1	1294	2013	1	R\$ -	-	0,00%	R\$ 3.162,67	0,00%	R\$ 1.138,56
857	0	R\$ 979,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	380	2013	1	R\$ -	-	0,00%	R\$ -	-	R\$ -
2201	0	R\$ 622,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	0	2013	0	R\$ -	-	0,00%	R\$ -	-	R\$ -
1837	0	R\$ 705,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	542	2013	1	R\$ -	-	0,00%	R\$ -	-	R\$ -
720	1	R\$ 622,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	0	2012	0	R\$ -	R\$ -	0,00%	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ -
109	0	R\$ 622,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	0	2012	0	R\$ -	R\$ -	0,00%	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ -
57	1	R\$ 2.399,41	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	0	2019	7	R\$ -	-	0,00%	R\$ -	-	R\$ -
1033	1	R\$ 622,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	0	2012	0	R\$ -	-	0,00%	R\$ -	-	R\$ -
1648	0	R\$ 3.784,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	334	2013	1	R\$ -	-	0,00%	R\$ -	-	R\$ -
1632	0	R\$ 1.076,16	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	582	2014	2	R\$ -	-	0,00%	R\$ -	-	R\$ -
1894	0	R\$ 21.000,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	178	2013	1	R\$ -	-	0,00%	R\$ -	-	R\$ -
2298	0	R\$ 4.715,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ 316,76	0	1	1013	2013	1	R\$ -	-	0,00%	R\$ 878,68	0,00%	R\$ 316,76
1266	1	R\$ 622,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	0	2012	0	R\$ -	-	0,00%	R\$ -	-	R\$ (316,76)
1949	0	R\$ 6.000,00	0	0	R\$ -	0	1	100,00%	1	R\$ 602,63	0	1	296	2014	2	R\$ -	-	0,00%	R\$ 1.896,19	0,00%	R\$ 602,63
1339	1	R\$ 622,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	0	2015	3	R\$ -	-	0,00%	R\$ -	-	R\$ (692,63)
1102	0	R\$ 6.000,00	1	0	R\$ 3.385,95	1	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	372	2015	3	R\$ 9.148,75	R\$ -	0,00%	R\$ -	-	R\$ (3.385,95)
2213	0	R\$ 107.541,79	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ 16.677,58	1	1	147	2018	6	R\$ -	-	0,00%	R\$ 48.128,61	0,00%	R\$ 16.677,58
1244	0	R\$ 14.600,00	1	0	R\$ 1.683,07	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	167	2013	1	R\$ 4.576,19	R\$ -	0,00%	R\$ -	-	R\$ (1.683,07)
2255	0	R\$ 2.500,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	169	2014	2	R\$ -	-	0,00%	R\$ -	-	R\$ 1.683,07
2297	1	R\$ 622,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	0	2013	0	R\$ -	-	0,00%	R\$ -	-	R\$ -
1766	0	R\$ 2.500,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	1203	2013	1	R\$ -	-	0,00%	R\$ -	-	R\$ -
1076	0	R\$ 3.000,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	138	2014	2	R\$ -	-	0,00%	R\$ -	-	R\$ -
1072	0	R\$ 3.760,00	0	0	R\$ -	0	1	52,11%	1	R\$ 383,44	0	1	570	2014	2	R\$ -	-	0,00%	R\$ -	-	R\$ -
1995	0	R\$ 29.827,84	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ 41.907,65	1	1	48	2016	4	R\$ -	-	0,00%	R\$ 116.419,14	0,00%	R\$ 389,44
1185	0	R\$ 35.000,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	96	2013	1	R\$ -	-	0,00%	R\$ -	-	R\$ (389,44)
409	0	R\$ 10.000,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ 18,79	0	1	42	2013	1	R\$ -	-	0,00%	R\$ 504,97	0,00%	R\$ (41.907,65)
1662	0	R\$ 4.131,09	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	0	2013	1	R\$ -	R\$ -	0,00%	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ (41,79)
2330	0	R\$ 6.900,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	842	2013	1	R\$ -	-	0,00%	R\$ -	-	R\$ -
280	0	R\$ 13.296,52	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ 1.913,64	0	1	3	2019	7	R\$ -	-	0,00%	R\$ 5.315,67	0,00%	R\$ 1.913,64
545	1	R\$ 622,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	0	2012	0	R\$ -	-	0,00%	R\$ -	-	R\$ (1.913,64)
1544	0	R\$ 5.000,00	1	0	R\$ 5.017,34	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	1213	2013	1	R\$ 13.337,06	R\$ -	0,00%	R\$ -	-	R\$ (5.017,34)
1773	0	R\$ 6.000,00	1	0	R\$ 1.679,40	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	489	2014	2	R\$ 22.427,78	R\$ -	0,00%	R\$ -	-	R\$ 5.017,34
1139	0	R\$ 40.000,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	119	2013	1	R\$ -	-	0,00%	R\$ -	-	R\$ 11.679,40
1185	0	R\$ 80.000,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ 1.881,11	0	1	420	2015	3	R\$ 5.171,68	R\$ -	0,00%	R\$ 471,32	0,00%	R\$ (1.681,17)
1207	0	R\$ 17.520,05	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	617	2016	4	R\$ -	-	0,00%	R\$ 9.245,23	0,00%	R\$ 1.892,17
2131	0	R\$ 2.100,00	1	0	R\$ 651,44	0	1	48,71%	1	R\$ 145,01	0	1	570	2013	1	R\$ 1.009,56	R\$ 402,81	22,85%	R\$ -	-	R\$ (3.328,30)
2164	0	R\$ 6.000,00	0	0	R\$ -	0	1	37,56%	1	R\$ 1.342,77	0	1	736	2014	2	R\$ -	-	0,00%	R\$ 3.452,14	0,00%	R\$ (596,40)
458	0	R\$ 4.233,79	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ 683,68	0	1	382	2014	2	R\$ -	-	0,00%	R\$ -	-	R\$ 1.242,77
380	0	R\$ 21.134,47	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ 5.850,97	0	1	571	2016	4	R\$ -	-	0,00%	R\$ 16.235,69	0,00%	R\$ 665,68
234	0	R\$ 7.704,80	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	0	2012	0	R\$ -	-	0,00%	R\$ -	-	R\$ (1.242,77)
241	1	R\$ 622,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	19	2017	0	R\$ -	-	0,00%	R\$ -	-	R\$ (5.850,97)
351	1	R\$ 4.753,39	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	0	2021	9	R\$ -	-	0,00%	R\$ -	-	R\$ -
1132	0	R\$ 622,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	551	2013	1	R\$ -	-	0,00%	R\$ -	-	R\$ 127,29
1255	0	R\$ 15.000,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	423	2013	1	R\$ -	-	0,00%	R\$ -	-	R\$ (127,29)
383	0	R\$ 35.000,00	0	0	R\$ -	0	1	11,													

1830	0	R\$ 5.900,00	1	0	R\$ 5.169,44	1	1	14,03%	1	R\$ 379,55	0	1	897	2014	2	R\$ 14.359,56	R\$ 10,54%	R\$ 7,34%	R\$ (4.788,89)	R\$ (1.61,51)
2334	0	R\$ 44.000,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	543	2012	4	R\$ -	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ 4.798,89
2097	0	R\$ 622,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	0	2012	0	R\$ -	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ -
1899	0	R\$ 1.784,00	1	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	786	2013	1	R\$ 2.060,00	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ (741,60)
1939	0	R\$ 1.800,00	1	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	381	2013	1	R\$ 2.060,00	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ -
1859	0	R\$ 5.614,00	1	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	381	2013	1	R\$ 2.060,00	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ 741,60
1529	0	R\$ 5.512,19	1	0	R\$ 603,86	1	1	39,44%	0	R\$ 603,86	0	1	223	2017	5	R\$ 1.677,39	R\$ 16,77%	100,00%	R\$ -	R\$ -
2019	0	R\$ 4.900,00	1	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	1406	2013	1	R\$ -	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ -
1366	0	R\$ 4.900,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	440	2014	2	R\$ -	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ -
867	0	R\$ 2.900,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	1069	2013	1	R\$ -	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ -
2380	0	R\$ 22.672,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	245	2013	1	R\$ -	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ -
1489	0	R\$ 16.985,79	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	0	2021	9	R\$ -	R\$ 5.360,33	0,00%	R\$ 19,58	R\$ (19,58)	
1973	0	R\$ 4.900,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	438	2014	2	R\$ -	R\$ 13,27	0,00%	R\$ 388,92	R\$ (388,92)
1839	0	R\$ 2.900,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	886	2013	1	R\$ -	R\$ 8,86	0,00%	R\$ 317,11	R\$ (317,11)
653	0	R\$ 2.984,19	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	886	2013	1	R\$ -	R\$ 8,86	0,00%	R\$ 317,11	R\$ (317,11)
1800	0	R\$ 16.333	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	0	2021	9	R\$ -	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ -
944	1	R\$ 622,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	0	2012	0	R\$ -	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ -
136	1	R\$ 622,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	0	2012	0	R\$ -	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ -
1771	1	R\$ 418,32	1	0	R\$ 5.947,52	1	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	94	2014	2	R\$ 16.520,88	R\$ 277,53	1,68%	R\$ (5.947,51)	R\$ -
466	0	R\$ 8.786,91	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	583	2014	1	R\$ -	R\$ 4,91	0,00%	R\$ 1.796,88	R\$ (1.796,88)
2025	0	R\$ 15.000,00	1	0	R\$ 5.182,39	1	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	484	2014	2	R\$ 14.398,53	R\$ -	0,00%	R\$ 1.796,88	R\$ (1.796,88)
149	0	R\$ 2.900,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	349	2013	3	R\$ 5.460,59	R\$ -	0,00%	R\$ 1.523,49	R\$ (1.523,49)
2033	0	R\$ 1.800,00	1	0	R\$ 2.030,41	1	0	0,00%	0	R\$ -	0	0	2012	0	R\$ -	R\$ 2,47	0,00%	R\$ 896,16	R\$ (896,16)	
1277	0	R\$ 1.700,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	535	2013	1	R\$ -	R\$ 5,35	0,00%	R\$ 324,03	R\$ (324,03)
1236	0	R\$ 1.900,00	0	0	R\$ -	1	1	36,60%	1	R\$ 324,03	0	1	259	2013	1	R\$ -	R\$ 900,18	0,00%	R\$ 324,03	R\$ (324,03)
1269	0	R\$ 1.900,00	0	0	R\$ -	1	1	20,00%	1	R\$ 424,73	0	1	1537	2013	1	R\$ -	R\$ 1,82	0,00%	R\$ 425,73	R\$ (425,73)
1392	0	R\$ 90.000,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	778	2014	2	R\$ -	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ -
14	0	R\$ 34.710,65	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	642	2014	2	R\$ -	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ -
1165	0	R\$ 1.900,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	892	2013	1	R\$ -	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ -
1677	0	R\$ 24.000,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	727	2016	1	R\$ 2.817,00	R\$ 14,05	0,00%	R\$ (9.529,92)	R\$ (9.529,92)
1059	0	R\$ 4.900,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	727	2016	1	R\$ 2.817,00	R\$ 14,05	0,00%	R\$ (9.529,92)	R\$ (9.529,92)
460	0	R\$ 42.741,73	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	535	2013	1	R\$ -	R\$ 5,35	0,00%	R\$ (136,76)	R\$ (136,76)
1570	0	R\$ 25.000,00	1	0	R\$ 4.880,24	1	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	0	2021	9	R\$ 13,525,67	R\$ -	0,00%	R\$ (4.880,24)	R\$ (4.880,24)
1904	1	R\$ 6.850,57	1	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	0	2019	7	R\$ -	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ 4.889,24
1390	1	R\$ 622,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	0	2012	0	R\$ -	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ -
11	0	R\$ 622,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	0	2012	0	R\$ -	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ -
1049	0	R\$ 800,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	235	2013	1	R\$ -	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ -
2389	0	R\$ 2.873,51	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	462	2013	1	R\$ -	R\$ 1,27	0,00%	R\$ 452,68	R\$ (452,68)
603	0	R\$ 21.000,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	568	2014	2	R\$ -	R\$ 1,02	0,00%	R\$ 82,21	R\$ (82,21)
1593	0	R\$ 33.373,60	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	15	2019	7	R\$ -	R\$ 160,33	0,00%	R\$ 57,898,82	R\$ (57,898,82)
1082	0	R\$ 10.200,00	0	0	R\$ -	1	1	83,92%	1	R\$ 2.997,82	1	1	205	2014	2	R\$ -	R\$ 71,32	0,00%	R\$ 2,657,85	R\$ (2,657,85)
1103	0	R\$ 7.896,31	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	529	2014	2	R\$ -	R\$ 5,14	0,00%	R\$ 1,858,48	R\$ (1,858,48)
1582	0	R\$ 622,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	783	2013	1	R\$ -	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ (1,858,48)
2070	0	R\$ 26.900,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	5	2015	3	R\$ -	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ -
426	0	R\$ 3.900,00	1	0	R\$ 1.172,28	1	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	40	2011	9	R\$ 3,295,33	R\$ 33,31	0,00%	R\$ (1,959,31)	R\$ (1,959,31)
603	0	R\$ 2.900,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	1338	2013	1	R\$ -	R\$ 1,03	0,00%	R\$ 3,761,19	R\$ (3,761,19)
1257	1	R\$ 622,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	0	2012	0	R\$ -	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ -
1840	1	R\$ 894,43	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	1463	2013	1	R\$ -	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ -
688	1	R\$ 6.838,72	1	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	0	2012	0	R\$ -	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ -
1994	0	R\$ 6.800,00	1	0	R\$ 6.438,72	1	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	1720	2013	1	R\$ 17,888,33	R\$ 1,28	0,00%	R\$ (6,972,21)	R\$ (6,972,21)
2361	0	R\$ 10.853,79	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	464	2015	3	R\$ -	R\$ 3,07	0,00%	R\$ 110,63	R\$ (110,63)
1385	0	R\$ 3.244,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	1237	2013	1	R\$ -	R\$ 2,81	0,00%	R\$ (2,797,19)	R\$ (2,797,19)
1385	0	R\$ 3.244,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	39	2014	2	R\$ 10,427,17	R\$ 3,06	0,00%	R\$ 1,346,34	R\$ (1,346,34)
1557	0	R\$ 2.318,20	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	665	2013	1	R\$ 5,265,64	R\$ 4,57	0,00%	R\$ (1,739,94)	R\$ (1,739,94)
1006	0	R\$ 8.900,00	1	1	R\$ 1.896,63	1	1	4,06%	0	R\$ -	0	1	155	2013	1	R\$ -	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ 1,730,94
411	0	R\$ 1.900,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	631	2014	2	R\$ 8,931,89	R\$ 2,56	0,00%	R\$ (2,291,61)	R\$ (2,291,61)
1957	0	R\$ 4.900,00	1	0	R\$ 3.214,48	1	0	46,44%	1	R\$ 923,87	0	1	512	2014	2	R\$ -	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ 2,291,61
461	0	R\$ 676,40	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	0	2019	7	R\$ -	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ -
1961	0	R\$ 12.900,00	0	0	R\$ -	1	1	0,00%	0	R\$ -	0	1	512	2014	2	R\$ -	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ -
605	0	R\$ 2.900,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	1222	2013	1	R\$ -	R\$ 3,02	0,00%	R\$ 3,348,78	R\$ (3,348,78)
1839	0	R\$ 43.843,51	0	0	R\$ 4.772,87	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	23	2016	4	R\$ 13,257,97	R\$ 30,22	0,00%	R\$ (43,380)	R\$ (43,380)
1070	1	R\$ 622,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	0	2012	0	R\$ -	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ 453,58
2024	0	R\$ 9.000,00	1	0	R\$ 16.757,12	1	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	105	2015	3	R\$ 46,547,56	R\$ -	0,00%	R\$ (16,757,12)	R\$ (16,757,12)
467	0	R\$ 62,024,07	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	70	2017	5	R\$ -	R\$ 42,52	0,00%	R\$ 16,757,12	R\$ (16,757,12)
1967	0	R\$ 2.900,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	1543	2013	1	R\$ -	R\$ 2,59	0,00%	R\$ (16,310,46)	R\$ (16,310,46)
1328	0	R\$ 4.975,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	462	2014	2	R\$ -	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ (9,35,27)
819	1	R\$ 622,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	0	2012	0	R\$ -	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ -
516	1	R\$ 622,00	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	0	2012	0	R\$ -	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ -
2040	0	R\$ 17.963,65	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	1	12	2016	4	R\$ -	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ -
10	0	R\$ 21.118,14	0	0	R\$ -	0	0	0,00%	0	R\$ -	0	0	2021	9	R\$ -	R\$ -	0,00%	R\$ -	R\$ -	
670	0	R\$ 9.900,00	1	1	R\$ 2.265,22	1	1	15,57%	1											

CRIPTOMOEDAS E 'A RIQUEZA DAS NAÇÕES': REFLEXÕES SMITHIANAS SOBRE CRIPTOMOEDAS E MERCADO*

Eduardo Henrique Nazari

Sumário: 1. Introdução. 2. Conceitos Fundamentais de Adam Smith. 3. A Evolução Monetária e Suas Implicações. 4. Criptomoedas: Inovação Tecnológica e Econômica. i. Conceitos e Estrutura do Bitcoin. ii. O Ouro e o Bitcoin. iii. O Ethereum e o Potencial dos Contratos Inteligentes. iv. As Stablecoins e a Correspondência entre Moedas. v. Anonimato nas Criptomoedas: Benefícios e Riscos. vi. O Problema da Rede do Blockchain nas Criptos. 5. Reflexões Smithianas sobre Criptomoedas. 6. Implicações Econômicas e Regulamentares das Criptomoedas. 7. Estudos de Caso: Cenários e aplicações reais. Conclusão. Referências

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho propõe uma análise crítica das criptomoedas, especialmente do Bitcoin, sob a perspectiva da teoria econômica clássica desenvolvida por Adam Smith. A partir desse referencial, busca-se compreender se os criptoativos, em sua configuração atual, são capazes de cumprir, de maneira efetiva, as funções clássicas da moeda — meio de troca, unidade de conta e reserva de valor — ou se, na prática, operam predominantemente como ativos de natureza especulativa, desvinculados da função econômica fundamental de facilitação das trocas e da geração de riqueza produtiva. Parte-se da premissa

* Relatório acadêmico apresentado ao Curso de Doutorado em Direito e Ciências Jurídicas, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, como trabalho final do Seminário de Investigação de Economia.

de que, para Smith, a moeda não constitui um fim em si mesma, mas sim um instrumento necessário à dinamização da economia real, sendo intrinsecamente vinculada à divisão do trabalho, à produtividade e à circulação de bens e serviços.

Nesse contexto, a análise se volta não apenas às limitações estruturais das criptomoedas, como a baixa utilização em microtransações e a elevada volatilidade, mas também às fragilidades do sistema monetário fiduciário contemporâneo, marcado pela expansão contínua do crédito, pela acumulação de dívidas e pela dificuldade de mensuração e controle da base monetária. O objetivo central, portanto, é avaliar se as criptomoedas representam uma evolução compatível com os princípios monetários clássicos, oferecendo uma alternativa viável aos modelos centralizados de moeda, ou se, ao contrário, sua essência as aproxima mais de commodities digitais, cuja valorização decorre de expectativas de escassez e especulação, do que de uma moeda plenamente funcional no sentido econômico clássico.

Adicionalmente, serão analisadas questões econômicas relacionadas às criptomoedas, incluindo sua volatilidade, o impacto do pseudoanonimato nas transações financeiras, a segurança dos usuários e as implicações éticas e regulatórias desse modelo monetário emergente. Finalmente, o trabalho discutirá os possíveis cenários futuros das criptomoedas, desde sua adoção generalizada até a resistência institucional e potencial marginalização com o seu consequente abandono.

2. CONCEITOS FUNDAMENTAIS DE ADAM SMITH

Para Adam Smith, a capacidade de troca é o fator que impulsiona a especialização do trabalho, mas sua expansão depende diretamente da amplitude desse poder, ou seja, da dimensão do mercado. Quando o mercado é restrito, torna-se inviável para um indivíduo se dedicar exclusivamente a uma única atividade, pois não conseguirá trocar o excedente de sua produção

além de suas próprias necessidades por bens e serviços produzidos por outros. Dessa forma, a limitação do mercado impõe barreiras ao desenvolvimento da divisão do trabalho e à diversificação produtiva¹.

Com a consolidação da divisão do trabalho, a capacidade de um indivíduo suprir suas próprias necessidades por meio de sua produção torna-se mínima. A maior parte do que consome provém de trocas, nas quais cede o excedente de sua produção em troca dos bens de que necessita. Dessa forma, a subsistência de cada pessoa depende do intercâmbio, transformando todos em certo grau, em comerciantes e a sociedade em uma economia de mercado. Nos estágios iniciais da divisão do trabalho, esse sistema de trocas enfrentava obstáculos significativos. Imagine um indivíduo com excedente de um bem enquanto outro possui escassez. Embora ambos estejam dispostos a negociar, a troca se torna inviável se o segundo não possuir algo que interesse ao primeiro. Para evitar essa dificuldade, desde os primórdios das sociedades, qualquer pessoa precavida teria buscado manter, além de sua própria produção, um estoque de bens amplamente aceitos nas transações garantindo sua capacidade de troca².

Neste aspecto, ao longo da história muitas sociedades adotaram mercadorias diferentes que serviram para a comercialização, na época pré-monetária estima-se que o gado exercia este papel, na Abissínia utilizava-se o sal. No entanto, estes bens enfrentavam problemas comuns: eram perecíveis, pouco padronizados e podiam perder a sua essência quando divididos. Por isso, as sociedades adotaram o metal como um meio de comercialização, superando outras mercadorias. Metais eram estáveis, divisíveis, não perecíveis, não perdiam valor com o passar do

¹ SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*: Investigação sobre sua Natureza e suas Causas. Tradução de Luiz João Baraúna, Nova Cultural Ltda., v. 1, Livro 1, São Paulo, p. 77, 1996.

² SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*: Investigação sobre sua Natureza e suas Causas. Tradução de Luiz João Baraúna, Nova Cultural Ltda., v. 1, Livro 1, São Paulo, p. 81-82, 1996.

tempo, sendo difícil de ser obtido, tornou-se assim, o metal o meio mais fácil e pragmático de ferramenta de meio de troca utilizado.

Entretanto, uma dificuldade notada era a problemática da aferição da qualidade do metal, do seu peso, da sua integridade. Isso levou ao surgimento de uma padronização entre os metais, aderiu-se assim a cunhagem das moedas, em que se estabelecia por meio de uma marcação o peso e a estrutura daquela moeda em si que eram feitas por intermédio das casas da moeda, permitindo que as transações ocorrem por unidade de moeda, e não mais por peso ou qualidade dado a sua padronização. Instituiu-se assim a noção de trocar mercadorias por dinheiro, em que este determinaria o valor relativo ou valor de troca dos bens³.

É fundamental considerar que o preço do metal não é universalmente único e demandaria uma análise apurada sobre sua disponibilidade existente no mercado. Em que pese o valor das trocas podem ser quantificados pela quantidade de dinheiro, de trabalho, ou pelos valores dados as mercadorias, o próprio dinheiro pode vir a sofrer uma distorção de valores com o passar do tempo. A quantidade de trabalho que uma unidade específica de ouro e prata podem comprar, dependerá da abundância ou escassez das minas existentes que se tinham conhecimento, conforme a quantidade de trabalho necessário para introduzir os metais no comércio. O trabalho seria o preço real das mercadorias, o dinheiro é apenas o preço nominal⁴. Fazendo uma expansão de

³ Segundo o autor, a cunhagem feita por meio das casas da moeda de cada país não impedia que os soberanos viessem a alterar a própria cunhagem ou a designação dos pesos em si, em que os valores descritos nas moedas eram completamente distintos do valor real de peso do metal daquela moeda em si, não existia uma compatibilidade entre número e peso real do metal. Fraudava-se assim deliberadamente toda a população para favorecer os interesses dos soberanos, os credores eram sempre os mais prejudicados nestas operações, por receberem quantias inferiores as projetadas anteriormente. SMITH, Adam. *A Riqueza das nações*: Investigação sobre sua Natureza e suas Causas. Tradução de Luiz João Baraúna, Nova Cultural Ltda., São Paulo, v. 1, Livro 1, p. 82-85, 1996.

⁴ Conforme Smith, com a descoberta da América e do ouro/prata existente no continente, verificou-se que o valor do Ouro e da Prata teria diminuído em 1/3 do valor que

raciocínio sobre o dinheiro atual, teríamos que quanto maior fosse a quantidade de dinheiro disponível no mercado, menor seria a sua capacidade de compra de outros bens e serviços que seriam indexados pelo valor do trabalho de obtê-los.

As leis do mercado de Adam Smith explicam como o interesse próprio individual, em um ambiente de competição, gera resultados previsíveis. Ele mostra que a busca pelo lucro pessoal orienta as pessoas a atenderem às demandas da sociedade. Smith argumenta que não dependemos da benevolência de outros, como o açougueiro ou o padeiro, mas do interesse deles em benefício próprio. Esse interesse as leva a agir, oferecendo bens e serviços que a sociedade deseja. Porém, o interesse próprio sozinho não basta, pois poderia levar a preços abusivos. A competição regula esse impulso, equilibrando o mercado. Quando indivíduos competem, eles se limitam mutuamente, evitando excessos. Se alguém cobra demais ou paga pouco, perde clientes ou trabalhadores. Assim, a competição transforma a ganância individual em algo útil. No fim, o conflito de interesses gera harmonia social. O mercado, então, ajusta oferta, demanda e preços. Tudo isso sem intenção altruísta, mas por interação natural. É a "mão invisível" em ação. Esse mecanismo depende de um ambiente livre, sem barreiras artificiais. Para Smith, a intervenção estatal excessiva distorce essa dinâmica natural. Ele via a liberdade econômica como essencial para a prosperidade. A competição, portanto, não é caótica, mas ordenada. Assim, o egoísmo individual paradoxalmente beneficia a coletividade⁵.

Contudo, a sociedade é fluida. A riqueza se acumula desde o início, ampliando a produção e a especialização do

possuía anteriormente, devido a sua nítida abundância de produtos, eis que o trabalho desempenhado para colocar estes produtos no mercado tornou-se muito menor, e conseqüentemente fazia-se assim ele valer menos. SMITH, Adam. *A Riqueza das nações: Investigação sobre sua Natureza e suas Causas*. Tradução de Luiz João Baraúna, Nova Cultural Ltda., São Paulo, v. 1, Livro 1, p. 86-89, 1996.

⁵ HEILBRONER, Robert. *A História do Pensamento Econômico*. Tradução de Therezinha M. Deutsch e Sylvio Deutsch, Editora Nova Cultural Ltda., São Paulo, p. 53-56, 1996.

trabalho. Porém, esse crescimento eleva os salários, pois os empresários precisam de mais operários para novas fábricas. Com salários altos, o lucro do capital diminui, ameaçando o sistema. Ainda assim, os trabalhadores usam essa renda extra para proteger os filhos de doenças graves, aumentando a população. Com mais gente, a disputa por empregos reduz os salários novamente. Assim, a acumulação recomeça, iniciando outro ciclo de ascensão social. Não é o ciclo econômico de Smith, mas uma transformação gradual, fascinante. Se o mercado não sofrer interferências, tudo segue ligado, como elos de uma corrente. Só os desejos do público e os recursos naturais escapam dessa lógica⁶.

3. A EVOLUÇÃO MONETÁRIA E SUAS IMPLICAÇÕES

Por mais de dois milênios, o monopólio estatal sobre a criação de dinheiro restringiu-se à cunhagem de moedas de metais preciosos. Durante esse período, consolidou-se a ideia de que esse privilégio era um atributo fundamental da soberania, cercado pelo misticismo associado ao poder dos governantes. Essa concepção pode ter surgido antes mesmo da cunhagem de moedas pelo rei Cresus, no século VI a.C., quando a autenticidade do metal era garantida apenas por marcas em barras. A exclusividade da cunhagem foi reforçada pelos imperadores romanos. No início da era moderna, Jean Bodin, jurista francês, incluiu o direito de cunhagem entre os elementos essenciais da soberania. Durante a Idade Média, os direitos reais (como a cunhagem, a mineração e os tributos alfandegários) foram uma das principais fontes de receita dos príncipes, sendo valorizados sobretudo por esse aspecto. Com o avanço da cunhagem, os governos logo perceberam que, além de gerar lucros, o controle sobre as moedas era um poderoso instrumento político. Desde sua origem, essa

⁶ HEILBRONER, Robert. *A História do Pensamento Econômico*. Tradução de Therezinha M. Deutsch e Sylvio Deutsch, Editora Nova Cultural Ltda., São Paulo, p. 65, 1996.

prerrogativa não foi reivindicada em nome do interesse coletivo, mas como parte do domínio governamental. As moedas, assim como bandeiras, eram símbolos de poder, exibindo a imagem do governante e reafirmando sua autoridade até as regiões mais distantes de seu território⁷.

A utilização de um livro-razão que sintetiza, por meio de um token (moeda), o saldo líquido de um indivíduo em relação à sociedade é uma solução intuitiva e eficiente. Ela evita a necessidade de registrar todo o histórico detalhado de transações que levou a esse saldo. A moeda foi amplamente aceita justamente por sua simplicidade e capacidade de facilitar trocas. Os tokens solucionam o problema da dupla coincidência de desejos e permitem que um grupo de agentes econômicos, mesmo sem um sistema centralizado de registros, possa realizar alocações de bens e serviços que, de outro modo, seriam inviáveis. Nesse sentido, o dinheiro passou a funcionar como a memória da sociedade. A adoção de metais como suporte para essa função desempenhou um papel importante, pois combinava escassez relativa, ampla aceitação social — inclusive para usos não monetários como joias —, durabilidade e divisibilidade. Além disso, sua produção em larga escala tornou viável o surgimento de um sistema monetário baseado em bens com valor intrínseco⁸.

A moeda metálica foi, aos poucos, adquirindo relevância, notou-se ainda que sua cunhagem sempre esteve sujeita a falsificações, inclusive por parte dos próprios governos. Um exemplo marcante ocorreu na Inglaterra, entre o final do século XVIII e o início do XIX, durante o período de guerra com a França. A instabilidade econômica levou a uma corrida bancária e, em 1797, à suspensão da conversibilidade das notas do Banco da Inglaterra em ouro — inaugurando o chamado Período de

⁷ HAYEK, Friedrich A. *Desestatização do Dinheiro*, São Paulo, Instituto Ludwig Von Mises, Brasil, p. 33-35, 2011.

⁸ FERNÁNDEZ-VILLAYERDE, Jesús. Cryptocurrencies: A Crash Course in Digital Monetary Economics. *The Australian Economic Review*, v. 51, n. 4, p. 514-526, 2018. DOI: 10.1111/1467-8462.12306.

Restrição. Nesse contexto, a escassez de moedas fracionárias tornou-se crítica. Para suprir essa deficiência, passou-se a circular moedas estrangeiras, como o dólar espanhol, que recebia uma contramarca para legitimar seu uso dentro do território britânico. A ausência de ação eficaz por parte da Royal Mint levou diversos empresários a produzirem tokens privados, amplamente aceitos pela população. O caso mais notório foi o de Matthew Boulton, cuja Soho Mint passou a emitir moedas de cobre com alto padrão técnico. Tais moedas, embora privadas, passaram a circular como substitutas da cunhagem oficial, e mais tarde o próprio governo contrataria Boulton para produzir moedas para o Estado britânico⁹.

Uma corrida bancária para resgate de valores depositados em banco, geram efeitos nefastos até mesmo para aqueles que conseguiram resgatar os seus valores depositados, vez que o colapso do sistema bancário gerará em um curto prazo uma contração abrupta da massa monetária e uma consequente queda dos preços e um desemprego generalizado, tais como vistos com a grande depressão da década de 30¹⁰.

Se fosse possível estabelecer um padrão monetário automático baseado em mercadorias, o dilema do liberal estaria resolvido: um sistema financeiro estável, sem riscos de manipulação estatal. Um padrão ouro absoluto, no qual todo o dinheiro circulante fosse ouro e amplamente aceito pela sociedade, eliminaria fraudes e impediria emissões arbitrárias de moeda. No entanto, a existência de dinheiro fiduciário cria um intervalo entre sua emissão e resgate, facilitando abusos e incentivando governos a expandirem a moeda além de suas reservas. Na prática, padrões lastreados tendem a se tornar híbridos, incorporando

⁹ SELGIN, George. *Good Money: Birmingham Button Makers, the Royal Mint, and the Beginnings of Modern Coinage, 1775–1821*. Ann Arbor: University of Michigan Press, p. 154-170, 2008.

¹⁰ ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia: Microeconomia aplicada e Macroeconomia*, 4ª Edição, II. Microeconomia aplicada e Macroeconomia, AAFDL, Lisboa, p. 991-992, 2022.

notas bancárias e depósitos que exigem crescente intervenção estatal. Uma vez que o dinheiro fiduciário é introduzido, o controle governamental se torna inevitável, pois sua emissão, mesmo que privada no início, sempre atrai regulamentação. A dificuldade central está em impedir que o governo domine o sistema, transformando-o em um instrumento de política econômica¹¹.

A utilidade da moeda ao contrário das mercadorias comuns, não está na possibilidade de ver-se ela sendo consumida pelas pessoas, mas sim, na sua capacidade e atividade de circular entre elas¹².

Conforme estipulava Adam Smith no caso da existência das moedas de metais, a diferença entre o valor real e o nominal de bens e do trabalho vai além de mera reflexão teórica, sendo em certos casos, bastante útil na prática. O valor real permanece constante, mas o valor nominal varia devido às flutuações no preço do ouro e da prata. Por isso, ao vender uma propriedade com renda fixa perpétua, é essencial, para manter seu valor estável em benefício da família, evitar fixar a renda em uma quantia. Do contrário, ela sofreria alterações por dois motivos: as mudanças na quantidade de ouro e prata na moeda ao longo do tempo e as variações no valor desses metais em diferentes períodos¹³. Com isto, podemos delimitar que para Adam Smith pouco se podia confiar nas estruturas de validade dos bens atrelados a padrões monetários que podem variar com o passar do tempo, as condições de oferta e demanda podem influenciar sobremaneira o rendimento de operações em longo prazo que

¹¹ FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e Liberdade*, Disponível em: <https://www.ufrgs.br/daeca/wp/wp-content/uploads/2009/03/capitalismo-e-liberdade.pdf>, p. 21-23.

¹² HAYEK, Friedrich A. *Os Fundamentos da Liberdade*, Editora Visão, p. 319-320, 1983.

¹³ SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações: Investigação sobre sua Natureza e suas Causas*. Tradução de Luiz João Baraúna, Nova Cultural Ltda., v. 1, Livro 1, São Paulo, p. 90, 1996.

contam com estas variáveis pouco confiáveis¹⁴.

O sistema monetário ocidental atual baseia-se em dois pilares: (1) o monopólio estatal da emissão de moeda com curso forçado e (2) o banco central como controlador do sistema bancário. Na maioria dos países, essa função é delegada ao próprio banco central, evidenciando a forte intervenção estatal. Chamá-lo de capitalismo exige uma interpretação bastante flexível. As moedas emitidas não possuem lastro real, dependendo apenas da confiança no governo. Com o tempo, o vínculo com metais preciosos desapareceu, tornando o padrão-ouro um fato histórico. Não foi extinto por ineficiência, mas por impor limites à emissão desenfreada de dinheiro, que resultava na fuga de ouro e desvalorização cambial. Desde 1971, quando Richard Nixon encerrou a conversibilidade do dólar em ouro, vivemos sob papel-moeda fiduciário, permitindo emissões quase ilimitadas. O único freio a essa prática é o risco de perda de confiança na moeda, levando ao seu repúdio, como ocorre em crises de hiperinflação¹⁵.

Essa vedação a convertibilidade da moeda papel ao metal tornou-se necessária para evitar a corrida bancária, que com isso acabou por extinguir a possibilidade de que isso viesse a acontecer, evitando colapsos econômicos como aconteceram na grande de pressão. Mas tudo isto teve um severo risco, afinal, as moedas de cada países não precisariam ser aceitas por países estrangeiros, as trocas internacionais necessitaram de se adaptar a uma nova realidade comercial¹⁶.

¹⁴ HAYEK, Friedrich A. *Desestatização do Dinheiro*, São Paulo, Instituto Ludwig Von Mises, Brasil, p. 36-37, 2011.

¹⁵ O abandono do chamado padrão ouro foi abandonado em grande parte por problema na operação no caso de resgates e por segundo, no problema nítido que os governos encontravam na dificuldade de emitir a sua própria moeda para financiar os seus gastos, estes limites e a expansão do governo obrigaram nitidamente uma alteração da perspectiva que existia sobre a moeda. Na prática atual vemos que os bancos centrais têm tendido a não emitir as suas moedas de maneira ilimitada, muito por conta do receio prático das consequências deste ato. ULRICH, Fernando. *Bitcon: A Moeda Na Era Digital*, São Paulo, Instituto Ludwig Von Mises Brasil, p. 24-27, 2014.

¹⁶ ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia: Microeconomia aplicada e Macroeconomia*, 4ª Edição, II, AAFDL, Lisboa, p. 993, 2022.

Na prática atualmente o que temos é que os papéis moedas atuais correspondem a um título de portador do tesouro dos países com um cupom zero, sendo dívidas do governo soberano que as emite, exemplificando, a nota de dólar americano é considerada uma dívida pública porque o governo americano a aceita como forma de pagamento de seus impostos federais, sendo praticamente o único meio de pagamento aceito para que os residentes nos EUA quitem suas obrigações com o governo federal. Sendo uma nota de dólar americano um título ao portador, e possui cupom zero pois o valor nominal da cédula permanece ao longo do tempo. A sua aceitação global depende do fato de que os agentes econômicos mundiais comercializam com os EUA, ou possuem poucas transações de distância de um contribuinte americano. De igual modo os cigarros podem ser considerados uma moeda de troca em uma penitenciária, mesmo que o portador dele não fume, considerando que ele terá valor para outros presos, no caso do dólar, ele é aceito mundialmente afinal sempre é possível encontrar alguém que precisará pagar dívidas do governo americano. O Dólar nesta análise não seria uma moeda fiduciária “pura”, não se norteando apenas por uma convenção social de aceitação como meio de pagamento¹⁷.

Com o papel-moeda sem lastro metálico amplamente adotado, o monopólio governamental sobre a emissão de dinheiro tornou-se ainda mais problemático. O controle político sobre a moeda pode resultar tanto no pior quanto no melhor sistema monetário. Uma moeda gerida para atender às necessidades dos usuários poderia ser ideal, enquanto aquela manipulada por interesses específicos tende a ser desastrosa. Embora seja possível regular o valor do papel-moeda fiduciário, governos democráticos com poderes ilimitados dificilmente o administrariam de forma satisfatória. A crença de que apenas o ouro

¹⁷ FERNÁNDEZ-VILLASVERDE, Jesús. Cryptocurrencies: A Crash Course in Digital Monetary Economics. *The Australian Economic Review*, v. 51, n. 4, p. 514–526, 2018. DOI: 10.1111/1467-8462.12306., p. 518-519.

garante estabilidade monetária é historicamente compreensível, mas tecnicamente infundada. A incapacidade política de manter uma moeda estável não implica que seja impossível controlar seu valor de maneira eficiente¹⁸.

A dificuldade em conter a expansão do Governo Federal decorre do forte apelo que a centralização exerce sobre seus defensores. Muitos acreditam que concentrar decisões facilita a implementação de políticas que consideram desejáveis, como a redistribuição de riqueza ou o aumento da atuação do Estado. Esse raciocínio tem fundamento, mas ignora um aspecto crucial: o poder centralizado pode servir tanto para promover avanços quanto para impor retrocessos. Quem controla o governo hoje pode ser substituído amanhã, e o que beneficia alguns pode prejudicar outros. A ironia da centralização é que, frequentemente, ela acaba prejudicando exatamente aqueles que a defendem. Por isso, proteger a liberdade exige limitar o poder estatal e promover sua descentralização¹⁹.

O sistema monetário fiduciário atual representa uma imposição forçada de um modelo de livro-razão centralizado, sustentado na lógica da dívida, que acabou por monopolizar os serviços financeiros e monetários em escala global. Sua origem está ligada à necessidade dos governos de administrar o descumprimento de obrigações previamente lastreadas em ouro. Esse sistema não foi idealizado para oferecer maior eficiência no uso da moeda ou facilitar transações no dia a dia. Na prática, trata-se de uma promessa de pagamento futuro, aceita como se tivesse o mesmo valor que dinheiro presente, desde que emitida por um governo ou instituição autorizada. Esse modelo permite que o crédito público antecipe recursos futuros para quitar dívidas atuais, criando uma expansão artificial da quantidade de unidades

¹⁸ HAYEK, Friedrich A. *Desestatização do Dinheiro*, São Paulo, Instituto Ludwig Von Mises, Brasil, 2011, p. 36-37.

¹⁹ FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e Liberdade*, Disponível em: <https://www.ufrgs.br/daeca/wp/wp-content/uploads/2009/03/capitalismo-e-liberdade.pdf>, p. 2-4.

monetárias em circulação, superior aos ativos reais disponíveis. Isso gera, inevitavelmente, perda de valor para todos os demais tokens ou unidades já existentes no sistema. Seu valor deriva, portanto, não de um lastro material, mas exclusivamente da confiança imposta por decreto estatal, que obriga sua aceitação dentro da rede econômica²⁰. A expansão progressiva da base monetária, aliada à possibilidade de emissão de dívida lastreada em expectativas de fluxos futuros, consolidou um ambiente propício à proliferação de passivos financeiros em larga escala. Tal contexto fomentou uma dinâmica de concorrência pela legitimidade na emissão de dívidas, envolvendo distintos agentes institucionais notadamente, atores políticos, burocráticos e financeiros que disputam entre si as credenciais de serem agentes legítimos para emissão das divisas. Esse processo, intensificado ao longo das últimas décadas, tem contribuído para o surgimento de um ambiente de crescente insegurança e questionamento acerca da capacidade efetiva de ancoragem e estabilidade estrutural do sistema financeiro contemporâneo.

4. CRIPTOMOEDAS: INOVAÇÃO TECNOLÓGICA E ECONÔMICA

I. CONCEITOS E ESTRUTURA DO BITCOIN

As criptomoedas surgiram como uma nova classe de ativos com o início da negociação do Bitcoin em 3 de janeiro de 2009. Criado por Satoshi Nakamoto, o Bitcoin surgiu como uma resposta a uma questão de longa data na comunidade de criptografia (e, em menor grau, entre libertários): é possível criar uma moeda digital totalmente descentralizada? Um sistema monetário descentralizado permite que indivíduos realizem transações financeiras diretamente entre si, sem a necessidade de um

²⁰ AMMOUS, Saifedean. *O Padrão Fiat*. Tradutor José Rui Sousa, Editora Konsensus Network – The Freedom Publishing House, p. 33-36, 2022.

intermediário, como bancos ou empresas de pagamento. Isso funciona de maneira semelhante ao dinheiro em espécie, que pode ser entregue diretamente de um comprador para um vendedor, sem a interferência de uma autoridade central responsável pela política monetária. No meio tecnológico, essas transações são conhecidas como *peer-to-peer* (P2P)²¹.

O comércio online depende de instituições financeiras como intermediárias para processar pagamentos, mas esse modelo baseado em confiança apresenta fragilidades. Transações não podem ser irreversíveis, pois disputas exigem mediação, aumentando custos e inviabilizando pagamentos pequenos. A possibilidade de reversão amplia a necessidade de confiança, fazendo com que comerciantes exijam mais informações dos clientes. Além disso, fraudes são consideradas como inevitáveis, gerando custos adicionais. No ambiente físico, o uso de dinheiro elimina esses problemas, mas não há um equivalente digital sem um terceiro confiável. Assim, a solução proposta é um sistema de pagamento eletrônico baseado em prova criptográfica, permitindo transações diretas e seguras sem intermediários²².

O sistema financeiro atual exige intermediários para mediar disputas, tornando as transações reversíveis e elevando os custos. Isso dificulta pagamentos pequenos e cria a necessidade de confiança entre as partes, aumentando a burocracia e aceitação de fraudes como inevitáveis. No comércio físico, o dinheiro evita esses problemas, mas online não há um mecanismo semelhante. Assim, a dependência de terceiros limita a eficiência e segurança das transações digitais²³.

Em síntese, Satoshi Nakamoto criou um sistema de construção de moedas eletrônicas que utilizam da criptografia para

²¹ HALABURDA, Hanna; HAERINGER, Guillaume; GANS, Joshua S. J.; GANDAL, Neil. *The Microeconomics of Cryptocurrencies*. NBER Working Paper no. 27477. National Bureau of Economic Research, p. 4-6, 2020. Disponível em: <http://www.nber.org/papers/w27477>. Acesso em: 15 jul. 2025.

²² NAKAMOTO, Satoshi. *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*, 2009.

²³ NAKAMOTO, Satoshi. *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*, 2009.

garantir a sua existência e a verificação da sua legitimidade acontece com outras moedas que são construídas com base na mesma estrutura de criptografia. A atuação delas ocorre de maneira descentralizada, sem necessitar de uma autoridade controladora e mais, garante que toda a rede seja responsável por garantir a estrutura do sistema, vez que as novas moedas e as transações ocorridas entre elas são consolidadas e verificadas por todas as outras, a rede tornou-se um sistema autônomo e independente de verificação e de legitimidade da própria estrutura²⁴.

No Bitcoin, os usuários não possuem contas tradicionais, mas sim carteiras digitais (*wallets*), compostas por um endereço Bitcoin (chave pública) e uma chave privada (usada para autorizar transações). O sistema permite criar infinitas carteiras, possibilitando que um usuário gere uma nova para cada transação. Para enviar bitcoins, o usuário utiliza sua chave privada para autenticar a transação e precisa do endereço Bitcoin do destinatário. Além disso, pode definir uma taxa voluntária, paga quando a transação for registrada na blockchain. O processamento é feito pelos mineradores, que validam e registram as operações²⁵.

Esta estrutura de criptografia, denominada como “blockchain”²⁶, é como se fosse a construção de um livro-razão (*ledger*) público de todas as transações que são feitas e que envolvem o bitcoin, a cada intervalo de tempo, uma rede descentralizada e anônima de participantes, denominados como “mineradores” competem entre si em um torneio computacional para deter o direito de adicionar um novo bloco de transações (a cada dez minutos aproximados) ao livro-razão público. O vencedor deste torneio é o primeiro participante que conseguir resolver

²⁴ NAKAMOTO, Satoshi. *Bitcoin: A Peer-to-Peer Eletronic Cash System*, 2009.

²⁵ HALABURDA, Hanna; HAERINGER, Guillaume; GANS, Joshua S. J.; GANDAL, Neil. *The Microeconomics of Cryptocurrencies*. NBER Working Paper no. 27477. National Bureau of Economic Research. Disponível em: <http://www.nber.org/papers/w27477>, p. 5-7, 2020.

²⁶ Registre-se que dentro do *paper* de Satoshi, a palavra Blockchain não é descrita, esta definição foi realizada a posteriori.

este problema computacional que se juntará à rede de blocos já resolvidos por outros integrantes, de modo que todos os demais aceitam o ingresso desse novo bloco gerado junto a cadeia já construída anteriormente, em uma sequência longa de blocos criptografados resolvidos²⁷²⁸.

A tecnologia blockchain combina criptografia, código aberto, redes de computadores e incentivos econômicos. No entanto, essa lista não explica completamente seu impacto. Para compreendê-la melhor, é essencial analisar o que a blockchain faz, com o que compete e o que pode substituir: os livros-razão (*ledgers*). Estes são fundamentais para o registro de transações e a organização das economias modernas. A blockchain propõe um novo modelo de *ledger*, que permite criar consenso sem a necessidade de uma autoridade central. Assim, as tecnologias de livro-razão distribuído tornam possível um sistema seguro e descentralizado, eliminando intermediários. A relevância dessa tecnologia reside no fato de que as economias dependem de registros confiáveis, historicamente centralizados em governos ou grandes corporações²⁹.

Nakamoto construiu esta estrutura ciente de que agentes mal-intencionados poderiam tentar fraudar toda a rede com a construção de equipamentos sofisticados que tentariam subverter toda a rede do blockchain, entretanto, considerou-se uma lógica de incentivos, de modo que a rede construída para fraudar

²⁷ BUDISH, Eric. *The Economic Limits of Bitcoin and the Blockchain*. NBER Working Paper No. 24717, National Bureau of Economic Research, Cambridge, MA, 2018.

²⁸ Ammous faz um comparativo entre a mineração do bitcoin com a da emissão de dívidas por parte das instituições credenciadas, ambos emitem tokens que correspondem a algo, no primeiro caso a um criptoativo, já no segundo caso a um título de dívida, considerando que a emissão de crédito é antecipar um ato futuro para o presente, obrigando a extração de novos tokens para uma realidade atual. AMMOUS, Saifedean. *O Padrão Fiat*. Tradutor José Rui Sousa, Editora Konsensus Network – The Freedom Publishing House, p. 48-52, 2022.

²⁹ DAVIDSON, Sinclair; DE FILIPPI, Primavera; POTTS, Jason, *Disrupting Governance: The New Institutional Economics of Distributed Ledger Technology* (July 19, 2016). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2811995> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2811995>.

traria menores retornos ao agente se ao invés disto ele decidir usar esta mesma rede para minerar as bitcoins³⁰. A primeira transação de um bloco é a da geração de uma nova moeda que pertence ao seu criador, o que incentiva as pessoas a poderem gerar elas, outro incentivo que ocorre é que ao fornecer as suas redes computacionais para minerar bitcoins, estas também podem ser utilizadas para ajudar a validar as novas ações de outros agentes em suas transações, de modo que ao fazerem isto serão remunerados com taxas de transação pagas em bitcoins³¹.

Assim, podemos resumir as contribuições de Satoshi Nakamoto em seis premissas: a primeira, é o que o bitcoin é uma criptomoeda eletrônica que utiliza um meio de comércio eletrônico descentralizado que prescinde de uma autoridade central (banco central, casa da moeda) que legitima as suas operações. A segunda, é que a construção das novas moedas depende exclusivamente dos usuários da rede que utilizam seus recursos para fazê-las com base nas criptografias, inclusive são estes que validam as operações de comercialização e trocas dentro da rede, sendo dispensada a participação de um intermediário central (banco, agentes financeiros, governos). A terceira, é que qualquer pessoa, com menor ou maior estrutura pode participar desta atividade sem necessitar solicitar ou ter autorização de qualquer autoridade governamental, na prática qualquer um pode “imprimir” moeda, sendo a sua eficiência é determinada pelo mercado, conforme a rapidez e eficiência de resolução das criptografias existentes. A quarta é que com o passar do tempo estas criptografias tornam-se mais complexas devido ao tamanho da rede de criptografia que validam as os blocos/transações realizadas,

³⁰ Considerando a sofisticação de toda a estrutura do blockchain e a quantidade de equações e problemáticas existentes nesta tecnologia, não nos foge a consciência de que o agente que tiver uma estrutura capaz de fraudar a bitcoin, também terá a mesma tecnologia para fraudar inúmeros outros sistemas bancários mundiais que tendem a ser menos sofisticados e problemáticos do que a rede do próprio blockchain. O agente malicioso tendencialmente preferiria atacar outras redes ao bitcoin, pois suas chances de êxito seriam muito menores contra o blockchain.

³¹ NAKAMOTO, Satoshi. *Bitcoin: A Peer-to-Peer Eletronic Cash System*, 2009.

assim, torna-se mais custoso a verificação destas atividades. A quinta é que toda esta operação tem um custo, o de estrutura computacional para ter servidores que tenham a capacidade de resolver a criptografia e criar moeda, o sexto é o custo energético de manter toda esta operação, que com o passar do tempo progressivamente tende a ser mais custoso e menos viável que demandará uma crescente remuneração dos agentes que trabalham nesta operação, que pode vir a ocorrer pela valorização do bitcoin frente a outras moedas/commodities³².

Mesmo após a construção deste raciocínio de Satoshi Nakamoto, a realidade demonstra particularidades distintas de sua teoria original. Estudos acadêmicos têm notado que o Bitcoin possui uma natureza própria de ser um criptoativo que atua como moeda, servindo para a realização de transações de diversos níveis, vezes ele acaba atuando como uma moeda em si, e outras como uma commodities, devido a sua escassez e limitação de liquidez. Salienta-se que às vezes as suas transações não são simultâneas, podem sofrer atrasos de até uma hora devido às criptografias existentes no procedimento. Mas por outro lado destaca-se a possibilidade de as transações serem transfronteiriças, internacionais e com alta flexibilidade e poucos custos transacionais. Possuindo um custo intrínseco de construção e circulação, considerando que qualquer pessoa pode gerar um bitcoin, desde que invista recursos suficientes para tanto, além da finitude da sua ampliação em termos quantitacionais, demonstram que o bitcoin se assemelha muito ao próprio ouro em termos de reserva de valor. O bitcoin tem se mostrado mais útil como um ativo do que como uma moeda em si para os seus portadores³³.

³² Segundos dados referenciais, cada bitcoin a ser minerado em fevereiro de 2025, estaria custando em média nos EUA o valor aproximado de \$ 94.000,00 (noventa e quatro mil dólares), sendo que este custo pode variar se considerarmos a eficiência do equipamento, custo de energia, estrutura, falhas e outras variáveis, valores disponíveis em: HARPER, Ben; FARAHANI, Kaan. *Hashrate Markets Lookback Series - February 2025*. Luxor Technology, 6 mar. 2025. Disponível em: <https://hashrateindex.com/blog/hashrate-markets-lookback-series-february-2025>.

³³ DYHRBERG, Anne Haubo. Bitcoin, gold, and the dollar – A GARCH volatility

Não é apropriado avaliar o Bitcoin como se fosse uma ação, uma vez que a rede Bitcoin, enquanto sistema, não possui um proprietário. Além disso, apesar de ser uma moeda digital, ele não pode adquirir valor da mesma forma que as moedas fiduciárias, pois não há um governo que o estabeleça e sustente seu valor. O Bitcoin se assemelha mais a uma *commodity*, como o café, cuja produção é realizada por pequenos produtores que operam de forma independente, sem coordenação centralizada em suas decisões³⁴.

Desta construção de blockchain e a da ideia das criptomoedas surgiram diversas outras ideias que buscaram trazer as facilidades do bitcoin aliadas com maior eficiência e função. Destas ideias, podemos ressaltar algumas, como as StableCoins, o Ethereum, Altcoins e outras infinitas criptomoedas que surgem a cada dia com suas mais diversas bases e objetivos distintos.

Desde então, esse mercado cresceu rapidamente, impulsionando inovação e pesquisa acadêmica. No auge, as criptomoedas já chegaram a atingir quase 3 trilhões de dólares em capitalização e um volume diário superior a 200 bilhões de dólares. Inicialmente restritas a investidores pessoas físicas, elas entraram no mercado financeiro tradicional com futuros, opções e ETFs de Bitcoin, atraindo instituições financeiras, governos, e outras infinidades de agentes econômicos. Esse avanço resultou na criação de criptomoedas diversas, cada uma com funções específicas³⁵.

II. O OURO E O BITCOIN

analysis. *Finance Research Letters*, v. 16, p. 85-92, 2016. DOI: 10.1016/j.frl.2015.10.008.

³⁴ PODHORSKY, Andrea. Bursting the Bitcoin Bubble: Do Market Prices Reflect Fundamental Bitcoin Value?. *International Review of Financial Analysis*, v. 93, p. 103158, 2024. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.irfa.2024.103158>.

³⁵ DIONYSOPOULOS, Lambis; URQUHART, Andrew. *10 years of stablecoins: Their impact, what we know, and future research directions*, *Economics Letters*. v. 244, 2024, 111939, ISSN 0165-1765, <https://doi.org/10.1016/j.econlet.2024.111939>.

O Bitcoin é frequentemente comparado ao ouro: seu valor depende da demanda, a oferta é limitada e sua criação ocorre por meio da "mineração", que se torna mais difícil com o tempo. No entanto, em vez de serem armazenados em cofres, ele existe apenas em registros em um livro-razão digital distribuído globalmente. A mineração de Bitcoin é um processo puramente matemático, semelhante à busca por números primos. No passado, encontrar números primos pequenos era fácil, mas à medida que foram descobertos, tornou-se mais difícil encontrar os maiores. Hoje, pesquisadores utilizam supercomputadores para essa tarefa. No caso dos Bitcoins, o objetivo não é encontrar números primos, mas um bloco de dados que, ao ser processado pelo algoritmo de hash do Bitcoin, gera um padrão específico. Quando isso ocorre, o minerador recebe uma recompensa em Bitcoins, além de taxas associadas às transações verificadas no bloco. A recompensa diminui conforme mais Bitcoins são minerados globalmente³⁶.

Assim como o Ouro possui um custo atrelado à sua produção e comercialização, o bitcoin possui um custo existente tanto à sua "mineração" quanto à validação das operações pela blockchain. Este custo é calculado essencialmente pelos equipamentos utilizados, acrescidos do custo de energia para manter a operação de mineração, versus o valor da recompensa do trabalho obtido, ou seja, quanto mais complexa for a criptografia e a mineração, maior deverá ser a remuneração pois maiores serão os custos envolvidos. Quanto maior for o valor do Bitcoin, maiores serão as recompensas de mineração e das taxas de transação e maior será o consumo de energia, é um mercado livre que se equilibra naturalmente por meio da cotação do Bitcoin. Criou-se, assim, um ecossistema de livre mercado em que o passar do tempo e da complexidade da criptografia, maiores serão os

³⁶ TINDELL, Ken. *Geeks Love the Bitcoin Phenomenon Like They Loved the Internet in 1995*. Business Insider, 2013. Disponível em: <https://www.businessinsider.com/how-bitcoins-are-mined-and-used-2013-4>.

custos envolvidos em toda negociação³⁷. Estes fatores fazem com que diversos produtores acabam por juntar e agregar as suas forças, criando as descritas “piscinas de mineração”, que são similares a uma cooperativa agrícola, em que diversos produtores/mineradores utilizam recursos compartilhados para diluir os riscos e dividir as recompensas entre os seus participantes, tendo maior relevância no mercado³⁸.

A expectativa de uma alta recompensa pela criação de blocos estimula a competição entre mineradores, que disputam para validar o próximo bloco na blockchain. Para garantir um consenso eficiente, é ideal que, em um intervalo de tempo adequado, apenas um minerador vença. Caso dois mineradores validem simultaneamente, há mecanismos que resolvem o impasse. A mineração opera como um leilão de computação, no qual mineradores investem poder de processamento para receber a recompensa do bloco. O custo desse processo vem do hashing, que transforma dados em uma sequência única de caracteres. Esse hash é irreversível e gerado de forma imprevisível, garantindo segurança à rede. A dificuldade de mineração é ajustada a cada 2016 blocos (cerca de duas semanas) para manter o tempo médio de validação em 10 minutos, independentemente do número de mineradores ou da capacidade computacional disponível (*hash power*)³⁹.

Além deste custo, outro ponto relevante da mineração está nas instituições dos Halvings. O *halving* é um processo que limita a emissão de novas unidades de uma criptomoeda, criando escassez e podendo influenciar seu preço. Esse mecanismo

³⁷ BUDISH, Eric. *The Economic Limits of Bitcoin and the Blockchain*. NBER Working Paper No. 24717, National Bureau of Economic Research, Cambridge, MA, 2018.

³⁸ PODHORSKY, Andrea. Bursting the Bitcoin Bubble: Do Market Prices Reflect Fundamental Bitcoin Value?. *International Review of Financial Analysis*, v. 93, p. 103158, 2024. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.irfa.2024.103158>.

³⁹ HALABURDA, Hanna; HAERINGER, Guillaume; GANS, Joshua S.J. S.; GANDAL, Neil. *The Microeconomics of Cryptocurrencies*. NBER Working Paper No. 27477. National Bureau of Economic Research, p. 8-9, 2020. Disponível em: <http://www.nber.org/papers/w27477>

ocorre em intervalos regulares, determinados pelo número de blocos criados. No caso do Bitcoin, o *halving* acontece a cada 210.000 blocos, o que equivale aproximadamente a cada quatro anos. Com isto, após esta quantidade de blocos minerados, a recompensa de resultado da mineração cairá pela metade, criando uma escassez no mercado e uma diminuição do rendimento, forçando a alavancagem dos preços pela lei da oferta e demanda. Os últimos dois halvings aconteceram em 11 de maio de 2020⁴⁰ e em 19 de abril de 2024.

O processo de mineração de bitcoins não é infinito. O sistema foi estruturado para simular a extração de metais preciosos, com um limite fixo e predefinido de 21 milhões de unidades. Estima-se que o último "satoshi" (0,00000001 BTC) será minerado até 2140. Se a capacidade total de mineração crescer significativamente, a complexidade do processo aumentará, tornando a obtenção desse último satoshi um grande desafio computacional. Após essa etapa, os mineradores não mais receberão novos bitcoins, mas serão recompensados exclusivamente por meio de taxas cobradas nas transações validadas. Esse mecanismo garante que a rede continue funcionando mesmo após o fim da mineração⁴¹.

Importante destacar que mesmo com estas construções de finitude, o mercado de cripto vem sendo afetado diretamente com bolhas de valores consideráveis e com causas bem distintas. Declarações econômicas, ou em redes sociais de agentes influentes no mercado econômico ou crises em diversos locais de diversos países podem gerar um efeito instantâneo e alteração do valor automático no ato. O investimento em criptomoedas muitas vezes ocorre por influência de agentes que detêm certa popularidade, como youtubers ou CEOs de projetos de criptos,

⁴⁰ M'BAKOB, Gilles Brice. Bubbles in Bitcoin and Ethereum: The Role of Halving in the Formation of Super Cycles. *Sustainable Futures*, v. 7, p. 100178, 2024. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.sftr.2024.100178>.

⁴¹ ULRICH, Fernando. *Bitcon: A Moeda Na Era Digital*, São Paulo, Instituto Ludwig Von Mises Brasil, p. 15, 2014.

denotando que frequentemente este mercado está sujeito a comportamentos irracionais que são liderados por formadores de opiniões e seus seguidores, utilizando por vezes vieses psicológicos semelhantes à de indivíduos que são afetados por uma índole religiosa acentuada que podem vir a obscurecer o julgamento objetivo sobre este mercado. Assim a alta volatilidade das criptos é algo a ser acentuado⁴².

O valor essencial do Bitcoin é determinado pelo preço que mantém a estabilidade dentro do protocolo e no processo competitivo entre os mineradores. Diante de um aumento sustentado na demanda, sucessivas adaptações no nível de dificuldade irão gradualmente alinhar o preço de mercado ao seu valor intrínseco, correspondente ao equilíbrio de longo prazo. A análise que verificamos com base no tempo e nas cotações demonstra que o preço do Bitcoin apresenta uma relação de cointegração com o custo marginal de mineração da oferta planejada de bitcoins, reforçando a tese de que esse custo reflete seu valor fundamental⁴³, ressaltando sempre que estes valores não são fixos, variando de sobremaneira conforme a época e fatores exógenos, como políticos, econômicos, e outros que influenciam pontualmente o seu preço.

Se fizermos uma comparação lado a lado com o ouro, poderíamos destacar algumas diferenças, o ouro, conforme já destacado por Adam Smith, é suscetível a uma variação de preços conforme a disponibilidade deste produto no mercado, quanto mais ouro for minerado, menor tenderá a ser o seu valor se não tivermos uma procura suficientemente elevada para compensar a nova quantidade de ouro. Já o bitcoin, possui uma quantidade finita e limitada, 21 milhões é a quantidade de bitcoin

⁴² M'BAKOB, Gilles Brice. Bubbles in Bitcoin and Ethereum: The Role of Halving in the Formation of Super Cycles. *Sustainable Futures*, v. 7, p. 100178, 2024. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.sfr.2024.100178>.

⁴³ PODHORSKY, Andrea. Bursting the Bitcoin Bubble: Do Market Prices Reflect Fundamental Bitcoin Value?. *International Review of Financial Analysis*, v. 93, p. 103158, 2024. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.irfa.2024.103158>.

possíveis de serem inseridas no mercado, com uma quantidade limitada, isso impede que ocorra uma progressão infinita da moeda. Verifica-se que o custo de mineração do ouro é infinitamente mais complexo que o do bitcoin, além de ter complexidades a níveis regulatórios (ambientais, ecológicos), possui uma dificuldade de certificação, transporte, comercialização, além de ter suas fontes em locais específicos e limitados geograficamente, ao contrário, o bitcoin pode ser minerado em qualquer lugar, estando dependente apenas da existência de estruturas compatíveis e que possibilitam isto, aliado a uma estrutura energética que supra esta demanda, mas de fato é menos complexo do que a mineração do ouro.

Ouro e Bitcoin compartilham características que os tornam potencialmente deflacionários e não correlacionados com o mercado de ações. O Bitcoin tem oferta limitada e definida por algoritmos, impedindo uma inflação artificial e favorecendo uma valorização sustentada quando há demanda. Ambos são classificados como commodities e possuem processos de produção distintos – mineração digital no Bitcoin e extração física no ouro. Nenhum deles está sob controle de bancos centrais e sua oferta limitada reforça sua atratividade como ativos alternativos. Além disso, apresentam volatilidade positiva em relação aos retornos, funcionando como hedge contra a inflação e riscos de mercado. Ouro e Bitcoin reagem assimetricamente a eventos econômicos, mas, ao contrário de ações e títulos, não geram fluxos de caixa. A principal semelhança entre eles é sua capacidade de proteção contra crises e inflação, tornando-os opções estratégicas para investidores⁴⁴.

Entretanto cabe destacar que a reação de ambos a incertezas políticas não é similar, o ouro possui uma característica de ser considerado como um ativo de proteção contra incertezas econômicas ou políticas, já o bitcoin, não tem tido a mesma

⁴⁴ BORISOV, S. Bitcoin – Hedge or Speculative Asset: Analysis of Its Role and Nature. *Economic Studies* (Ikonomicheski Izsledvania), v. 33, n. 5, p. 148-170, 2024.

performance, respondendo negativamente quando analisamos períodos de incertezas políticas com resultados negativos. a incerteza econômica prejudica os retornos do Bitcoin, mas aumenta os retornos do ouro, reduzindo-se a volatilidade do bitcoin neste período e aumentando a do ouro nestes períodos de incertezas, demonstrando que o bitcoin acaba não reagindo como um ativo de proteção similar ao ouro. Verifica-se por outro lado que em períodos de baixas incertezas o bitcoin tem tido retornos significativamente superiores ao do ouro, possuindo uma rentabilidade muito superior a ele a partir da sua criação⁴⁵.

Outro ponto a ser destacado sobre uma semelhança entre o ouro e bitcoin está na capacidade de serem roubadas dos seus portadores, afinal, bitcoin e ouro, em sua característica bruta, são bens ao portador, em que no ouro pode ocorrer uma subtração física do ouro portado, já no bitcoin é possível que haja o roubo das chaves privadas, que pode inclusive ocorrer mediante ameaça física do agente portador da sua *wallet*. Além disso, há o clássico problema do ataque “Goldfinger”, em que alguém pode tentar invadir ou destruir a rede de ouro ou bitcoin para simplesmente fazer uma sabotagem em uma estrutura a fim de obter ganhos indiretos com isto⁴⁶. Frise-se que devido a esta capacidade de ser título ao portador em caso das criptos estarem acomodadas em chaves privadas elas não poderão ser alvos de apreensões de autoridades ou alvo de destinação diversa da pretendida pelo seu proprietário, delegar a custódia a terceiros por meio de ETFs,

⁴⁵ BORISOV, S. Bitcoin – Hedge or Speculative Asset: Analysis of Its Role and Nature. *Economic Studies* (Ikonomicheski Izsledvania), v. 33, n. 5, p. 148-170, 2024.

⁴⁶ No filme 007 Auric Golfinguer planeja invadir Fort Knox para que seja detonado no local uma bomba nuclear que venha a inutilizar o ouro existente no depósito, retirando a reserva de ouro americana de circulação fazendo valorizar todo o restante do ouro do mundo, lucrando assim com seu estoque pessoal. Verifica-se que um ataque deste é possível no Bitcoin às expensas da utilização de um poder computacional robusto, que pode ser realizado por um conjunto de países interessados ou por uma grande rede de mineração. FERNÁNDEZ-VILLAYERDE, Jesús. Cryptocurrencies: A Crash Course in Digital Monetary Economics. *The Australian Economic Review*, v. 51, n. 4, p. 514-526, 2018. DOI: 10.1111/1467-8462.12306., p. 521-522.

corretoras, poderá resultar em uma perda das criptos em razão de subtração ou de atos de terceiros o que implica uma maior cautela do usuário a fazer a sua custódia⁴⁷.

III. O ETHEREUM E O POTENCIAL DOS CONTRATOS INTELIGENTES

A blockchain é uma tecnologia que funciona na internet, operando em redes de computadores. Assim como a internet representou um avanço em relação aos computadores isolados, as blockchains são a próxima evolução da internet. Onde a internet pode chegar, as blockchains também podem. Seu diferencial está na criação de ledgers públicos e descentralizados, permitindo que a internet funcione, na prática, como um computador global, com a adição de uma linguagem de programação avançada e funcionalidades programáveis, as blockchains evoluíram para algo muito maior, tornando-se uma plataforma para a criação de "smart ledgers", sistemas inteligentes de registro e validação de dados⁴⁸.

Dentro destas operações, emergiu com uma construção mais popular a Ethereum, uma plataforma descentralizada que possibilita a criação e execução de contratos inteligentes (smart contracts) exatamente como foram programados, sem riscos de interrupções, censura, fraudes ou interferências de terceiros. Ele fornece uma infraestrutura global compartilhada capaz de

⁴⁷ O proprietário de uma corretora no Canadá faleceu em 2019, cujo acesso as chaves privadas em que estavam os ativos de propriedade dos investidores da corretora eram somente de seu conhecimento, estima-se que estariam perdidos montantes superiores a 130 milhões de dólares em que o acesso somente será possível com o acesso as chaves privadas. REUTERS. *Millions in cryptocurrencies frozen after Canadian founder's death*. Reuters, 04 fev. 2019. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-crypto-currencies-quadriga/millions-in-cryptocurrencies-frozen-after-canadian-founders-death-idUSKCN1PU025>. Acesso em: 29 mar. 2025.

⁴⁸ DAVIDSON, Sinclair; DE FILIPPI, Primavera; POTTS, Jason. *Disrupting Governance: The New Institutional Economics of Distributed Ledger Technology*, 2016. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2811995> or <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2811995>

transferir valores e registrar direitos de propriedade. Essas características permitem que desenvolvedores construam mercados, mantenham registros de dívidas ou compromissos, e movimentem recursos conforme instruções definidas previamente (como em um testamento ou contrato futuro) sem a necessidade de intermediários ou o risco de depender da outra parte envolvida⁴⁹.

Conforme instituído por Szabo, um contrato inteligente (smart contract) é um protocolo de transação computadorizado que executa os termos de um contrato. Os objetivos gerais do design de contratos inteligentes são atender a condições contratuais comuns (como termos de pagamento, garantias, confidencialidade e até execução), reduzir exceções tanto maliciosas quanto acidentais e diminuir a necessidade de intermediários confiáveis⁵⁰.

Todo este sistema de Smartcontracts e a blockchain resultou em um sistema de tokenização, em que se criam tokens que representam ativos ou a propriedade de um ativo e o token seria a representação desta propriedade, podendo ser um commodities, valores mobiliários, moedas fiduciárias, ações ou propriedades. O reconhecimento legal destes tokens acabou trazendo uma credibilidade a eles possibilitando a sua comercialização e exponencialização do acesso destas propriedades a terceiros interessados, sendo que toda esta operação é realizada pelo desenvolvimento de smart contracts⁵¹.

⁴⁹ ETHEREUM BLOCKCHAIN APP PLATFORM. *Build unstoppable applications*. Disponível em: <https://ethereum.org/>.

⁵⁰ Do original: "A smart contract is a computerized transaction protocol that executes the terms of a contract. The general objectives of smart contract design are to satisfy common contractual conditions (such as payment terms, liens, confidentiality, and even enforcement), minimize exceptions both malicious and accidental, and minimize the need for trusted intermediaries. Related economic goals include lowering fraud loss, arbitration and enforcement costs, and other transaction costs." SZABO, Nick. *Smart contracts*. 1996. Disponível em: <https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html>. Acesso em: 09 mar. 2025.

⁵¹ INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SECURITIES COMMISSIONS –

O ecossistema das criptomoedas possibilita a implementação relativamente simples dos chamados contratos inteligentes, que funcionam como títulos condicionais cujo cumprimento é automatizado por software. Esses contratos operam como contas de custódia eletrônicas: ao verificar o cumprimento de uma condição preestabelecida, o sistema efetua automaticamente o pagamento, eliminando a necessidade de intermediários. Comparados aos métodos tradicionais — como negociações em mercados organizados com exigência de garantias, contas geridas por advogados ou o uso do sistema judiciário —, os contratos inteligentes se mostram mais eficientes, menos custosos e com menor risco de inadimplemento. Ainda que não sejam exclusivos de criptomoedas, esses mecanismos ilustram seu potencial para integrar inovações contratuais a sistemas de pagamento descentralizados⁵².

Os contratos inteligentes (smart contracts) eliminam a necessidade de intermediários nas negociações, oferecendo maior eficiência e autonomia nas transações. No entanto, apesar de operarem dentro da estrutura segura e descentralizada da blockchain — a qual assegura o registro imutável e transparente das transações passadas e futuras —, esses contratos não são totalmente imunes a falhas ou ataques cibernéticos. O ponto crítico reside nos softwares responsáveis pela programação e execução dos comandos que interagem com a blockchain. Diferentemente da própria rede, esses sistemas não se beneficiam do mesmo nível de proteção criptográfica. Assim, erros de codificação, interpretações equivocadas das informações inseridas ou vulnerabilidades exploradas por agentes mal-intencionados representam riscos concretos. Tais fragilidades tendem a se agravar à medida

IOSCO. *IOSCO Research Report on Financial Technologies (Fintech)*, p. 51. Madrid, p. 47-48, 2017. Disponível em: <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOS-COPD554.pdf>, p. 50-52.

⁵² FERNÁNDEZ-VILLAVERDE, Jesús. Cryptocurrencies: A Crash Course in Digital Monetary Economics. *The Australian Economic Review*, v. 51, n. 4, p. 514–526, 2018. DOI: 10.1111/1467-8462.12306., p. 522.

que os incentivos financeiros para explorar tais brechas se tornam mais atrativos⁵³.

IV. AS STABLECOINS E A CORRESPONDÊNCIA ENTRE MOEDAS

Dentre as infinitas variações derivadas da construção da blockchain e do bitcoin, temos as stablecoins que podem ser definidas como criptomoedas projetadas para manter seu valor fixo em uma moeda (dólar outra moeda ou ativo em específico, podendo ser euro, real...), permitindo conversão imediata sempre que necessário. Para garantir essa estabilidade, seus emissores mantêm reservas financeiras em ativos tradicionais de curto prazo, como Títulos do Tesouro, papéis comerciais de alta qualidade, acordos de recompra e depósitos bancários. No entanto, como essas moedas digitais podem ser resgatadas a qualquer momento, enquanto os ativos que as sustentam podem se tornar difíceis de vender rapidamente, há um risco de corridas bancárias, em que muitos investidores tentam sacar seus fundos ao mesmo tempo, o que pode gerar uma falta de liquidez dos gestores da operação⁵⁴, fatos que também podem ocorrer em

⁵³ Cita-se como exemplo os ataques à plataforma bZx, ocorrido em 2020, explorou vulnerabilidades na lógica dos contratos inteligentes por meio de um empréstimo relâmpago (*flash loan*). O invasor obteve uma grande quantia de ETH sem garantia, manipulou o preço de ativos em uma *exchange* com baixa liquidez e lucrou com a diferença de preços na própria bZx, antes de quitar o empréstimo na mesma transação. O ataque evidenciou falhas na dependência de oráculos de preço e nos mecanismos de controle dos contratos, resultando em perdas de mais de US\$ 300 mil dólares, iniciados a custo quase zero pelo hacker e levantando alertas sobre os riscos estruturais dos protocolos DeFi. De forma semelhante hackers aproveitaram uma falha no protocolo de empréstimo Lendf.Me do Dforce, levando a um prejuízo de US\$ 25 milhões. HARVEY, Campbell R.; RAMACHANDRAN, Ashwin; SANTORO, Joey. *DeFi e o futuro das finanças*. Tradução de Daniel Perissé. 1. ed. Rio de Janeiro: Alta Books, p. 129-135, 2023.

⁵⁴ ALDASORO, Iñaki; CORNELLI, Giulio; MINESO, Massimo Ferrari; GAMBACORTA, Leonardo; HABIB, Maurizio Michael. *Stablecoins, money market funds and monetary policy*. European Central Bank (ECB) Working Paper Series, no. 2987, 2024. Disponível em: <https://www.ecb.europa.eu>. Acesso em: 08 mar. 2025.

instituições bancárias tradicionais.

As stablecoins são uma forma de dinheiro digital privado que, apesar de estarem sujeitas a corridas bancárias, têm conseguido manter sua paridade com o dólar na maior parte do tempo. Elas oferecem benefícios aos seus usuários de diferentes formas, como facilitar transações no mercado cripto, proteger contra a desvalorização de moedas instáveis e, em alguns casos, permitir atividades ilícitas. No entanto, boa parte da atividade que norteia as stablecoins vem sendo utilizadas na especulação de criptomoedas, em que seus detentores podem emprestá-las para traders que operam com alavancagem, recebendo juros em troca. As taxas de empréstimo das stablecoins são altas e variam conforme a demanda especulativa. Quando o interesse por apostas alavancadas cresce, os preços das stablecoins sobem nos mercados secundários; quando diminui, os preços caem. Para manter a paridade com o dólar, os emissores podem controlar a oferta de tokens ou ajustar a liquidez de suas reservas. No entanto, mesmo mantendo sua paridade na maior parte do tempo, stablecoins podem colapsar repentinamente caso enfrentem uma perda súbita de confiança⁵⁵.

As stablecoins e os eurodólares têm semelhanças em sua origem, função e crescimento, sendo passivos offshore em dólares que operam fora da regulamentação dos EUA. Os eurodólares surgiram na Guerra Fria para reduzir riscos de adversários dos EUA, enquanto as stablecoins foram criadas para suprir a exclusão bancária no setor financeiro tradicional. Para isso, exchanges criaram provedores de stablecoins, que recebem depósitos e os convertem em tokens digitais. Esses tokens são usados como moeda de troca para criptomoedas, dando origem ao conceito de stablecoin⁵⁶.

⁵⁵ Gorton, Gary B., *et al. Leverage and Stablecoin Pegs*. Disponível em: https://jfq.org/wp-content/uploads/2025/02/Leverage_and_Stablecoin_Pegs_1.22.2025.pdf

⁵⁶ As *exchanges* neste caso seriam empresas que atuam como intermediárias/plataformas na comercialização de criptomoedas e ativos digitais, por vezes convertem

As stablecoins resolvem um problema crítico para os investidores do mercado cripto, elas mitigam a volatilidade excessiva, garantindo uma previsibilidade sobre valor e a correspondência da cripto, considerando que elas são equivalentes em valor e coexistem de fato com uma moeda ou produto da vida real que fica sob custódia da plataforma, como dólar ou ouro. Atualmente elas já são a criptomoeda mais negociadas no mundo, mas contêm a terceira maior capitalização de mercado, atrás da Ether e do Bitcoin, vêm sendo aceitas como garantias de transações comerciais, com uma crescente expansão de atuação e servem como um mecanismo eficiente para fugir de barreiras regulatórias⁵⁷⁵⁸.

Além disto, elas podem ser consideradas como facilitadoras de transações internacionais que buscam meios mais rápidos e efetivos do que as transações via instituições financeiras tradicionais. A compra de produtos por meio das stablecoins ou outras criptos podem ser facilitadas, inclusive com a venda de imóveis, carros, empresas ou outros infinitos produtos, além de contar com uma taxa de conversão inferior do dinheiro para cripto e da cripto para o dinheiro escolhido ao final da operação.

Entretanto é nítido o risco sistêmico existente nestas

diretamente as criptos em moedas fiduciárias legais. DIONYSOPOULOS, Lambis; URQUHART, Andrew. *10 years of stablecoins: Their impact, what we know, and future research directions*, Economics Letters, v. 244, 2024, 111939, ISSN 0165-1765. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.econlet.2024.111939>.

⁵⁷ HARVEY, Campbell R.; RAMACHANDRAN, Ashwin; SANTORO, Joey. *DeFi e o futuro das finanças*. Tradução de Daniel Perissé. 1. ed. Rio de Janeiro: Alta Books, p. 27-29, 2023.

⁵⁸ Cito como exemplo o recente caso brasileiro, em que o governo decidiu aumentar o Imposto sobre Operações Financeiras (IOF) de surpresa, de 0,38% para mais de 3,5%, afetando transações internacionais, empréstimos, financiamentos dentre outros, com isto, o mercado cripto serviu como intermediador para fuga de capitais, em que agentes usaram corretoras brasileiras para comprar criptos de stablecoins e remetiam a sua custódia para uma corretora estrangeira e de lá, vendiam e recebiam os seus dólares, evitando-se o tributo. RUBINSTEIN, Leonardo. BLOCKTRENDS. *Como stablecoins podem inutilizar o aumento no IOF do governo*. Disponível em: <https://blocktrends.com.br/como-stablecoins-podem-inutilizar-o-aumento-no-iof-do-governo/>. Acesso em: 23 maio 2025.

stablecoins, grandes instituições financeiras entraram neste mercado de modo que atualmente as stablecoins coletivamente já possuem a 18ª posição como maiores credores da dívida dos EUA⁵⁹. A flutuação das ofertas de stablecoins lastreadas em papéis comerciais já influenciam na emissão destes ativos. A emissão de USDT (stablecoin de dólar) tem tido impacto direto na valorização ou desvalorização de títulos de dívidas. Os emissores de stablecoins historicamente otimizaram suas reservas para capitalizar taxas de mercado, impulsionando o seu crescimento por meio dessas estratégias. Neste cenário temos que com a crescente deste mercado caso exista alguma corrida para resgate das stablecoins por algum cenário macro, restaria que teríamos uma venda forçada de ativos sequenciais e perturbações amplas não somente no cenário das stablecoins mas também em títulos de dívidas e outros derivados, inclusive contra outras stablecoins, potencialmente impactando firmas financeiras tradicionais forçadas a liquidar ativos para cobrir chamadas de margem após uma queda nos valores de investimentos em cripto⁶⁰.

O controle do valor da stablecoin ocorre também pela modalidade de disponibilidade da quantia de moeda no mercado, o controlador dela resgata e liquida a moeda conforme a necessidade do mercado, de modo a evitar choques dentro do sistema que leve a uma depreciação ou valorização da moeda que o retire da âncora da paridade. Se o preço dos stablecoins no mercado secundário for superior a 1, os investidores comprarão mais

⁵⁹ Para exemplificação, a cripto USDT tinha em 2022 uma capitalização de aproximados 67 bilhões de dólares, dos quais 58,5% estão atrelados a dívidas do tesouro americano. A Cripto USDC, com capitalização de aproximados 45 bilhões de dólares em 2022, possui 53% do seu capital em fundos de investimentos e 23,5% em títulos de dívida do tesouro americano. OEFELE, Nico; BAUR, Dirk G.; SMALES, Lee A. Are stablecoins the money market mutual funds of the future?, *Journal of Empirical Finance*, v. 79, p. 101557, 2024. ISSN 0927-5398 DOI: <https://doi.org/10.1016/j.jempfin.2024.101557>.

⁶⁰ DIONYSOPOULOS, Lambis; URQUHART, Andrew. 10 years of stablecoins: Their impact, what we know, and future research directions, *Economics Letters*, v. 244, 2024, 111939, ISSN 0165-1765, <https://doi.org/10.1016/j.econlet.2024.111939>.

tokens do emissor pelo preço de 1 e os venderão no mercado para obter lucro, o que aumenta a quantia de moeda disponível no mercado. Se o preço no mercado secundário for inferior a 1, os investidores resgatarão os tokens junto ao emissor para receber 1 e obter lucro, o que reduz a liquidez da moeda. Outro ponto que é utilizado como meio de ajustar o seu valor, é o caso da utilização da moeda como meio de alavancagem, nisto o custo do empréstimo varia de acordo com a disponibilidade/liquidez da moeda existente, forçando uma paridade da moeda⁶¹. Tudo isto demonstra uma série de variáveis que condicionam a manutenção destes sistemas, em que pode não se sustentar na existência de cenários adversos.

Essas preocupações são refletidas na GENIUS Act, proposta legislativa dos Estados Unidos, que condiciona a emissão de stablecoins à manutenção de reservas equivalentes, no mínimo, em proporção de 1:1 em relação à moeda fiduciária que lhes serve de referência. Essas reservas devem estar alocadas em ativos de alta liquidez e segurança, como títulos públicos norte-americanos de curto prazo, fundos compostos por depósitos à vista e outros instrumentos que permitam saque imediato. O objetivo é garantir que a conversão massiva de stablecoins em moeda corrente possa ocorrer sem comprometer sua paridade e sem provocar uma liquidação abrupta de ativos que ponha em risco a estabilidade do sistema financeiro⁶².

V. ANONIMATO NAS CRIPTOMOEDAS: BENEFÍCIOS E RISCOS

⁶¹ GORTON, Gary B., *et al.* *Leverage and Stablecoin Pegs*. Disponível em: https://jfq.org/wp-content/uploads/2025/02/Leverage_and_Stablecoin_Pegs_1.22.2025.pdf

⁶² ESTADOS UNIDOS. *GENIUS Act of 2025: Guiding and Establishing National Innovation for U.S. Stablecoins of 2025*. Projeto de Lei S. 394, 119º Congresso, 1ª Sessão. Senado dos Estados Unidos, Washington, D.C., 4 fev. 2025. Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/119th-congress/senate-bill/394>.

O modelo bancário tradicional protege a privacidade ao restringir o acesso às informações apenas às partes envolvidas e a um terceiro de confiança (normalmente instituições financeiras). Agora no mundo do bitcoin e das criptomoedas em geral todas as transações são divulgadas publicamente com livre acesso, entretanto, a privacidade pode ser preservada dos indivíduos que fazem esta transação. Para cada carteira de criptomoeda (wallets) temos duas chaves, uma privada, que somente o proprietário da chave terá, que lhe concederá acesso próprio a carteira e uma pública, que é divulgada a terceiros para que ocorra uma transação. Esta chave pública não revelará a identidade do proprietário da carteira privada, mas revela de fato as transações que são feitas naquela chave. Assim, a recomendação que Sakamoto faz é a de construção de novas chaves e carteiras para cada transação feita, evitando a vinculação ao mesmo usuário sobre aquela transação. No entanto, em transações que envolvem múltiplas entradas, essa separação se torna mais difícil, pois fica evidente que os fundos vieram da mesma fonte. O perigo está no fato de que, se a identidade do dono de uma dessas chaves for descoberta, pode-se rastrear outras transações associadas a ele⁶³.

Um aspecto relevante relacionado aos pagamentos é a questão da privacidade. Para os agentes econômicos, pode ser preocupante que entidades privadas ou governamentais tenham acesso a informações sobre suas transações financeiras. Empresas do setor privado poderiam explorar esses dados para obter benefícios indevidos (*rents*), enquanto órgãos estatais poderiam utilizá-los para impor restrições à liberdade individual (em alguns casos, com justificativa legítima, como no enfrentamento de atividades ilícitas). Assim, a privacidade torna-se um fator essencial para os agentes, pois impede que terceiros adquiram e utilizem informações sobre seus pagamentos sem

⁶³ NAKAMOTO, Satoshi. *Bitcoin: A Peer-to-Peer Eletronic Cash System*, 2009.

consentimento⁶⁴.

Em comparação com os métodos convencionais de pagamento, o Bitcoin opera sem uma estrutura de governança formal, além do próprio código que o sustenta. Essa característica acarreta diversas consequências para o seu funcionamento. Primeiramente, o sistema não exige que instituições financeiras, operadores de pagamento ou demais intermediários verifiquem a identidade dos usuários ou consultem listas de sanções e países proibidos. Em segundo lugar, o Bitcoin não impõe restrições à comercialização de determinados produtos; diferentemente do que ocorre com redes de cartões de crédito, que frequentemente barram transações ilegais conforme a legislação local. Além disso, as transações em Bitcoin são definitivas, já que seu protocolo não oferece suporte para reembolsos em casos de erro ou compras não desejadas — o oposto de plataformas como os cartões de crédito, que permitem cancelamentos ou estornos⁶⁵.

Mas é fato, que tudo isto pode ser utilizado por agentes bem-intencionados que querem se proteger do arbítrio, nomeadamente em países ditatoriais que praticam o confisco patrimonial sem razão⁶⁶, ou por proteção contra terceiros, mas também

⁶⁴ BIAIS, Bruno. *De Adam Smith à Nakamoto: Une introduction aux théories de la monnaie et des crypto-monnaies*. Institut Louis Bachelier, 2023. Disponível em: <https://www.institutlouisbachelier.org>. Acesso em: 14 mar. 2025.

⁶⁵ Ressalta-se que estas preocupações são latentes, afinal, se armazenados os bitcoins em wallets, elas podem ser transferidas de qualquer lugar em qualquer tempo, colocando um risco maior entre os usuários sobre a sua própria proteção física, afinal, ao serem alvos de um potencial roubo ou sequestro, todos estes valores poderão ser resgatados sem deixar muitos vestígios sobre o seu destinatário considerando a existência das chaves públicas e privadas. BÖHME, Rainer; CHRISTIN, Nicolas; EDELMAN, Benjamin; MOORE, Tyler. Bitcoin: Economics, Technology, and Governance. *Journal of Economic Perspectives*, v. 29, n. 2, p. 213–238, Spring 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1257/jep.29.2.213>, p. 219-220.

⁶⁶ O caso da Venezuela é emblemático, as pessoas têm utilizado das criptomoedas para fugir da censura estatal e garantir o recebimento de valores de familiares ou comerciantes do exterior para burlar a fiscalização do governo. O ativo principal que eles utilizam é a stablecoin USDT, que tenta fazer paridade com o dólar de moeda. INFOMONEY. *Remessas com cripto disparam na Venezuela com o agravamento da crise migratória*. 2024. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/onde->

é utilizado por nações que buscam fugir de embargos econômicos⁶⁷, agentes criminosos que visam locupletar patrimônio advindo de ilícitos, todos podem ser os utilizadores desta ferramenta.

As implicações destas premissas são extensas, por exemplo, um proprietário de cripto que possua a armazenagem das suas criptos em wallets poderá destinar o seu patrimônio conforme o seu próprio interesse, podendo relegar a leis do Estado em que viva, afinal, tudo que importará é o seu acesso a chaves privadas que é de seu conhecimento próprio, não sendo possível acessar estas *wallets* de maneira diversa que está. De modo que poderá a pessoa repassar os seus bens em vida a terceiro sem qualquer supervisão estatal ou ainda, decidir entregar via direito sucessório a quem quer que seja, disponibilizando o acesso as suas chaves privadas, isto invoca a uma ruptura dos tradicionais direitos sucessórios ou na latente possibilidade de perda dos bens em decorrência do falecimento do seu portador desamparando os seus sucessores.

VI. O PROBLEMA DA REDE DO BLOCKCHAIN NAS CRIPTOS

A proteção da rede do bitcoin estabelece-se em uma estrutura de sistema baseado em prova de trabalho (poof-of-work) e a sua rede descentralização de “nós” (node)⁶⁸ que validam as

investir/remessas-com-cripto-disparam-na-venezuela-com-o-agravamento-da-crise-migratoria/. Acesso em: 14 mar. 2025.

⁶⁷ A Venezuela fez uma tentativa pela plataforma Ethereum e criou a sua criptomoeda chamada “petro”, que tinha o intuito de burlar os embargos econômicos que sofreu dos EUA devido a sua situação política. No fim, a mesma moeda acabou sendo abandonada pois não obteve o apoio do mercado de cripto para atividade, de modo que ela voltou a utilizar da stablecoin USDT para tentar manter o seu comércio. EXAME. *Venezuela pode usar criptomoedas para negociar petróleo e driblar sanções dos EUA*. 2024. Disponível em: <https://exame.com/future-of-money/venezuela-usar-criptomoedas-negociar-petroleo-driblar-sancoes-eua/>. Acesso em: 14 mar. 2025.

⁶⁸ Os nós (*nodes*) na rede Bitcoin são computadores ou dispositivos conectados ao sistema que participam da validação, armazenamento e propagação das transações e

suas transações. Todas as transações feitas são validadas na blockchain, e a análise da veracidade da rede é concretizada por meio de uma reconstrução de todo o trabalho já construído anteriormente em que se revalida o novo bloco com base nos antigos. Não sendo possível alterar um bloco minerado se não for alterada toda a cadeia anterior que lhe sucedeu, demandando uma alta tecnologia e sistema computacional extremamente sofisticado⁶⁹.

Na sua programação estabeleceu-se que seria necessário para admitir qualquer alteração na estrutura que mais da metade da rede autorizasse que isto acontecesse, com um modelo de votação em que cada CPU foi concedido um voto de validação, assim, se a maioria da rede não validar qualquer operação feita, ela não será revalidada e será retirada da blockchain do bitcoin. Assim, um agressor da rede precisaria dominar 50% mais um da rede do bitcoin e além disto, deve considerar que toda a estrutura necessária para fazer essa atividade é extremamente custosa e poderia ser muito mais recompensada se fosse utilizada para minerar dentro da própria rede⁷⁰.

Este denominado ataque da maioria também teria os seus limites próprios, o agente que detivesse a maioria do sistema, ele poderia construir a ramificação pretendida para o bitcoin, substituindo a cadeia honesta no momento que considerar mais oportuno, podendo controlar quais transações seriam adicionadas a rede blockchain pública, dentro dos limites do seu desenvolvimento, podendo remover inclusive transações recentes que foram incorporadas a rede quando do seu controle (fazendo surgir ramificações da blockchain), podendo incrementar o seu poder

blocos da blockchain. Podendo ser nós completos, em que armazenam uma cópia da blockchain e validam as operações já feitas, os de mineração que servem para incorporar novos blocos à rede da blockchain, sendo responsáveis por revalidar tudo que já foi construído e feito na rede e todas as operações (transações) realizadas na estrutura.

⁶⁹ NAKAMOTO, Satoshi. *Bitcoin: A Peer-to-Peer Eletronic Cash System*, 2009.

⁷⁰ NAKAMOTO, Satoshi. *Bitcoin: A Peer-to-Peer Eletronic Cash System*, 2009.

a cada tempo em que detêm a maioria da rede para si. Entretanto, não poderá este agente alterar a cadeia anterior que já foi construída na blockchain, ou seja, não poderá subtrair para si outros bitcoins que já tenham sido construídos por terceiros envolvidos na rede, para isto, ele precisaria obter as chaves privadas dos agentes, não sendo suficiente a força computacional neste caso⁷¹.

Agora, podemos destacar dois ataques que são possíveis contra a estrutura do bitcoin, o primeiro e que é a manipulação mais discutida que um agente malicioso com maioria pode realizar é o chamado "gasto duplo" (*double spending*). Esse tipo de fraude ocorre quando o atacante explora sua vantagem computacional para desfazer uma transação já confirmada na blockchain. O processo funciona da seguinte forma: primeiro, o atacante realiza uma transação, enviando seus Bitcoins a um comerciante em troca de bens ou ativos. Em seguida, ele permite que a transação seja registrada na blockchain pública, garantindo sua aparente legitimidade. O comerciante, ao verificar a inclusão do pagamento na cadeia mais longa, entrega os bens ou ativos ao atacante, possivelmente após um período de escrow (bloqueio de garantia). Porém, como o agente detém a maior parte do poder computacional, ele pode criar uma versão da blockchain, na qual essa transação não existe, tornando-a a cadeia mais longa e substituindo a original. Dessa forma, a transação inicial é apagada da rede, e o comerciante perde os Bitcoins recebidos, enquanto o atacante pode gastar os mesmos fundos novamente em outro lugar⁷².

Nestas situações de desacordo os mineradores competem para incluir transações em novos blocos, podendo propor transações mesmo sem confirmação completa, desde que respeitem as regras criptográficas. Isso permite que transações inválidas

⁷¹ BUDISH, Eric. *The Economic Limits of Bitcoin and the Blockchain*. NBER Working Paper no. 24717, National Bureau of Economic Research, Cambridge, MA, 2018.

⁷² BUDISH, Eric. *The Economic Limits of Bitcoin and the Blockchain*. NBER Working Paper No. 24717, National Bureau of Economic Research, Cambridge, MA, 2018.

sejam incluídas, gerando divergências temporárias na rede. Como resultado, podem surgir duas ou mais versões da blockchain, que compartilham um histórico comum, mas se separam a partir de um ponto (o chamado fork). O consenso é restabelecido quando uma cadeia se torna dominante e as outras são descartadas. Esses forks são naturais na rede do Bitcoin, devido à sua estrutura descentralizada e à latência de comunicação, não sendo necessário que exista um agente mal-intencionado, mas apenas um conflito entre mineradores⁷³.

A segunda é o ataque da sabotagem, no qual o agente que detiver a maioria computacional pode causar um ruído tão grande na estrutura do bitcoin que levaria à sua desvalorização, podendo assim ter operado via mercado especulativo em operações vendidas para otimizar os seus ganhos e potenciá-los. Entretanto, em ambas as posições descritas acima o agressor teria um custo intrínseco severo que é a própria desvalorização dos seus bitcoins, afinal, para deter a maioria da rede computacional o agente também será o beneficiado pela produção da sua estrutura, de modo que colocar esta credibilidade em risco, levará a uma perda de investimento exponencial a medida em que se fragiliza a rede⁷⁴.

O Bitcoin também pode falhar por outro motivo: é necessário que os usuários concordem com as regras do sistema. Por exemplo, os bitcoins recebidos por um minerador ao adicionar um bloco precisam ser reconhecidos como válidos por todos. Desacordos sobre essas regras podem gerar rupturas, como no hard fork de 1º de agosto de 2017⁷⁵. O sucesso do Bitcoin

⁷³ HALABURDA, Hanna; HAERINGER, Guillaume; GANS, Joshua S. J.; GANDAL, Neil. *The Microeconomics of Cryptocurrencies*. NBER Working Paper no. 27477. National Bureau of Economic Research, p. 13, 2020. Disponível em: <http://www.nber.org/papers/w27477>.

⁷⁴ BUDISH, Eric. *The Economic Limits of Bitcoin and the Blockchain*. NBER Working Paper no. 24717, National Bureau of Economic Research, Cambridge, MA, 2018.

⁷⁵ Este denominado Hard Fork originou-se divergência de caminhos sobre o futuro do bitcoin, acerca da sua escalabilidade e tamanho dos blocos minerados, considerando que o modelo delimitado por Nakamoto encontrava-se limitado para a realidade atual

depende de três consensos interligados: 1) Regras do sistema; 2) Estado da blockchain (um único livro-razão); 3) Reconhecimento do valor dos bitcoins. Os mineradores recebem recompensas e taxas dentro dos blocos. Em caso de bifurcação, os ganhos de uma ramificação não são válidos nas demais. Assim, o valor de um bitcoin depende da aceitação do bloco pela rede, ligando diretamente o consenso sobre valor ao consenso sobre o estado da blockchain⁷⁶.

Ressalta-se que não se descarta no futuro existirem avanços computacionais significativos que possam facilitar estas operações, demonstrando de forma alguma que o bitcoin é blindado de qualquer imperfeição, mas de todo modo, não nos parece que as moedas digitais e sistemas bancários dos países possuam um sistema de proteção muito mais avançado que o da própria rede do bitcoin. Precisamos levar em conta que um agente mal-intencionado com capacidade de destruir a rede também poderá usar esta estrutura para destruir outras redes tecnológicas que envolvam sistemas monetários de inúmeros países.

Importante salientar que nem mesmo o ouro e a prata estão totalmente livres de adulterações ou fraudes. Ao longo da história, sempre houve tentativas de burlar sistemas financeiros e bancários. Isso mostra que nenhum sistema pode ser completamente invulnerável. No entanto, a questão essencial é: vale a pena para um agressor gastar recursos para tentar destruir a rede? Ou seria mais vantajoso para ele simplesmente aderir ao sistema ou direcionar seus esforços para redes mais frágeis, onde o retorno pode ser igual ou até maior? Como o sistema do bitcoin é independente e descentralizado e qualquer agente pode atuar

do Bitcoin, assim, necessário era a sua ampliação, o tamanho dela causou esse hardfork, em que a linha da blockchain derivada acabou por dar origem a outra moeda, o BitcoinCash, já os demais, ficaram com a continuação do Bitcoin que permaneceu como sendo a principal e mais valorizada.

⁷⁶HALABURDA, Hanna; HAERINGER, Guillaume; GANS, Joshua S.J. S.; GANDAL, Neil *The Microeconomics of Cryptocurrencies*. NBER Working Paper no. 27477. National Bureau of Economic Research, p. 16, 2020. Disponível em: <http://www.nber.org/papers/w27477>.

nele, demonstrou-se que a recompensa de ingressar na rede e auxiliar na mineração é mais vantajoso economicamente do que buscar vir a agredir toda a estrutura de criptografia, salvo se os interesses envolvidos não sejam meramente econômicos.

5. REFLEXÕES SMITHIANAS SOBRE CRIPTOMOEDAS

As leis do mercado de Adam Smith ainda operam hoje? Desde o século XVIII, o mercado mudou muito, deixando de ser uma competição atomista entre indivíduos. Hoje, dominam grandes empresas e sindicatos, que não agem como pequenos proprietários ou trabalhadores. Esse gigantismo os torna resistentes às pressões competitivas, permitindo ignorar sinais de preços e focar em lucros de longo prazo, não no imediato. Além disso, a interferência governamental cresceu, alterando o mercado. Governos, como lordes medievais, moldam o mercado em vez de segui-lo. Isso enfraquece a função orientadora da competição e do interesse próprio. Apesar disso, esses princípios, ainda que atenuados, seguem como regras básicas. Economistas posteriores analisaram essas mudanças, mas o mundo não é mais o de Smith. Mesmo assim, as leis do mercado persistem sob a superfície. O interesse próprio e a competição, menos impositivos, ainda guiam o comportamento econômico. Ninguém pode ignorá-los completamente. A dinâmica mudou, mas os fundamentos resistem⁷⁷.

A ideia crucial para o liberalismo de que a afetação dos recursos e a distribuição dos produtos é otimizada em um mercado livre, em que se autorregula e autorregenera-se, que não necessita de normas reguladoras, mas sim as repele de maneira imediata por reconhecer que estas normas, na verdade, irão perverter todo o sistema livre existente. O mecanismo dos preços

⁷⁷ HEILBRONER, Robert. *A História do Pensamento Econômico*. Tradução de The-rezinha M. Deutsch e Sylvio Deutsch, Editora Nova Cultural Ltda., São Paulo, p. 58, 1996.

assegurar de todo modo a situação de equilíbrio do mercado, vez que transmite do centro (o mercado) para os indivíduos resultados que no fim farão surgir o sentido inverso de reação, quando há um desequilíbrio de preços, os agentes buscarão realocar os seus recursos buscando o seu melhor aproveitamento, reagindo com o intuito máximo de autopreservação. Os indivíduos receberão os comandos do mercado de como agir e programarão a sua reação instintivamente conforme os seus sentimentos egoísticos de autopreservação. O valor é uma propriedade intrínseca que sujeita os bens a uma força inercial, mas que a partir de um momento em que se adquire uma produção de certo produto, ele poderá vir a ser modificado por forças externas como a procura ou a alteração da forma de se produzir aquele determinado produto de modo que altera-se imediatamente o valor e o interesse sobre aquele produto⁷⁸.

O poder de trocas conduz à divisão do trabalho, resultando no fato de que quanto maior for a capacidade de trocas, maior será a extensão produtiva, a extensão do mercado é que permite a construção de mais trabalhos. Um mercado que seja reduzido levará diretamente a limitação de trabalhos existentes e conseqüentemente menor capacidade financeira, pois os atos seriam praticados quase que exclusivamente para a própria satisfação de necessidades do mercado local, sem termos excedentes para comercializar com terceiros⁷⁹.

Cabe destacar que pela construção de Smith, os agentes produtores disputam ferozmente para garantir o seu controle sobre as operações e o mercado, a imposição de tarifas, em que os comerciantes formavam um exército permanente superdimensionado que buscavam por meio da intimidação do legislativo garantir a sua participação do mercado. Os monopólios domésticos

⁷⁸ ARAÚJO, Fernando B. *Adam Smith – O conceito mecanicista de liberdade*. Almeida, Coimbra Editora, p. 751-753, 2001.

⁷⁹ SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações: Investigação sobre sua Natureza e suas Causas*. Tradução de Luiz João Baraúna, editora Nova Cultural Ltda., V. 1, São Paulo, 1996, p 77-78.

que favorecem setores específicos, com rótulos de proteger a indústria nacional e a sua própria segurança, rotulando implicitamente os seus interesses egoísticos sob o rótulo de proteger o interesse da sociedade. Principalmente os legisladores e o governo tendem a fazer estruturas que beneficiem a si e as seus interesses sociais, todas estas construções estavam presentes a época de Smith e dificilmente serão deixadas de lado por agora⁸⁰.

Smith sustentou que a substituição do ouro e prata pelo papel-moeda conversível tornou a circulação do dinheiro mais barata e eficiente. Esse novo sistema reduz os custos de transação sem comprometer sua função, desde que haja confiança na conversibilidade das notas. Os bancos e banqueiros desempenham um papel central nesse processo. Quando a população confia que um banco pode resgatar suas notas em qualquer momento, essas cédulas passam a ser aceitas como se fossem moedas de ouro ou prata. A adoção do papel-moeda libera o ouro e a prata antes usados na circulação, permitindo que esse capital seja investido em produção, equipamentos e mão de obra. Dessa forma, há um aumento na capacidade produtiva da economia. Esse processo pode ser comparado à modernização de uma empresa, onde máquinas antigas são substituídas por novas, e a economia gerada é reinvestida, ampliando a produção e beneficiando o sistema econômico como um todo. Smith advertia que havia um risco grave de colapso do sistema caso o volume de papel-moeda emitido superasse significativamente a quantidade de moedas metálicas efetivamente mantidas pelas instituições financeiras⁸¹. Entretanto, como visto, esta substituição não retirava o fato de que este papel moeda deveria corresponder de fato

⁸⁰ ROTHCHILD, Emma. The American Economic Review, v. 84, n. 2, *Papers and Proceedings of the Hundred and Sixth Annual Meeting of the American Economic Association* (May, 1994), pp. 319-322

⁸¹ SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações: Investigação sobre sua Natureza e suas Causas*. Tradução de Luiz João Baraúna, editora Nova Cultural Ltda., v. 1, São Paulo, 1996, p. 300-305.

ao ouro e a prata e que os detentores de respectivo papel moeda poderiam vir a sacar estes bens depositados a qualquer tempo.

Smith considerava que dentro da circulação fiduciária da moeda-papel conversível em metais, as antecipações de valores feitas pelos bancos não poderiam exceder muito o montante que teria em circulação caso não existisse a moeda-papel, de outro modo, o excesso acarretaria automaticamente que os portadores buscariam o banco para trocar os papéis por metais amoeáveis, o que resultaria em uma quebra dos lucros bancários, levando a um regresso da atividade até concentrar em um ponto de equilíbrio⁸². Esta concepção não deriva muito da análise que temos sobre a correlação entre o bitcoin e seu preço intrínseco, que não está atrelado a um metal, mas sim, no próprio valor de geração do bitcoin e da sua existência que é valorizado pela sua escassez contínua⁸³, o que pode resultar em uma desvalorização acentuada no caso de a tecnologia vir a facilitar demasiadamente a produção do Bitcoin ou se existir uma queda acentuada da procura e da compra do Bitcoin. No caso de outras criptos, a emissão desenfreada de criptoativos e a ausência de lastros pode levar a uma quebra sistêmica e a ausência de liquidez, fazendo um paralelo com instituições bancárias que emitem créditos demasiados, teríamos uma quebra do banco por falta de dinheiro ou do criptoativo por ausência de liquidez em caso de resgates massivos.

A principal preocupação do soberano deve ser incentivar, por todos os meios disponíveis, que as pessoas persigam seus próprios interesses, do jeito que preferirem e conforme seu próprio julgamento. Ele deve garantir a todos a certeza de que serão plenamente recompensados por seu trabalho árduo, oferecendo também o maior mercado possível para cada produto que eles

⁸² ARAÚJO, Fernando B. *Adam Smith – O conceito mecanicista de liberdade*. Almedina: Coimbra Editora, p. 772, 2001.

⁸³ PODHORSKY, Andrea. Bursting the Bitcoin Bubble: Do Market Prices Reflect Fundamental Bitcoin Value?. *International Review of Financial Analysis*, v. 93, p. 103158, 2024. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.irfa.2024.103158>.

criem. Isso pode ser alcançado por meio da construção de sistemas de transporte mais fáceis e seguros, tanto por terra quanto por água, conectando todas as regiões de seus domínios, além de permitir a mais ampla liberdade para exportar esses produtos aos territórios de outros governantes⁸⁴.

Da mesma forma que as máquinas, os instrumentos de trabalho e demais elementos que integram o capital fixo de um indivíduo ou de uma sociedade não constituem parte da renda bruta nem da renda líquida, o dinheiro — embora seja o meio pelo qual essa renda é regularmente distribuída entre os membros da sociedade — também não integra a renda em si. A estrutura que possibilita a circulação é algo distinto dos bens que ela movimenta. A verdadeira renda da sociedade está inteiramente nos bens que são produzidos e consumidos, e não no mecanismo que os faz circular⁸⁵.

Sob a óptica da economia monetária as criptomoedas seriam um exemplo de moeda fiduciária privada pura, sendo tokens intrinsecamente sem valor, dotados por convenção social. Dito isto, temos que ela possui uma larga capacidade de ter uma tecnologia de “memória” para dirimir sobre aonde já foi gasta e sobre qual transação efetivou-se, e a sua dependência de uma rede de computadores para seu controle e emissão resolve grande parte dos problemas logísticos que limitavam as moedas fiduciárias privadas e permitem uma rápida liquidação e compensação de pagamentos. Uma cripto não precisa de gráfica, transporte, substituição de cédulas, ou renovação, ela nasce e expande-se conforme a utilização de estrutura computacional envolvida. Resolve de igual maneira grande parte das falsificações e fraudes, afinal, toda a sua história é vista por todos a qualquer

⁸⁴ SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*: Investigação sobre sua Natureza e suas Causas. Tradução de Luiz João Baraúna, editora Nova Cultural Ltda., v. 2, São Paulo, p. 350, 1996.

⁸⁵ SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*: Investigação sobre sua Natureza e suas Causas. Tradução de Luiz João Baraúna, editora Nova Cultural Ltda., v. 2, São Paulo, p. 298, 1996.

tempo, mas com um acentuado risco de sofrer ataques como qualquer sistema de pagamentos enfrenta⁸⁶.

Segundo os pressupostos de Smith, as criptomoedas denotariam um avanço em termos de custo de transação e manutenção da moeda circulante, em que a medida de correspondência de trabalho aplicado na construção da moeda e os custos de transferência delas, seriam o próprio valor de geração da moeda e do custo de transação e manutenção do dinheiro.

Destacando que toda a atuação do país soberano para emitir e controlar a sua moeda demanda um custo existencial de emissão, controle, manutenção e soberania instituído sobre a sua moeda. Assim como ocorria nas moedas dos estados Americanos no Século XVII e XVIII, o custo da emissão dos papéis moedas que eram atrelados ao valor do ouro e da prata era uma taxa que acrescia ao seu próprio valor, colocando em causas situações como a disponibilidade de saque das moedas, confiabilidade do sistema bancário que garantiria a existência e a manutenção do ouro e da prata em seus bancos. Por vezes, os valores das moedas caíam abaixo do preço do ouro e da prata que correspondiam, devido a estes fatores, mas nem por isso chegaram a influenciar o valor dos próprios ouro e prata. A época, Smith salientava acerca da concorrência dos agentes financeiros, aos bancos eram mais zelosos recompensava-se com o patrimônio dos seus clientes, em que a concorrência obrigaria a todos os banqueiros a serem mais eficientes nas suas atividades, sob pena de perder os seus clientes aos concorrentes⁸⁷.

De fato, pode-se interpretar que é ineficiente o dispêndio de recursos de energia, computação, e outros custos inerentes a produção das criptomoedas, que poderiam ser alocados em

⁸⁶ FERNÁNDEZ-VILLAVERDE, Jesús. Cryptocurrencies: A Crash Course in Digital Monetary Economics. *The Australian Economic Review*, v. 51, n. 4, p. 514–526, 2018. DOI: 10.1111/1467-8462.12306, p. 520-521.

⁸⁷ SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*: Investigação sobre sua Natureza e suas Causas. Tradução de Luiz João Baraúna, editora Nova Cultural Ltda., v. 2, São Paulo, p. 329-332, 1996.

outros recursos, eis que as criptos nada mais seriam do que uma nova versão descentralizada do dinheiro, cuja correspondência ainda estaria atrelada a outros fatores⁸⁸.

Vale a pena todo esse gasto e uso de recursos? Adam Smith, ainda no século XVIII, já criticava o emprego de esforço e bens reais para minerar ouro com fins monetários, considerando isso um desperdício, já que a moeda tem apenas função simbólica.

Contudo, no caso do Bitcoin seu consumo energético deve ser ponderado pelo valor que agrega ao validar transações — algo que o ouro nunca ofereceu. Também é necessário compará-lo ao sistema bancário tradicional, que exige alto consumo de energia com infraestrutura física e segurança. Além disso, o lucro estimula inovações que reduzem o gasto energético da mineração. Se os custos superarem os ganhos, a atividade naturalmente se reduz. Mesmo assim, o impacto ambiental do Bitcoin preocupa. O aumento da eficiência e a valorização do ativo atraem mais mineradores, o que amplia o consumo de energia. Essa é uma das fragilidades do Bitcoin, que estimula a busca por soluções ou criptomoedas mais sustentáveis⁸⁹.

Entretanto não se pode esquecer que estes custos também são atinentes a própria produção da moeda estatal, cuja correspondência poderá ser feita inclusive dentro das cotações das criptomoedas e dos seus valores, tudo passaria pelo crivo final do consumidor que optaria por qual moeda ele consideraria a mais eficiente para si⁹⁰.

⁸⁸ KRUGMAN, Paul. *Adam Smith opined on a similar matter in the eighteenth century*: Paul Krugman, "Adam Smith Hates Bitcoin," New York Times, Conscience of a Liberal blog, April 12, 2013, <http://krugman.blogs.nytimes.com/2013/04/12/adam-smith-hates-bitcoin/>.

⁸⁹ VIGNA, P.; CASEY, M. J. *The Age of Cryptocurrency: How Bitcoin and Digital Money Are Challenging the Global Economic Order*. St. Martin's Press, p. 159-160, 2015.

⁹⁰ Frise-se que é comum os países irem abandonando a confecção de moedas de pequenos valores quando o seu custo supera ao do seu valor nominal, no Brasil isso já ocorreu com as moedas de um centavo, cuja produção custaria minimamente 6

Uma das preocupações de Smith era com a construção de monopólios e do favorecimento de indústrias em detrimento do consumidor, grande parte da sua construção acadêmica discute os malefícios desta prática para a sociedade em si e das consequências que ela pode gerar⁹¹. Nesta perspectiva, verifica-se que com a idealização de criptoativos podemos ter um menor favorecimento ao monopólio e uma construção contínua de forças que incentivam o aprimoramento da própria moeda dentro dos países, a concorrência e os modos de transações que podem causar severos danos aos tributos e dar álea ao crescimento da evasão fiscal tendem a ser um incentivo ao aprimoramento dos estados ou do aumento da repressão as criptomonedas ou a moedas alternativas.

As criptomonedas enfrentam limitações significativas, sobretudo pela ausência de aceitação ampla e generalizada. Seu uso permanece restrito a nichos específicos, especialmente no setor tecnológico e em transações internacionais que exigem, no mínimo, um grau intermediário de conhecimento técnico para sua utilização. Além disso, não vêm sendo utilizadas para microtransações ou para pagamentos cotidianos de baixo valor, como compras em mercados, padarias ou estabelecimentos comerciais em geral, sendo sua utilização nesse contexto praticamente insignificante. A falta de adesão massiva pela sociedade compromete sua função como moeda propriamente dita, fazendo com que, sob a perspectiva dos preceitos de Adam Smith, sejam classificadas predominantemente como ativos de natureza especulativa.

centavos, ou seja, era um prejuízo por confecção de moeda mínimo de 5 centavos, o que levou ao país parar de colocar estas em circulação.

⁹¹ Smith tece severas críticas as taxas alfandegárias e as proibições absolutas de importação, baseado na concepção de que isto pode inflar mercados que originalmente seriam inferiores e que podem vir a ruir no caso da queda destas tarifas, criando-se uma espécie de sequestro de direito do consumidor em prol dos fabricantes. SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações: Investigação sobre sua Natureza e suas Causas*. Tradução de Luiz João Baraúna, editora Nova Cultural Ltda., São Paulo, v. 1, p. 435-438, 1996.

Conforme Schumpeter, quando temos a abertura de novos mercados, tanto internos quanto externos, que acabam por diagnosticar um processo contínuo de transformação industrial e da sociedade, que ocasionam fenômenos disruptivos que alteram a estrutura econômica desde dentro, destruindo o antigo e dando origem ao novo, e é esse ciclo de *destruição criadora* que define o capitalismo, exigindo que as empresas se adaptem para sobreviver. Esse processo impacta a análise econômica de duas formas. Primeiro, ele só pode ser compreendido em sua plenitude ao longo de períodos extensos, como décadas ou séculos. Um sistema que parece eficaz em dado momento pode se mostrar inferior a outro menos eficiente, mas com maior capacidade de evolução no longo prazo. Segundo, sendo um processo orgânico, sua compreensão não pode vir da análise isolada de empresas ou setores. O verdadeiro sentido das estratégias econômicas surge apenas quando observadas em sua função dentro dessa dinâmica contínua, e não sob a ilusão de um sistema estático ou estável⁹². Esta nova realidade das criptomoedas que para fins de estabelecer o paradigma que se propõe, de ser um ativo digital que facilitará o comércio internacional, demandará tempo de maturação e análise do próprio mercado, para conferir os seus fundamentos e estabelecer o seu prognóstico de fiabilidade e longevidade. Toda a sua utilidade dependerá essencialmente da adesão de usuários, da fiabilidade do sistema, da aceitação pela sociedade e dos baixos custos transacionais que devem ser o seu norte.

6. IMPLICAÇÕES ECONÔMICAS E REGULAMENTARES DAS CRIPTOMOEDAS

A experiência recente demonstrou a importância de um

⁹² SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*/ (Editado por George Allen e Unwin Ltd., traduzido por Ruy Jungmann). — Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, p. 109-111, 1961.

sistema monetário estável, especialmente diante da instabilidade dos últimos tempos em que os governos ampliaram seu papel no controle da moeda, tanto como causa quanto como resposta a crises. Isso levou alguns a defenderem a retirada do Estado da política monetária, permitindo que o mercado definisse os meios de troca de forma espontânea. Contudo, essa ideia é inviável, tanto política quanto economicamente⁹³.

Se o governo nunca tivesse interferido, talvez um sistema autorregulado tivesse surgido. No entanto, a evolução financeira consolidou a dependência de crédito e moeda fiduciária, tornando impossível renunciar ao controle estatal sem comprometer a economia. Não há alternativas viáveis para substituir as instituições de crédito que sustentam o funcionamento do sistema moderno. O controle governamental da moeda se justifica por três fatores essenciais. Primeiro, mudanças na oferta monetária afetam a economia de maneira mais drástica do que outras variáveis de mercado. Segundo, a forte ligação entre dinheiro e crédito exige regulação para evitar crises. Terceiro, o alto nível de gastos públicos torna inevitável a intervenção estatal no sistema financeiro. Embora essa última condição possa ser alterada no futuro, no cenário atual, o controle governamental da política monetária permanece indispensável⁹⁴.

A inovação tecnológica e o avanço da blockchain continuam impulsionando o debate sobre a descentralização financeira, tema central para os entusiastas das criptomoedas. Entretanto, a história já demonstrou que sistemas monetários sem regulação centralizada podem enfrentar dificuldades estruturais. O modelo de “bancos livres” na Escócia, nos séculos XVII e

⁹³ HAYEK, Friedrich A. *Os Fundamentos da Liberdade*, Editora Visão, p. 319-320, 1983.

⁹⁴ Hayek estabelece uma análise sobre o aumento recorrente das despesas do governo principalmente na esfera social e previdenciária, em que ele acaba por necessitar fazer um controle das suas despesas via inflação para conter a expansão dos gastos correntes, o alívio destas despesas ocorre via redução do valor da moeda. HAYEK, Friedrich A. *Os Fundamentos da Liberdade*, Editora Visão, p. 319-322, 1983.

XVIII, prosperou economicamente sem uma autoridade monetária central, mas também apresentou desafios, como a ausência de uma padronização monetária e suscetibilidade a fraudes. Da mesma maneira, os estados norte-americanos da década de 1780 enfrentaram problemas com a proliferação de moedas distintas e a inexistência de um mecanismo regulador unificado. Ainda que as criptomoedas prometam um sistema financeiro descentralizado e independente de intermediários, seu valor segue atrelado a moedas fiduciárias convencionais, como dólar, euro e libra esterlina. Assim, mesmo que seus defensores as considerem uma alternativa disruptiva ao modelo financeiro tradicional, elas permanecem dependentes da estrutura centralizada que pretendem substituir. Em essência, enquanto não adquirirem um valor intrínseco reconhecido pela sociedade, as criptomoedas continuarão sendo apenas ativos digitais, e não uma forma consolidada de dinheiro amplamente aceita⁹⁵.

Num sistema em que o conhecimento está disperso, os preços coordenam as ações individuais, assim como valores subjetivos orientam planos pessoais. Um exemplo simples é o mercado de estanho: se surge uma nova demanda ou uma fonte é eliminada, os usuários só precisam saber que o estanho está mais escasso e devem economizá-lo. Não importa a causa; basta que alguns conheçam a nova demanda e ajustem seus recursos. O efeito propaga-se pelo sistema econômico, afetando o estanho, seus substitutos e produtos relacionados, sem que a maioria saiba a origem da mudança. O mercado funciona como um todo integrado, não por uma visão completa de alguém, mas pela sobreposição de campos de visão limitados. Os preços, interligados por custos como o transporte, transmitem informação relevante a todos. Assim, uma solução emerge, como se uma mente única tivesse todos os dados, apesar de estes estarem

⁹⁵ BURROW, John. *Cryptocurrency, Money, and Adam Smith*. Disponível em: <https://www.adamsmithworks.org/documents/cryptocurrency-money-and-adam-smith>. Acesso em: 27 fev. 2025.

fragmentados entre muitos⁹⁶. Se seguirmos por essa linha, teríamos que é questão de tempo até as pessoas avaliarem os melhores caminhos para a confiança do seu dinheiro ou sobre a forma de trocas a serem feitas pelas suas mercadorias, as pessoas delimitarão aquilo que podem vir a considerar mais ou menos vantajosas a elas em suas trocas pessoais.

Hayek inclusive propôs que ao invés de se adotar uma moeda única na União Europeia, fosse realizada a queda de tratados ou decisões a níveis nacionais que obstassem a negociação a nível internacional a livre negociação em toda a extensão dos seus territórios com a utilização de moedas nacionais de outros países. Buscando trazer um livre exercício da atividade bancária por qualquer instituição estabelecida em qualquer um dos territórios signatários de tais propostas. Sustentou-se que esta proposta iria abolir a qualquer tipo de controle cambial ou regulamentação da circulação da moeda entre estes países, garantindo uma liberdade plena das pessoas para aderirem a melhor moeda escolhida por eles em seus contratos e na própria contabilidade⁹⁷.

Ainda que os arranjos monetários privados incorporem limitações estruturais — como a emissão desbalanceada de moeda fiduciária, seja em excesso ou escassez —, isso não conduz automaticamente à conclusão de que as moedas públicas sejam superiores. Um Estado, por meio de sua capacidade de arrecadação tributária, tem condições de prover uma moeda fiduciária eficiente sob a ótica de Pareto. Contudo, obstáculos de natureza

⁹⁶ HAYEK, Friedrich A. "The Use of Knowledge in Society," *American Economic Review*, v. XXXV, n. 4; p. 519–30, 1945.

⁹⁷ Em sua concepção, Hayek defendia que a instituição de uma livre circulação de agentes financeiros e moedas livres forçariam os estados a agirem de maneira mais eficiente, evitando que praticassem medidas que viessem a causar uma depreciação acentuada da sua moeda, sob pena de causar um abandono dela por parte de seus cidadãos. No fim, seria possível em países menores quase que uma substituição completa da sua moeda, no caso de uma má atividade severa a ser praticada pelo governo. HAYEK, Friedrich. *A Desestatização do Dinheiro*, São Paulo, Instituto Ludwig Von Mises, Brasil, p. 25-28, 2011.

político-institucional frequentemente comprometem essa possibilidade, resultando em distorções mais suaves, como a inflação controlada típica de países desenvolvidos, ou em disfunções severas, como as hiperinflações registradas em casos extremos, como o da Venezuela. Nesse contexto, a decisão entre adotar um sistema público ou privado de moeda deve considerar a comparação entre dois tipos de ineficiência: a falha de mercado e a má gestão estatal. O que pode parecer justificável em ambientes de desorganização institucional, como no caso venezuelano, não é, necessariamente, apropriado para economias com estruturas políticas e econômicas consolidadas, como os Estados Unidos ou a Austrália⁹⁸.

Observa-se que embora governos possam, em tese, emitir moedas fiduciárias eficazes — sobretudo devido à sua capacidade tributária —, também podem incorrer em falhas graves, seja por limitações institucionais, seja por fundamentos econômicos equivocados. Ao longo da história, moedas estatais têm sido frequentemente associadas a episódios inflacionários severos e, em situações extremas, a hiperinflações. Casos emblemáticos incluem a França revolucionária no final do século XVIII, os Estados Confederados durante a Guerra Civil Americana, a Alemanha de Weimar entre 1918 e 1924 e, mais recentemente, a Venezuela e o Zimbábue. Frente a esse histórico, apesar de suas limitações técnicas e volatilidade, as criptomoedas podem representar um mal menor em termos de impacto sobre o bem-estar coletivo. Em contextos assimétricos, a escolha entre um sistema estatal ineficiente e uma moeda privada instável exige avaliação prudente. Além disso, um dos argumentos mais robustos a favor das criptomoedas seria seu efeito disciplinador: mesmo com participação marginal nos mercados globais, a possibilidade de sua adoção como alternativa fora do equilíbrio é

⁹⁸ FERNÁNDEZ-VILLAYERDE, Jesús. Cryptocurrencies: A Crash Course in Digital Monetary Economics. *The Australian Economic Review*, v. 51, n. 4, p. 514–526, 2018. DOI: 10.1111/1467-8462.12306.

suficiente, segundo a teoria dos jogos, para influenciar o comportamento dos bancos centrais e incentivá-los a práticas monetárias mais responsáveis⁹⁹.

Observa-se que, efetivamente, não há um consenso preciso sobre a quantidade exata de moeda fiduciária existente no sistema econômico global. Os cálculos referentes à oferta monetária são, por natureza, divergentes, e os critérios utilizados para mensurar o que constitui moeda presente ou futura carecem de uniformidade e precisão absoluta. Ao contrário do que ocorre com o Bitcoin — cuja emissão é totalmente rastreável e auditável em rede distribuída e pública —, as moedas fiduciárias não são passíveis de reconciliação plena após sua emissão. Não dispomos de um sistema capaz de controlar, em tempo real e de forma integral, todas as operações, passivos, ativos e emissões monetárias de maneira consolidada. Outro fator relevante diz respeito à crescente dificuldade das moedas fiduciárias em serem utilizadas fisicamente para a realização de grandes transações. O avanço da digitalização, aliado à dependência estrutural de sistemas centralizados, tem conduzido à progressiva extinção da portabilidade física da moeda em operações de elevado valor¹⁰⁰.

Adicionalmente, destaca-se que a maior parte do sistema monetário fiduciário opera sob uma lógica de saldo estruturalmente negativo, impulsionada pela expansão contínua do crédito e pela acumulação de dívidas. A soma dos depósitos bancários e da moeda física em circulação não é, na prática, suficiente para honrar a totalidade dos compromissos financeiros existentes no sistema. Como consequência, os detentores de moeda — sejam eles portadores de ativos físicos ou digitais — enfrentam o risco permanente de diluição do valor de seus recursos, seja pela

⁹⁹ FERNÁNDEZ-VILLAYERDE, Jesús. Cryptocurrencies: A Crash Course in Digital Monetary Economics. *The Australian Economic Review*, v. 51, n. 4, p. 514–526, 2018. DOI: 10.1111/1467-8462.12306.

¹⁰⁰ AMMOUS, Saifedean. *O Padrão Fiat*. Tradutor José Rui Sousa, Editora Konsensus Network – The Freedom Publishing House, p. 64-66, 2022.

emissão contínua de novas dívidas, seja pela inflação decorrente desse processo. Esse cenário induz, especialmente os agentes com maior capacidade financeira, a evitar a manutenção de seus recursos em moeda — física ou digital —, preferindo alocá-los na aquisição de ativos financeiros ou patrimoniais que possam gerar novas fontes de renda. Entretanto, tal estratégia não está isenta de riscos, uma vez que permanece condicionada à estabilidade da cadeia de pagamentos. Uma eventual quebra dessa sequência pode resultar tanto na inadimplência sistêmica quanto na desvalorização abrupta da moeda, penalizando tanto os que optam por manter liquidez em espécie quanto aqueles expostos a ativos financeiros lastreados em dívidas¹⁰¹.

Nota-se claramente que o surgimento de moedas paralelas, que fogem ao monopólio estatal deve acender uma luz de alerta sobre os caminhos que a economia e os países vêm adotando sobre as suas moedas e a suas dívidas. As fronteiras estatais estão diluindo-se cada vez mais, agentes econômicos conseguem trafegar e investir em qualquer lugar do mundo com um baixo custo de transação, o descuido dos estados com a sua moeda pode gerar uma fuga massiva e acelerada de capitais repentinamente, não só de investimentos estrangeiros, mas sim, de nacionais que conseguem superar inclusive barreiras regulatórias com a utilização de criptomoedas e sistemas paralelos que por hora estão mais disponíveis a agentes que possuem um conhecimento avançado sobre estes sistemas, mas como a realidade de países em crises financeiras demonstram, esta informação propaga-se muito mais rápido em cenários de necessidades de subsistência de seus cidadãos¹⁰².

¹⁰¹ AMMOUS, Saifedean. *O Padrão Fiat*. Tradutor José Rui Sousa, Editora Konsensus Network – The Freedom Publishing House, p. 65-68, 2022.

¹⁰² Exemplifica-se este cenário com o caso do Brasil e as hiperinflações da década de 80-90, em que os cidadãos não investiam mais em reais, mas sim tendo por base commodities ou outras moedas sólidas como o dólar, experiência revivida recentemente na Argentina e na Venezuela nos últimos anos.

7. ESTUDOS DE CASO: CENÁRIOS E APLICAÇÕES REAIS

A liquidez do Bitcoin tem se mostrado uma questão relevante, já que, em comparação com ativos tradicionais, seus investimentos ainda são menos líquidos. No entanto, esse cenário vem melhorando gradualmente, impulsionado pela entrada de novos investidores individuais e pelo crescimento de fundos de investimento voltados para o mercado de criptoativos. Esses fatores têm contribuído para uma participação cada vez mais significativa do Bitcoin no mercado financeiro¹⁰³. Isso cria desafios e oportunidades para crescimento, além de alertar investidores institucionais. Apesar das restrições geográficas e aceitação limitada, o uso do Bitcoin como meio de pagamento segue em expansão. Diferente do ouro, um ativo seguro, o Bitcoin ainda lida com histórico controverso e alta volatilidade. Para ser um hedge eficiente, deveria apresentar correlação negativa com ativos tradicionais, como ações, o que nem sempre ocorre¹⁰⁴.

A expansão deste mercado de criptos está em constante aceleração, é notável que o crescimento de cidades e comércios que aceitam estas moedas como forma de pagamento tem tido uma crescente, no Brasil temos pequenas cidades que aproximadamente 40% do comércio já adere a moeda como meio de recebimento de valores¹⁰⁵. Além desta cidade, há aplicativos de telemóveis que informam a existência dos comércios que aceitam criptos como forma de pagamento, ampliando a aceitação

¹⁰³ BOURI, Elie; MOLNÁR, Peter; AZZI, Georges; ROUBAUD, David; HAGFORS, Lars Ivar. On the hedge and safe haven properties of Bitcoin: Is it really more than a diversifier? *Finance Research Letters*, v. 20, p. 192–198, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.frl.2016.09.025>.

¹⁰⁴ BORISOV, S. Bitcoin – Hedge or Speculative Asset: Analysis of Its Role and Nature. *Economic Studies* (Ikonomiccheski Izsledvania), v. 33, n. 5, 148-170, 2024.

¹⁰⁵ A cidade é Rolante, com aproximados 20 mil habitantes, em que em seu comércio, cerca de 200 estabelecimentos recebem bitcoin como forma de pagamento, entretanto, como destacado na matéria ainda assim, grande parte da cidade desconhece o próprio conceito das criptos. <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2024/04/07/cidade-dos-bitcoins-criptomoeda-vira-opcao-de-pagamento-em-municipio-do-rs.ghtml>

da moeda concedendo uma maior escolha aos consumidores sobre a sua própria forma de pagamento¹⁰⁶, mas é fato que comparado ao mercado do comércio global a aceitação destas criptos é severamente reduzida e completamente nichada e restrita a entusiastas do fenômeno.

A nível governamental, temos poucos exemplos de países que aderem as criptos em si, El Salvador é o maior exemplo prático de adesão a modalidade, sendo que inclusive instituiu uma Lei do Bitcoin em 2021, que denotava sobre a aceitação do Bitcoin como uma moeda legal no país. A lei inclusive fora alterada recentemente, por pressão do Fundo Monetário Internacional, tornando o Bitcoin no país não uma moeda oficial, mas uma moeda de curso legal, com aceitação nacional sobre esta modalidade de pagamentos, podendo ser aceita opcionalmente por comércios e instituições financeiras¹⁰⁷.

No entanto, observa-se uma adesão crescente de países ao Bitcoin e a outras criptomoedas como formas de reserva de valor, sendo seu armazenamento comparável ao que tradicionalmente se faz com o ouro. El Salvador possui atualmente aproximados 6.100 bitcoins sob sua custódia e países como os EUA possuem cerca de 200 mil bitcoins, Ucrânia com 46 mil aproximados, Reino Unido com 61 mil, China com aproximados 194 mil, além de inúmeras outras criptos que estão sob as custódias específicas do país que são provenientes de apreensão em virtudes de crimes cometidos, compras e outras formas transacionais e de obtenção de criptos. Destacando que os principais agentes específicos neste mercado atualmente continuam sendo as empresas de capitais privados, oriundos das controladoras de ETFs, que possuem 6,211% do total dos 21 milhões de bitcoins que

¹⁰⁶ Aplicativos como Coinmap, BTC Map, BitPay, CryptoFind, são alguns dos aplicativos que fornecem atualmente esta atualização em tempo real sobre os comércios que aderem a prática de pagamentos em criptos.

¹⁰⁷ BBC. *Por que El Salvador decidiu abandonar bitcoin como moeda oficial após 4 anos*. BBC News Brasil, [São Paulo], 13 jan. 2025. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/articles/cvgp1z1yrrlo>. Acesso em: 23 mar. 2025.

podem vir a ser minerados, os países obtêm 2,522%¹⁰⁸, e hoje encontramos com um volume de transações diárias em aproximados 6 bilhões de dólares, somando-se todas as criptos, com uma capitalização de mercado que aproximasse dos 3 trilhões de dólares atuais¹⁰⁹.

O governo americano atual, presidido por Donald J. Trump vem anunciando recorrentemente que pretende fazer uma reserva via tesouro americano de criptoativos como Bitcoin, Ether, XRP, Sol, Ada, sendo inclusive está uma das suas bandeiras quando da sua eleição presidencial¹¹⁰. A estratégia da presidência americana, cogita inclusive fazer a venda de ouro para adquirir Bitcoin e outras criptos, criando uma expectativa de adquirir até 5% do mercado do bitcoin, o que equivaleria a 1 milhão de Bitcoins¹¹¹.

A nível comercial as negociações que envolvem criptos estão em uma crescente exponencial, a utilização de ativos como bitcoin, Ethereum, stablecoins e outras variantes com o objetivo de realizar pagamentos, tomar empréstimos, investir, oferecer como garantia tem levado a um constante aprimoramento regulatório e do próprio mercado de aceitar estes ativos para fins transacionais. Quando são utilizados criptoativos que possuem passivos correspondentes (algumas stablecoins), tem-se uma

¹⁰⁸ As informações foram obtidas desta plataforma que analisa e rastreia as *wallets* de criptos de países e empresas públicas e privadas, a quantidade de posse e propriedade é alterada em tempo real. BITCOIN TREASURIES. *Bitcoin treasuries: countries*. [S.l.]: Bitcoin Treasuries, 2025. Disponível em: <https://treasuries.bitbo.io/#countries>. Acesso em: 23 mar. 2025.

¹⁰⁹ ARKHAM INTELLIGENCE. Arkham: blockchain intelligence platform. [S.l.]: Arkham Intelligence, [2025]. Disponível em: <https://arkm.com/>. Acesso em: 23 mar. 2025.

¹¹⁰ TRUMP, Donald J., *Truth Social*, Disponível em: <https://truthsocial.com/@realDonaldTrump/114093946326587357>

¹¹¹ PRASAD, Billy Bambrough. *White House reveals how Trump could buy more Bitcoin—priming a price earthquake*. Forbes, 22 mar. 2025. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/digital-assets/2025/03/22/white-house-reveals-how-trump-could-buy-more-bitcoin-priming-a-price-earthquake/>. Acesso em: 28 mar. 2025.

garantia ligeiramente maior sobre o retrospecto e a sua base, afinal, há títulos de dívidas que estão por trás do ativo, agora, nos que não possuem passivos, como o Bitcoin ou o Ether há a utilização de intermediários financeiros (plataformas de negociação) que mantêm a custódia dos ativos para viabilizar o empréstimo financeiro operacional a terceiros, mediante uma taxa. O intermediário é considerado nestes casos como uma corretora, o tomador do risco é o proprietário do ativo e o pagador do empréstimo. Isto levou ao International Monetary Fund (IMF) considerar estas operações como semelhantes ao empréstimo físico de ouro, fazendo uma sugestão de regulação equivalente a esta operação, por considerar sinteticamente que seria necessário devolver o produto emprestado de maneira posterior com o acréscimo de juros a ser pago ou em moeda corrente ou no mesmo ativo tomado emprestado¹¹².

Outro ponto interessante está na expansão contínua de construção de meios de financiamento empresarial através de fundos de investimentos em que se financiam através das criptomoedas, quebrando-se uma barreira territorial para investimentos, eis que toda a atuação e financiamento ocorre através das plataformas disponibilizadas, como da Ethereum. Investidores agora podem alocar os seus recursos com um menor custo transacional, eis que a alocação do recurso ocorre através de criptoativos e a remuneração ou rendimento de juros correspondentes retorna da mesma forma. Entretanto, cabe destacar que estas modalidades podem sofrer regulações dos países objeto dos financiamentos, por mais que a captação dos valores não terá fronteira, a atividade exercida terá um país como sede e este deve ser um fator a ser considerado quando da alocação dos

¹¹² INTERNATIONAL MONERATY FUND. *Issue Note: Recording of Crypto Lending/Borrowing in Macroeconomic Statistics*. Committee for the Update of the System of National Accounts and the Balance of Payments Manual, 2023. Disponível em: <https://www.imf.org/-/media/Files/Data/Guidance/BPM/issue-note-recording-of-crypto-lending-borrowing-in-macroeconomic-statistics.ashx>.

recursos por parte dos investidores¹¹³. Cabe destacar que isto pode não se aplicar aos investidores em si, considerando que em caso da utilização de wallets, é possível que estes possam manter no anonimato o titular das transferências.

No que diz respeito a utilização destes criptoativos como moeda em si, eles não têm ganhado a propulsão necessária para vir a substituir uma moeda em larga escala. Não se consegue em todos os locais fazer a aquisição de itens básicos de alimentos ou outros produtos necessários para o cotidiano por meio do pagamento em criptoativo, nem todos os estabelecimentos, aliás uma minoria deles, que aceita o recebimento de criptoativo como moeda, o que resulta em uma baixa aceitação a nível global deles como um meio de pagamento universal. Entretanto, a atuação de Estados como os EUA e países da Europa e a China como agentes que atuam diretamente incentivando a propulsão destes ativos poderá desencadear uma procura acelerada e uma valorização exponencial destes ativos em níveis correspondentes ao grau de importância que estes países concederão as criptos.

A análise desenvolvida neste trabalho projeta três cenários no que tange à dinâmica de adoção das criptomoedas. No primeiro, verifica-se a hipótese de uma rejeição sistemática desses ativos digitais, acompanhada de processos de banimento em larga escala por parte de múltiplos Estados soberanos. Paradoxalmente, tal movimento regulatório restritivo poderia ensejar uma valorização das criptomoedas, impulsionada pela fuga de capitais e pela busca de agentes econômicos — sobretudo aqueles inseridos em contextos de governança autoritária — por

¹¹³ Cito como exemplo o caso da ICONIC, em que se elaborou uma captação de recursos através de uma plataforma de cripto, em que se pagariam os retornos através da mesma plataforma com a sua correspondência em criptos, entretanto, o fundo aplicava em empresas sediadas no Brasil, cuja regulação exigia que fizessem as declarações da captação e dos pagamentos junto a Comissão de Valores Mobiliários no Brasil. Como as declarações e regularizações não foram feitas, ocorreram diversas sanções financeiras que atingiram o investidor. COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. *Processo Administrativo Sancionador CVM nº 19957.003406/2019-91 – Voto e Relatório*. Relator: Gustavo Machado Gonzalez. São Paulo, 27 out. 2020.

mecanismos capazes de escapar dos controles financeiros estatais. Além do fato de que apreensões massivas de criptos podem forçar a diminuição em larga escala da oferta disponível delas neste mercado. Nesse sentido, quanto mais intensas forem as práticas repressivas, maior tenderá a ser a propensão desses agentes a recorrerem às criptomoedas como instrumento de proteção patrimonial e de liberdade econômica, ou a outros ativos que garantam essa mesma funcionalidade, como ocorreu no caso da Argentina recentemente em que se buscava a aquisição de dólares para fazer um hedge de proteção contra a desvalorização acentuada que o peso argentino vinha sofrendo, ou como o recente caso do Brasil em que majorou-se inesperadamente a tributação sobre operações financeiras, levando a uma crescente busca por criptoativos que driblariam a tributação existente.

No extremo oposto, a hipótese de adoção institucionalizada e massiva das criptomoedas, estimulada por políticas públicas de fomento e investimento por parte dos próprios Estados, pode resultar na valorização exponencial desses ativos. Tal fenômeno seria particularmente evidente no caso do Bitcoin, cuja arquitetura algorítmica fundamenta-se na escassez programada, o que potencializa pressões de demanda em um ambiente de competição crescente por sua aquisição o que levaria à maior propensão de ocorrer uma fraude ou ataques sistemáticos as criptos. Além de desencadear ataques à rede que não possuam o interesse econômico como principal fator, mas também teriam motivos geopolíticos que embasariam estes ataques.

Por fim, admite-se a possibilidade de consolidação de um cenário intermediário, caracterizado por um certo grau de ostracismo tecnológico e financeiro, no qual a efetiva consolidação das criptomoedas dependerá de sua capacidade de se afirmar, de forma contínua e sustentável, como instrumentos eficientes tanto para a intermediação de pagamentos quanto para a função de reserva de valor. Esse processo, por sua própria natureza, tende a demandar longos ciclos de maturação, permeados por avanços

graduais, resistência por parte de agentes institucionais e desafios estruturais, oscilando entre a possibilidade de obsolescência e, alternativamente, sua massificação definitiva, provavelmente não como moeda, mas como uma *commoditie* e reserva de valor, conforme sua resiliência frente à prova do tempo. Importa destacar que, no estado atual, as criptomoedas não exercem, de forma plena, as funções clássicas da moeda, aproximando-se, sob a ótica econômica, de ativos com características de *commodities* digitais — classificação que, presentemente, melhor se lhes aplica. Ademais, é essencial compreender que as criptomoedas não devem ser concebidas como um fim em si mesmas, mas sim como meios de pagamento, cuja existência enquanto instrumento econômico está intrinsecamente condicionada à sua capacidade de servir como meio de troca ou reserva de valor. Sua efetiva viabilidade e sobrevivência econômica dependem, portanto, da possibilidade concreta de conversão em bens e serviços, fortalecendo, nesse contexto, a dinâmica produtiva da sociedade.

CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, buscou-se compreender as criptomoedas, em especial o Bitcoin, sob a perspectiva da teoria econômica clássica de Adam Smith, estabelecendo um paralelo entre os fundamentos monetários históricos e a emergência dos criptoativos na contemporaneidade.

A análise evidenciou que, embora as criptomoedas tragam uma proposta relevante de descentralização monetária e resistência à inflação — recuperando, em certa medida, princípios de escassez e limites à expansão monetária que foram abandonados no sistema fiduciário —, sua efetiva consolidação enquanto moeda ainda se mostra limitada. Na prática, as criptomoedas não cumprem plenamente as funções clássicas da moeda definidas pela teoria econômica: meio de troca, unidade de conta

e reserva de valor. Seu uso cotidiano permanece restrito, especialmente no que se refere às microtransações, com uma adesão praticamente inexistente no âmbito das transações comuns, como compras em mercados, padarias ou consumo diário.

A investigação demonstrou que, à luz da análise smithiana, o Bitcoin e os ativos digitais assemelham-se, no estado atual, mais a uma commodity digital de natureza especulativa do que a uma moeda efetivamente funcional. Sua valorização decorre, sobretudo, da escassez algorítmica, da confiança intersubjetiva no código e da expectativa de valorização futura, elementos que se distanciam dos critérios clássicos de geração de riqueza baseados na produtividade, na divisão do trabalho e na circulação eficiente de bens e serviços.

Por outro lado, o trabalho também revelou as fragilidades estruturais do próprio sistema fiduciário contemporâneo. A incapacidade de mensurar, rastrear e reconciliar integralmente a quantidade de moeda em circulação, somada à expansão ilimitada de crédito e dívida, gera um ambiente propenso à perda de valor da moeda e à degradação dos princípios básicos que deveriam reger sua emissão e circulação. A concentração do controle monetário nas mãos do Estado e de bancos centrais, alheia à lógica de mercado que Smith defendia, intensificou fenômenos inflacionários, desequilíbrios fiscais e crises de confiança no valor da moeda.

Nesse contexto, o surgimento das criptomoedas pode ser compreendido como uma reação ao modelo fiat e às suas distorções. Contudo, seu sucesso futuro dependerá da superação de desafios técnicos, econômicos e sociais, como a volatilidade, a escalabilidade, a eficiência energética, a adoção massiva e, sobretudo, a sua capacidade de desempenhar, de forma robusta, as funções econômicas fundamentais atribuídas à moeda.

Por ora, resta evidente que as criptomoedas não podem ser concebidas como um fim em si mesmas, tampouco como substitutas plenas do sistema monetário tradicional. Antes,

devem ser vistas como instrumentos financeiros emergentes, cuja natureza híbrida, oscilando entre ativo especulativo, reserva de valor alternativa e meio de pagamento restrito, reflete tanto as promessas quanto os limites de sua proposta.

Finalmente, a análise revela que qualquer avanço sustentável nesse campo deverá ser condicionado à capacidade desses ativos de se integrarem à dinâmica produtiva real da sociedade, fortalecendo não apenas mecanismos de troca, mas também de geração de valor efetivo, elemento que, na visão de Adam Smith, permanece como critério central para a definição da riqueza das nações, a moeda não pode e não deve ser um fim em si mesma, mas deve ser sim um mecanismo para realização das trocas.



REFERÊNCIAS

- ALDASORO, Iñaki; CORNELLI, Giulio; MINESSO, Massimo Ferrari; GAMBACORTA, Leonardo; HABIB, Maurizio Michael. *Stablecoins, money market funds and monetary policy*. European Central Bank (ECB) Working Paper Series, no. 2987, 2024. Disponível em: <https://www.ecb.europa.eu>. Acesso em: 08 mar. 2025.
- AMMOUS, Saifedean. *O Padrão Fiat*. Tradutor José Rui Sousa, Editora Konsensus Network – The Freedom Publishing House, 2022
- ARAÚJO, Fernando B.; *Adam Smith: O conceito mecanicista de liberdade*. Almedina, Coimbra Editora, 2001.
- ARAÚJO, Fernando. Introdução à Economia: Microeconomia aplicada e Macroeconomia, 4ª Edição, II. Microeconomia aplicada e Macroeconomia, AAFDL, Lisboa, p. p. 991-992, 2022
- ARKHAM INTELLIGENCE. *Arkham*: blockchain intelligence

- platform. [S.l.]: Arkham Intelligence, [2025]. Disponível em: <https://arkm.com/https://arkm.com/>. Acesso em: 23 mar. 2025.
- BBC. *El Salvador faz história ao adotar bitcoin como moeda oficial*. BBC News Brasil, [São Paulo], 13 jan. 2025. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/articles/cvgrp1z1yrrohttps://www.bbc.com/portuguese/articles/cvgrp1z1yrro>. Acesso em: 23 mar. 2025.
- BIAIS, Bruno. *De Adam Smith à Nakamoto: Une introduction aux théories de la monnaie et des crypto-monnaies*. Institut Louis Bachelier, 2023. Disponível em: <https://www.institutlouisbachelier.orghttps://www.institutlouisbachelier.org>. Acesso em: 14 mar. 2025.
- BITCOIN TREASURIES. *Bitcoin treasuries: countries*. [S.l.]: Bitcoin Treasuries, 2025. Disponível em: <https://treasuries.bitbo.io/#countrieshttps://treasuries.bitbo.io/#countries>. Acesso em: 23 mar. 2025.
- BÖHME, Rainer; CHRISTIN, Nicolas; EDELMAN, Benjamin; MOORE, Tyler. Bitcoin: Economics, Technology, and Governance. *Journal of Economic Perspectives*, v. 29, n. 2, p. 213–238, Spring 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1257/jep.29.2.213https://doi.org/10.1257/jep.29.2.213>,
- BORISOV, SvetoslavS. (2024). Bitcoin – Hedge or Speculative Asset: Analysis of Its Role and Nature. *Economic Studies* (Ikonomicheski Izsledvania), v. 33, n. 5, p. 148-170, 2024.
- BOURI, Elie; MOLNÁR, Peter; AZZI, Georges; ROUBAUD, David; HAGFORS, Lars Ivar. On the hedge and safe haven properties of Bitcoin: Is it really more than a diversifier? *Finance Research Letters*, v. 20, p. 192–198, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.frl.2016.09.025>.
- BUDISH, Eric. *The Economic Limits of Bitcoin and the*

- Blockchain*. NBER Working Paper No. 24717, National Bureau of Economic Research, Cambridge, MA, 2018.
- BURROW, John. *Cryptocurrency, Money, and Adam Smith*. Disponível em: <https://www.adamsmithworks.org/documents/cryptocurrency-money-and-adam-smithhttps://www.adamsmithworks.org/documents/cryptocurrency-money-and-adam-smith>. Acesso em: 27 fev. 2025.
- COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. *Processo Administrativo Sancionador CVM nº 19957.003406/2019-91 – Voto e Relatório*. Relator: Gustavo Machado Gonzalez. São Paulo, 27 out. 2020.
- DAVIDSON, Sinclair; DE FILIPPI, Primavera; POTTS, Jason, *Disrupting Governance: The New Institutional Economics of Distributed Ledger Technology* (July 19, 2016). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2811995>.
- DIONYSOPOULOS, Lambis; URQUHART, Andrew. 10 years of stablecoins: Their impact, what we know, and future research directions, *Economics Letters*, v. 244, 2024, 111939, ISSN 0165-1765,, <https://doi.org/10.1016/j.econlet.2024.111939>
- DYHRBERG, Anne Haubo. Bitcoin, gold, and the dollar – A GARCH volatility analysis. *Finance Research Letters*, v. 16, p. 85-92, 2016. DOI: 10.1016/j.frl.2015.10.00810.1016/j.frl.2015.10.008.
- ETHEREUM BLOCKCHAIN APP PLATFORM. *Build unstoppable applications*. Disponível em: <https://ethereum.org/https://ethereum.org/>.
- ESTADOS UNIDOS. *GENIUS Act of 2025: Guiding and Establishing National Innovation for U.S. Stablecoins of 2025*. Projeto de Lei S. 394, 119º Congresso, 1ª Sessão. Senado dos Estados Unidos, Washington, D.C., 4 fev. 2025. Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/119th-congress/senate-bill/394>. Acesso em 23 jul. 2025.

- EXAME. *Venezuela pode usar criptomoedas para negociar petróleo e driblar sanções dos EUA*. 2024. Disponível em: <https://exame.com/future-of-money/venezuela-usar-criptomoedas-negociar-petroleo-driblar-sancoes-eua/>. Acesso em: 14 mar. 2025
- FERNÁNDEZ-VILLAYERDE, Jesús. *Cryptocurrencies: A Crash Course in Digital Monetary Economics*. The Australian Economic Review, v. 51, n. 4, p. 514–526, 2018. DOI: 10.1111/1467-8462.12306.
- FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e Liberdade*. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/daeca/wp/wp-content/uploads/2009/03/capitalismo-e-liberdade.pdf>
- GORTON, Gary B.; KLEE, Elizabeth C.; ROSS, Chase P.; ROSS, SHARON Y.; Vardoulakis, Alexandros P.; *Leverage and Stablecoin Pegs*. Disponível em: https://jfq.org/wp-content/uploads/2025/02/Leverage_and_Stablecoin_Pegs_1.22.2025.pdf
- HALABURDA, Hanna; HAERINGER, Guillaume; GANS, Joshua S.; GANDAL, Neil. *The Microeconomics of Cryptocurrencies*. NBER Working Paper No. 27477, 2020. National Bureau of Economic Research. Disponível em: <http://www.nber.org/papers/w27477>.
- HARPER, Ben; FARAHANI, Kaan. *Hashrate Markets Lookback Series - February 2025*. Luxor Technology, 6 mar. 2025. Disponível em: <https://hashrateindex.com/blog/hashrate-markets-lookback-series-february-2025>.
- HARVEY, Campbell R.; RAMACHANDRAN, Ashwin; SANTORO, Joey. *DeFi e o futuro das finanças*. Tradução de Daniel Perissé. 1. ed. Rio de Janeiro: Alta Books, 2023.
- HAYEK, Friedrich A. *Desestatização do Dinheiro*, São Paulo, Instituto Ludwig Von Mises, Brasil, 2011.

- HAYEK, Friedrich A. *Os Fundamentos da Liberdade*, Editora Visão, 1983.
- HAYEK, Friedrich A. The Use of Knowledge in Society.” *American Economic Review*, v. XXXV, n. 4; p. 519–30, September, 1945.
- HEILBRONER, Robert. *A História do Pensamento Econômico*. Tradução de Therezinha M. Deutsch e Sylvio Deutsch, Editora Nova Cultural Ltda., São Paulo, p. 53-56, 1996.
- INFOMONEY. *Remessas com cripto disparam na Venezuela com o agravamento da crise migratória*. 2024. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/onde-investir/remessas-com-cripto-disparam-na-venezuela-com-o-agravamento-da-crise-migratoria/>. Acesso em: 14 mar. 2025.
- INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SECURITIES COMMISSIONS – IOSCO. *IOSCO Research Report on Financial Technologies (Fintech)*, p. 51. Madrid, 2017, p. 47-48. Disponível em: <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD554.pdf>
- KRUGMAN, Paul. *Adam Smith opined on a similar matter in the eighteenth century*: Paul Krugman, “Adam Smith Hates Bitcoin,” New York Times, Conscience of a Liberal blog, April 12, 2013, <http://krugman.blogs.ny-times.com/2013/04/12/adam-smith-hates-bitcoin/>
- M’BAKOB, Gilles Brice. Bubbles in Bitcoin and Ethereum: The Role of Halving in the Formation of Super Cycles. *Sustainable Futures*, v. 7, p. 100178, 2024. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.sftr.2024.100178>.
- NAKAMOTO, Satoshi. *Bitcoin: A Peer-to-Peer Eletronic Cash System*, 2009.
- Nico OEFELE, Nico; Dirk G. BAUR, Dirk G.; Lee A. SMALES, Lee A.; Are stablecoins the money market mutual funds of the future?. *Journal of Empirical Finance*, v. 79, 2024, 101557, ISSN 0927-5398. DOI:

- <https://doi.org/10.1016/j.jempfin.2024.101557>.
- PODHORSKY, Andrea. Bursting the Bitcoin Bubble: Do Market Prices Reflect Fundamental Bitcoin Value?. *International Review of Financial Analysis*, v. 93, p. 103158, 2024. Disponível em: DOI: <https://doi.org/10.1016/j.irfa.2024.103158>. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1057521924000905?via%3Dihub>. Acesso em: 30 jun. 2025.
- PRASAD, Billy Bambrough. *White House reveals how Trump could buy more Bitcoin—priming a price earthquake*. Forbes, 22 mar. 2025. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/digital-assets/2025/03/22/white-house-reveals-how-trump-could-buy-more-bitcoin-priming-a-price-earthquake/>. Acesso em: 28 mar. 2025.
- REUTERS. *Millions in cryptocurrencies frozen after Canadian founder's death*. Reuters, 04 fev. 2019. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-crypto-currencies-quadriga/millions-in-cryptocurrencies-frozen-after-canadian-founders-death-idUSKCN1PU025>. Acesso em: 29 mar. 2025.
- RUBINSTEIN, Leonardo. BLOCKTRENDS. *Como stablecoins podem inutilizar o aumento no IOF do governo*. Disponível em: <https://blocktrends.com.br/como-stablecoins-podem-inutilizar-o-aumento-no-iof-do-governo/>. Acesso em: 23 maio 2025.
- ROTHSCHILD, Emma. The American Economic Review, v. 84, n. 2, *Papers and Proceedings of the Hundred and Sixth Annual Meeting of the American Economic Association* (May, 1994)
- Schumpeter, Joseph A. Capitalismo, Socialismo e Democracia / (Editado por George Allen e Unwin Ltd., traduzido por Ruy Jungmann). — Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, p. 109-111, 1961.

- SELGIN, George. *Good Money: Birmingham Button Makers, the Royal Mint, and the Beginnings of Modern Coinage, 1775–1821*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2008.
- SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações: Investigação sobre sua Natureza e suas Causas*. Tradução de Luiz João Baraúna, editora Nova Cultural Ltda. São Paulo, 1996.
- SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações: Investigação sobre sua Natureza e suas Causas*. Tradução de Luiz João Baraúna, editora Nova Cultural Ltda., v. 2, São Paulo, 1996.
- SZABO, Nick. *Smart contracts*. 1996. Disponível em: <https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html>. Acesso em: 09 mar. 2025.
- TINDELL, Ken. *Geeks Love the Bitcoin Phenomenon Like They Loved the Internet in 1995*. Business Insider, 2013. Disponível em: <https://www.businessinsider.com/how-bitcoins-are-mined-and-used-2013-4>.
- TRUMP, Donald J., *Truth Social*, Disponível em: <https://truthsocial.com/@realDonaldTrump/114093946326587357>.
- ULLRICH, Fernando. *Bitcon: a moeda na era digital*, São Paulo, Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2014.
- VIGNA, P.; CASEY, M. J. *The Age of Cryptocurrency: How Bitcoin and Digital Money Are Challenging the Global Economic Order*. St. Martin's Press, 2015.

TÉCNICAS CRIMINOLÓGICAS DE NEUTRALIZAÇÃO E A NEGAÇÃO DA DITADURA MILITAR

Gustavo de Souza Preussler*

Francis Pignatti do Nascimento**

“A construção de uma história oficial não é, portanto, um recurso inócuo ou sem importância; tem um papel estratégico nas políticas de Estado, engrandecendo certos eventos e suavizando problemas que a nação vivenciou no passado mas prefere esquecer, e cujas raízes ainda encontram repercussão no tempo presente” (Lília Moritz Schwarcz)¹

Resumo: O objetivo do presente trabalho é expor as técnicas de neutralização e a sua presença no discurso político contemporâneo na negação dos crimes da Ditadura Militar Brasileira. A técnica de neutralização é um estudo ligado à teoria subcultural delinquente (da linha criminológica do consenso), desenvolvido por Gresham Sykes e David Matza em 1957. O objetivo das técnicas era entender como se racionalizava o comportamento do delinquente juvenil para que a reprovabilidade do seu ato fosse aceito/justificável moralmente. A tentativa das técnicas de neutralização eram manter dentro dos padrões culturais os comportamentos subculturais desviantes. As técnicas de neutralização

* Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Professor de Direito Processual Penal e Criminologia da Universidade Federal da Grande Dourados. gustavopreussler@ufgd.edu.br

** Doutor em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais e Tabela de Notas no Estado de São Paulo. fpignatti@terra.com.br

¹ *Sobre o Autoritarismo Brasileiro*. Companhia das Letras: 2019, p. 21.

segundo o estudo de David Matza e Gresham Sykes são: a) negação da responsabilidade, b) negação do dano, c) negação da vitimização, d) condenação dos condenadores e e) apelação a uma lealdade superior. Assim como aplicável na neutralização das responsabilidades da delinquência juvenil, a neutralização das responsabilidades dos crimes praticados pela Ditadura Militar estão presentes nos discursos políticos contemporâneos e consolidam um criminologia negacionista.

Palavras-chave: Técnicas de Neutralização; Ditadura Militar; Subcultura Delinquente.

CRIMINOLOGICAL TECHNIQUES OF NEUTRALIZATION AND DENIAL OF MILITARY DICTATORSHIP

Abstract: The purpose of this paper is to expose the techniques of neutralization and their presence in contemporary political discourse in the denial of crimes of the Brazilian Military Dictatorship. The techniques of neutralization is a study linked to the subcultural delinquency theory (of the criminology of consensus). The objective of the techniques was to understand how to rationalize the behavior of the juvenile delinquent so that reprehensibility of his fact was accepted or morally justifiable. The attempt at neutralization techniques was to keep deviant subcultural behaviors within cultural standards. The techniques of neutralization according to the study by David Matza and Gresham Sykes are as follows: a) denial of responsibility; b) denial of injury or negation of offense; c) Denial of the victim; d) condemnation of the condemners, and d) Appeal to higher loyalties. As applicable to the neutralization of the responsibilities of juvenile delinquency, the neutralization of the responsibilities of state crimes committed by the Military Dictatorship are present in contemporary political discourses

and consolidate a criminology of denial.

Keywords: Techniques of Neutralization; Brazilian Military Dictatorship; Subcultural Delinquency.

Sumário: Introdução. 1 Subcultura e negação: A criminologia negacionista. 1.1 O discurso criminológico das técnicas de neutralização. 1.2 O *homo sacer* e os *subversivos*. 1.3 Do(s) perpetrador(es). 1.3.1 Os perpetradores e o negacionismo. 2 O poder de aniquilar o *homo sacer*. 3 Os bodes expiatórios. Considerações finais. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Em julho de 2019 a sociedade brasileira presenciou os argumentos negacionistas do Chefe de Estado e Governo do Brasil sobre os massacres perpetrados na ditadura militar.

O então presidente, Jair Messias Bolsonaro, afirmou que a jornalista Miriam Leitão teria participado da Guerrilha do Araguaia.² Alguns dias depois, afirmou que Fernando Santa Cruz, pai do Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, o advogado Felipe Santa Cruz³, desapareceu porque fazia parte de uma guerrilha armada no Estado do Pernambuco. Afirma, categoricamente, o Presidente, que as práticas violadoras de Direitos Humanos entre os anos 1964-1985 no Brasil (Ditadura Militar) não aconteceram e que, na verdade, foram pequenos problemas do período necessários para a contenção do avanço de comunistas na tomada de poder.

O presente trabalho procura tecer algumas considerações

² <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2019/07/19/globo-repudia-em-nota-ataques-de-bolsonaro-a-miriam-leitao.ghtml>

³ <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/29/se-o-presidente-da-oab-quiser-saber-como-o-pai-desapareceu-no-periodo-militar-eu-conto-para-ele-diz-bolsonaro.ghtml>

sobre as técnicas de neutralização, principalmente no que condiz à recusa (negação) de práticas violadoras de Direitos Humanos.

No *tópico 1* será identificada a topografia da chamada técnica de neutralização dentro do quadro geral das escolas criminológicas. Neste capítulo abordará o discurso criminológico que compõe as técnicas de neutralização, sua base teórica, desenvolvimento e características principais.

Em sequência, o *tópico 2* se ocupará para esclarecer a necropolítica que permeia os Aparelhos Repressivos de Estado e quais são os *hominis sacrae* da atualialidade e como o discurso de neutralização tenta justificar/adequar ou simplesmente negar a existência dos massacres perpetrados na Ditadura Militar Brasileira. No *tópico 3* será exposto a função dos bodes expiatórios e a projeção vingativa do Estado contra estas vítimas sacrificiais.

Assim, com base no marco teórico da subcultura delinquente, mais especificamente em David Matza e Gresham Sykes, procurou a abordagem sobre como são as técnicas de neutralização e como são utilizadas até os dias de hoje pelas forças messiânicas que buscam eliminar as lembranças históricas do triste momento do Brasil denominado Ditadura Militar.

1 SUBCULTURA E NEGAÇÃO: A CRIMINOLOGIA NEGACIONISTA

Os passos normais para uma criminologia negacionista são as técnicas de neutralização. Na história humana, muitas guerras não existiram – como afirma Zaffaroni⁴ – mas os seus cadáveres sim. Na pós-democracia o negacionismo atinge uma outra roupagem. Não é somente a recusa, mas sim, a produção de uma realidade diversa, com dados falsos e que denegam a própria história oficial.

Como indicadores macabros, ainda seguindo *A Palavra*

⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raul. *A Palavra dos Mortos*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 347-348.

dos Mortos de Eugênio Raul Zaffaroni, a ditadura militar brasileira produziu um quantitativo de 434 de mortos e desaparecidos políticos, no período de 1950-1988 e uma infinidade de violações de Direitos Humanos nos seus vinte anos de existência declarada de governo de exceção.⁵

Com a finalidade de recusa – produção de uma criminologia negacionista – o seu principal arsenal são as técnicas de neutralização, que serão abordadas a seguir.

1.1 O DISCURSO CRIMINOLÓGICO DAS TÉCNICAS DE NEUTRALIZAÇÃO

Para uma melhor compreensão sobre as técnicas de neutralização, faz-se necessária verificar qual a teoria criminológica estas estratégias instrumentais residem. As técnicas de neutralização são estudadas como subárea da *teoria criminológica subcultural*.

A teoria subcultural preocupou-se basicamente com a delinquência juvenil. Um dos seus protagonistas foi Albert K. Cohen, que em 1955 escreveu *Garotos Delinquentes: A cultura de gangue*, verificando a existência de subculturas criminosas nas gangues juvenis⁶. Esta subcultura tida como criminosa desses jovens era considerada um sistema de crenças e valores que surge na relação de interação com outros jovens em mesma situação, ou seja, em confronto com a cultura dominante (contracultura)⁷.

⁵ BRASIL. *Comissão Nacional da Verdade – Mortos e Desaparecidos Políticos*. Brasília: CNV, 2014, p. 26.

⁶ COHEN, Albert K. *Delinquent Boys: The culture of the gang*. Londres: Routledge & Kegan Paul, 1955. Vide também: COHEN, Albert K. *Transgressão e controle*. Trad. Miriam L. Moreira Leite. São Paulo: Biblioteca Pioneira de Ciências Sociais, 1968.

⁷ Segundo Gabriel Inacio Anitua, a lei refere-se ao modelo cultural, sendo um modelo contrário ao seguido pelas gangues em suas subculturas: “Cohen descrevia a subcultura criminosa desses grupos de jovens enquanto um sistema de crenças e valores que surgem da interação com outros jovens em situação similar e que

“Dependência cognitiva e moral. Esta se refere à ideia de que o conhecimento, as crenças e os valores das pessoas – suas noções sobre o que é, o que é possível e o que é certo – dependem do conhecimento, das crenças e dos valores de outras pessoas. Significa que, se desejamos saber o que se passa na mente de uma pessoa, nosso ponto de partida deve ser o que se passa na mente das pessoas que o cercam. Isto é a essência do que entendemos por cultura; o nenê num lar, e o noviço num grupo social, a fim de sobreviverem como seres sociais, precisam ter relações com outros, e para isso precisam “assumir o papel do outro”, ver as coisas através dos olhos dos outros, adotar suas perspectivas e incorporá-las. Todavia, a cultura não é um estoque homogêneo de ideias de qualquer indivíduo específico que derivam das subculturas a que está mais exposto e com que mais se identifica. De um modo ligeiramente diferente, esta dependência cognitiva e moral constitui também o tema “teoria do grupo de referência”. A teoria do grupo de referência salienta a incerteza e a instabilidade das crenças dos homens, quando não podem verificá-las através de crenças de outros; sustentam com maior firmeza as crenças que partilham com outros. Mas não *quaisquer* outros. Para cada um de nós tem um conjunto um pouco diferente de objetos de referência que desempenha um papel muito decisivo na conformação de nosso pensamento. Se pensarmos no comportamento de transgressão como aquele que é orientado pelas crenças e valores em desacordo com os dos grupos dominantes na sociedade, a explicação da transgressão é um caso especial de explicação da transmissão da cultura ou a influência de grupos de referência. Os indivíduos praticam atos

resolvem, por seu intermédio, os problemas de adaptação causados pela cultura dominante. Ele combatia as explicações psicológicas da criminalidade entre jovens e explicava a delinquência individual não por conta da personalidade particular, mas sim porque poderia existir em qualquer personalidade, se as circunstâncias permitem o contato com modelos delinquentiais ao invés de com modelos que respeitam a lei. Em seguida, explicava como surgem estes modelos culturais delinquentiais.” (ANITUA, Gabriel Inácio. *História dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan e ICC, 2008, pp. 499-500)

de transgressão porque aprendem em subculturas de que participaram as crenças e valores que os apoiam, da mesma forma que as pessoas aprendem crenças e valores convencionais de *suas* subculturas, e são mantidas em seu comportamento pelo acordo e aprovação de seus grupos de referência. A organização social determina a distribuição do comportamento de transgressão e do conformismo, através da estruturação de redes de interação social, na qual se adquirem os grupos de referência e onde ocorre a aprendizagem cultural⁸.”

Os crimes praticados por agentes do Estado referem-se tanto ao plano individual como à estrutura do aparelho organizado de poder. A dificuldade interpretativa, tanto no plano dogmático, quanto no criminológico, demanda o uso e a adaptação de algumas teorias provenientes de estudos mais clássicos do direito penal (dogmática) e da criminologia de meados do século XX.

As criminalizações cometidas tentam ser justificadas por um valor maior (valor dominante). Aplica-se, assim, uma releitura das *técnicas de neutralização de Sykes e Matza*⁹ como técnica-chave para a interpretação das justificativas das criminalizações praticadas pelos aparelhos ideológicos do Estado¹⁰ e, em

⁸ COHEN, Albert K. *Transgressão e controle*. Trad. Miriam L. Moreira Leite. São Paulo: Biblioteca Pioneira de Ciências Sociais, 1968, pp. 178-180.

⁹ SYKES, Gresham M.; MATZA, David. Techniques of neutralization: The theory of delinquency. In: *American Sociological Review*, Vol. 22, n.º 6 (Dec., 1957), pp. 664-670.

¹⁰ Com profundidade sobre a aplicação das técnicas de neutralização em crimes de Estado, afirma José Carlos Moreira da Silva Filho: “Assim, como a responsabilidade nos crimes do Estado concentra-se tanto sobre o indivíduo que cometeu o ato quanto sobre o Estado como instituição, uma análise adequada desses crimes deve contemplar tanto a esfera individual quanto a macro-social. No esforço de construir modelos teóricos que possam dar conta da tarefa, alguns autores têm recorrido às teorias clássicas da criminologia, agora iluminadas por outra luz e entendidas como fragmentos que podem ajudar a esclarecer certos aspectos inseridos no quadro maior desses crimes. Zaffaroni afirma que os elementos que provêm da criminologia clássica podem ser bem mais úteis aos crimes do Estado do que aos crimes comuns, e exemplifica trabalhando com as técnicas de neutralização de Sykes e Matza (Zaffaroni, 2006). Tais técnicas foram apresentadas por Sykes e Matza no ano de 1957

especial, decorrente do discurso político.

As técnicas de neutralização, dentro do estudo *subcultural* da compreensão da criminalização individual juvenil, cometidas por um aparato organizado de poder, servem, segundo Eugenio Raúl Zaffaroni, para “analisar o comportamento dos protagonistas dos delitos, de seus atores, instigadores, cúmplices e encobridores e, certamente também da opinião pública e, para perguntar-se como funciona, para esta análise, a teoria das técnicas de neutralização e em que consistem quando estão referidas a este gênero de crimes”¹¹.

Há de se lembrar que os protagonistas que praticam graves violações de direitos humanos não afrontam os valores dominantes da sociedade, mas, sim, produzem um reforço valorativo; por isso a *teoria subcultural* está enquadrada nas denominadas *teorias criminológicas do consenso*. Percebe-se isso quando um determinado grupo pelo qual a sociedade tem antipatia torna-se vítima do Estado. Os ruídos que se levantam são de aplausos, como é o caso, muitas vezes, da Ditadura Militar.

O grande elo entre o negacionismo e a subcultura é o seu

em um artigo publicado na *American Sociological Review*, e voltavam-se para a elucidação da delinquência juvenil (Sykes e Matza, 1957). O princípio básico das técnicas de neutralização se apoia na possibilidade sempre presente de que atos que, em princípio, seriam ofensivos aos valores e norma vigentes, sejam justificados de modo a não representarem uma real ofensa. Em outras palavras, são justificativas para as ações criminosas que operam para que estas não entrem em contradição com os parâmetros sociais. Aos olhos do agente sua ação é válida e, ao invés de afrontar diretamente os valores prevalecentes, eles são neutralizados em relação a esta ação. Sykes e Matza apoiaram-se na teoria da associação diferencial de Sutherland, segundo a qual tanto as técnicas empregadas na ação criminosa quanto as justificativas e as racionalizações que lhes dão sustentação podem ser ensinadas e aprendidas. De modo muito mais claro e elaborado do que a delinquência juvenil, dispersa no âmbito das relações sociais, tais justificativas e racionalizações se apresentam em relação aos crimes do Estado (Zaffaroni, 2006)”. (MOREIRA DA SILVA, José Carlos Filho. Crimes do Estado e Justiça de Transição. *Revista Sistema Penal & Violência*. Porto Alegre, v. 2, n. 2, julho/dezembro de 2010, pp. 26-27)

¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El crimen de Estado como objeto de la criminología*, 2006. Disponível em: <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2506/4.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2011. (tradução nossa)

aspecto subterrâneo. Um dos autores das técnicas de neutralização, David Matza escreveu em 1964 a obra *Delinquência e deriva*, onde tratou intensamente sobre a questão da subcultura. Segundo o autor, “a subcultura da delinquência corresponde aos preceitos e costumes que são equilíbrios delicados entre convenção e crime. A subcultura postula objetivos que podem ser alcançados através de delinquência, mas, também, por outros meios”¹².

Abaixo da superfície da diferença entre cultura e subcultura, reside uma similaridade obscura. A subcultura é sustentada por crenças que florescem em setores influentes da ordem normativa¹³. Essas ordens normativas incluem a ideologia da mídia de massa, discursos criminológicos da academia, sentimentos de puritanismo ou de prazer, bem como preconceitos em face de minorias. Estes últimos estão bem presentes em nossa contemporaneidade.

Com a finalidade de compreendermos o que é subcultura, se faz necessário conceituar cultura e subcultura. A cultura pode ser considerada como “todos os modelos coletivos de ação, identificáveis nas palavras e na conduta dos membros de uma dada comunidade, dinamicamente transmitidos de geração para geração e dotados de certa durabilidade.”¹⁴ Uma outra perspectiva é de Boaventura de Sousa Santos, ao explicitar o que é cultura jurídica. Consiste esta em um conjunto de orientações valorativas e interesses que caracterizam uma padronização de condutas perante o(s) direito(s) e perante a(s) instituições do Estado nas atividades de produção, aplicação, proteção de garantias ou até mesmo violação do(s) direito(s). A cultura jurídica não se desvincta da atividade política do Estado; logo, trata-se sempre de

¹² MATZA, David. *Delinquency and drift*. Nova Iorque, Londres e Sydney: John Wiley & Sons, 1964, p. 59.

¹³ *Ibid.*, p. 62.

¹⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da. *Criminologia: O Homem delinqüente e a sociedade criminógena*. 2. Reimpressão. 1997. Coimbra Editora, 1997, p. 290.

uma atividade jurídico-política¹⁵.

Subculturas não são oposições (conflitos) de valores, mas, sim, adequações (consenso). Albert K. Cohen, em sua obra *Garotos Delinquentes*, descreveu a subcultura criminosa de gangues juvenis. A descrição do conceito de subcultura criminosa pode ser reconhecida como um “sistema de crenças e valores que surgem da interação com outros jovens em situação similar e que resolvem, por seu intermédio, os problemas de adaptação”¹⁶.

Neste sentido, prefere-se constituir uma subcultura (sistema penal subterrâneo)¹⁷ dentro de uma cultura (sistema penal oficial). As execuções sumárias – atividades tidas como normais pela Ditadura Militar Brasileira – são um modelo delinquencial, de subcultura punitiva, ao invés de se adotar o sistema de justiça penal oficial.

1.2 O *HOMO SACER* E OS SUBVERSIVOS

Alguns conceitos permanecem na história, outros não. Com certeza, o sistema penal, ou quem executa as leis penais, não tem conhecimento do que é um *homo sacer*. Porém, convive com ele diariamente. *Homo sacer* é aquele indivíduo que o povo condenou pela prática de um ato ofensivo (delito), porém não julgou lícito executá-lo, terá imunidade pena¹⁸.

¹⁵ SOUSA SANTOS, Boaventura. *Sociología jurídica crítica*: Para um nuevo sentido común em el derecho. Trad. Carlos Lema Añón. Madrid e Bogotá: Trotta e ILSA, 2009.

¹⁶ ANITUA, Gabriel Inácio, op. cit., p. 499. Vide também: COHEN, Albert. *Delinquent Boys*: The culture of the Gang. Londres: The Free Press, s/d, pp. 52-56.

¹⁷ Neste sentido expõem-se as características do subsistema de direito penal e a subcultura produzida pelo direito penal subterrâneo: “Tal consideração permite-nos entender o Direito Penal não so como um *fato*, senão como um subsistema social que, apesar de toda a seletividade e arbitrariedade dele oriundas tem lá seu grau de funcionalidade para a construção de identidades culturais locais.” (ZENKNER SCHMIDT, Andrei. *O método do direito penal sob uma perspectiva interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 13).

¹⁸ AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer*: o poder soberano e a vida nua I. trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007a.

Este instituto persiste como estratégia de legitimação de regimes ditatoriais. A biopolítica (necropolítica)¹⁹ – poder soberano para decidir vida e morte dos súditos – em um Estado capitalista é onipresente, pois nele existem não só instrumentos disciplinares punitivos, mas também dispositivos de contenção social. A contenção social também se dá pela expulsão. Basta verificarmos os modelos perigosistas elencados na Portaria 666/2019 do Ministério da Justiça, Sérgio Moro, que regula a exclusão de pessoa perigosa que se encontra no Brasil, sendo considerada para tais fins, o impedimento de ingresso, a repatriação, a deportação sumária, a redução ou cancelamento do prazo da estada da pessoa perigosa para a segurança do Brasil.

O ato institucional número 13, que definiu o banimento de pessoa perigosa ao Brasil, tinha uma leitura parecida: “O Poder Executivo poderá, mediante proposta dos Ministros de Estado da Justiça, da Marinha de Guerra, do Exército ou da Aeronáutica Militar, banir do território nacional o brasileiro que, comprovadamente, se tornar inconveniente, nocivo ou perigoso à segurança nacional”.²⁰

Esse poder sobre o corpo, capaz de exercer todo o poder soberano através de seus aparelhos ideológicos e repressivos de Estado²¹, consolida o fascismo que norteia a sociedade de consumo²². É nada mais do que a docificação (normalização) dos

¹⁹ MBEMBE. *Necropolítica*. São Paulo: N-1 Edições, 2018.

²⁰ BRASIL. *Ato Institucional n.º 13 de 05 de setembro de 1969*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/AIT/ait-13-69.htm>>. Acesso em 25 de agosto de 2019.

²¹ ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos ideológicos de Estado*. Trad. Walter José Evangelista e Maria Laura Civeiros de Castro. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985.

²² SOUSA SANTOS, Boaventura. *A crítica da razão indolente: contra ao desperdício da experiência*. 7. Ed. Rio de Janeiro: Cortez, 2009. Neste sentido, Boaventura de Sousa Santos expõe sobre o fascismo societal e suas formas de exteriorização: “A primeira fora é o *fascismo do apartheid social*. Trata-se da segregação social dos excluídos através de uma cartografia urbana dividida em zonas selvagens e zonas civilizadas. As zonas selvagens são as zonas do estado de natureza hobbesiano. As zonas civilizadas são as zonas do contrato social e vivem sob constante ameaça das zonas

corpos dos daninhos sociais²³. Assim, pode-se afirmar que o rio sangrento que divide os *integrados* e os *outsiders* da cidadania persiste mesmo em uma democracia burguesa e os genocídios continuam sendo perpetrados com roupagem de *pacificação*. Trata-se este dispositivo da biopolítica de extermínio dos refugos humanos. Afirma Giorgio Agamben:

“O fato é que uma mesma reivindicação da vida nua conduz, nas democracias burguesas, a uma primazia do privado sobre o público e das liberdades individuais sobre os deveres coletivos, e torna-se, ao contrário, nos Estados totalitários, o critério político decisivo e o local por excelência das decisões soberanas. E apenas porque a vida biológica, com as suas necessidades, tornara-se por toda parte o fato politicamente decisivo, é possível compreender a rapidez, de outra forma inexplicável, com a qual no nosso século [século XX] as democracias parlamentares puderam virar Estados totalitários, e os Estados totalitários converterem-se quase sem solução de continuidade em democracias parlamentares. Em ambos os casos, estas

selvagens. Para se defenderem, transformam-se em castelos neofeudais, os enclaves fortificados que caracterizam as novas formas de segregação urbana (cidades privadas, condomínios fechados, *gated communities*). A divisão entre zonas selvagens e zonas civilizadas está a transformar-se num critério geral de sociabilidade, um novo espaço-tempo hegemônico que atravessa todas as relações sociais, econômicas, políticas e culturais e que por isso é comum à ação estatal e à ação não estatal. Está inscrito, hoje em dia, no coração do cotidiano. No domínio da ação estatal caracterizadas pela grande discrepância entre o direito escrito e a ação estatal prática. Julgo que em tempo de fascismo social o Estado paralelo assume uma nova forma. Consiste num duplo padrão da ação estatal nas zonas selvagens e nas zonas civilizadas. Nas zonas civilizadas, o Estado age democraticamente, como Estado protetor, ainda que muitas vezes ineficaz ou não confiável. Nas zonas selvagens, o Estado age fascisticamente, como Estado predador, sem qualquer veleidade de observância, mesmo aparente, do direito. A polícia que ajuda o menino das zonas civilizadas a atravessar a rua é o mesmo que persegue e eventualmente mata o menino das zonas selvagens. A segunda forma do fascismo social é o *fascismo paraestatal*. Trata-se da usurpação de prerrogativas estatais (de coerção e de regulação social) por parte de atores sociais muitos poderosos, muitas vezes com a conivência do próprio Estado, que ora neutralizam, ora suplementam o controle social produzido pelo Estado. (SOUZA SANTOS, Boaventura. *A Gramática do Tempo: Para uma nova cultura política*. 2. Ed. 4º Volume. São Paulo: Cortez, 2008, pp. 333-334)”

²³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2007.

reviravoltas produziram-se num contexto em que a política já havia se transformado, fazia tempo, em biopolítica, e no qual a forma em jogo consistia então apenas em determinar qual forma de organização se revelaria mais eficaz para assegurar políticas tradicionais (como aquelas entre direita e esquerda, liberalismo e totalitarismo, privado e público) perdem sua clareza e sua intelegibilidade, entrando em uma zona de indeterminação logo que o seu referente fundamental tenha se tornado a vida nua. Até mesmo o repentino deslize das classes dirigentes ex-comunistas no racismo mais extremo (como na Sérvia, com o programa de limpeza ‘étnica’) e o renascimento do fascismo na Europa, sob novas formas, encontram aqui a sua raiz²⁴.”

Para as técnicas de neutralização, *a negação da vítima* é instrumentalizada pela consolidação das projeções de sentimentos negativos em face do vitimado. Constrói-se um estereótipo e o converte em ente daninho à sociedade. Por vezes, este daninho é classificado como terrorista, inimigo da pátria, subversivo, ou seja, aquele que rompe com os valores e princípios tidos como dominantes²⁵. Assim, a vítima é posta em uma zona cinzenta, algo entre o direito e a política, que denomina-se de *exceção*. Neste abissal espaço, retira-se a subjetividade da vítima para justificar atos de barbárie pelo Estado.

Na história sempre houve vítimas sacrificiais²⁶. O século XX ocupou espaço na história oficial como um dos mais sangrentos da humanidade; logo, que mais nomeou inimigos cômodos.

1.3 DO(S) PERPETRADOR(ES)

²⁴ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007a, pp. 127-128.

²⁵ SYKES, Gresham M.; MATZA, David. Techniques of neutralization: a theory of delinquency. *American Sociological Review*. Vol. 22. Washington: SAGE, 1957, pp. 664-670.

²⁶ KIRCHHEIMER, Otto. *Political Justice: The Use of Legal Procedure for Political Ends*. Orinceton Legacy Library: New Jersey, 1961, p. 204.

Os torturadores são pessoas comuns em Estados Totalitários, em Estados Democráticos não são diferentes. Isto porque, segundo esclarece o Direito Internacional dos Direitos Humanos, “tortura é todo ato pelo qual são infligidos a uma pessoa penas, sofrimentos físicos e/ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação, castigo corporal, medida preventiva, pena ou quaisquer outros fins”.²⁷ Presente nos calabouços das ditaduras e nos subterrâneos da democracia, as torturas e os torturadores existem como meio de assegurar a efetividade do processo penal abusivo. No entanto, é a primeira vez que vozes se erguem para negar o passado e reafirmar a legitimação destes atos de forma tão explícita.

Os torturadores são pessoas comuns em situações de exceção. São estas exceções, no entanto, que convertem cidadãos cumpridores da lei em fiéis combatentes e integrantes do aparelho ideológico do Estado como perpetradores de atrocidades. Isto ocorre, pois a própria estética dos aparelhos organizados do Estado tem uma feição de aparelho ideológico de repressão e prática de violações de direitos humanos, como assassinatos em massa e torturas²⁸.

Segundo a Comissão da Verdade as práticas comuns da Ditadura Militar foram os seguintes:

Tortura, que compreende-se nas categorias de: (i) tortura em caso de detenção/prisão; (ii) tortura em caso de violência sexual; (iii) tortura a familiares das vítimas de graves violações de direitos humanos e (iv) tortura praticada por funcionários públicos, especialmente médicos e médico-legais.

Execuções sumárias, arbitrárias ou extrajudicial, e outras mortes imputadas ao Estado: (i) morte decorrente do uso arbitrário da força por parte de agentes das forças de segurança

²⁷ BRASIL. *Comissão Nacional da Verdade – Mortos e Desaparecidos Políticos*. Volume 1, Brasília: CNV, 2014, p. 328.

²⁸ AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. Uma explicación criminológica del genocidio: La estructura del crimen y el requisito de la “intención de destruir”. *Revista Penal*, Madrid, n. 26, 2010, pp. 65-78.

do Estado; (ii) mortes decorrentes do uso da força policial em manifestações públicas; (iii) morte de pessoas detidas sob a custódia do Estado; (iv) morte decorrente de tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes e, por fim, o *desaparecimento forçado e ocultação de cadáver*.

1.3.1 OS PERPETRADORES E O NEGACIONISMO

A criminologia negacionista traz alguns elementos característicos, segundo Gresham M. Sykes e David Matza: *negação da responsabilidade; negação da lesão; negação da vítima; condenação dos condenadores e apelo às autoridades superiores*. Este sistema ou técnica de neutralização permite que o criminalizador viole as normas, sem, contudo, abandoná-las. Segundo Sykes e Cullen:

“A resposta a como o delinquente pode violar normas sem abandoná-las, argumenta-se, deve ser encontrada nas “técnicas de neutralização”, Segundo as quais a desaprovação que flui das normas internalizadas e daqueles que se conformam é neutralizada, retrocedida ou desviada antecipadamente. Justificativas ou racionalizações, que são vistas como válidas pelo delinquente mas raramente pela sociedade como um todo, precedem o comportamento desviante e o tornam possível ao proteger o indivíduo da voz restrigente da consciência e da possível condenação dos outros. Dessa forma, permanecem submetido às normas da sociedade e ainda assim qualificam-se os imperativos de que as violações se tornam “aceitáveis”, quando não “corretas”..²⁹

Primeiramente, a negação da responsabilidade aparece quando o criminalizador defende a sua ação criminosa como algo inevitável, necessário, relevante para que seja atingido um objetivo superior e justificador desta ação.

²⁹ SYKES, Gresham M.; CULLEN, Francis T. *Criminology*. 2. Ed. Orlando: HBJ, 1992, p. 336. (tradução nossa)

Muito presente nos discursos políticos atuais é de que, não houve Ditadura Militar no Brasil, mas sim período militar; que se não houvesse a intervenção dos militares viveríamos em uma Venezuela; que os militantes políticos da época eram terroristas e que as práticas violadoras de Direitos Humanos eram pequenos problemas ocorridos nos subterrâneos da ditadura.

Esta justificativa da eliminação dos terroristas, se funda em discursos higienistas, atribuindo a denominação de ralé aos *descartáveis socialmente*. Para parafrasear Nilo Batista, nada é mais parecido com as bruxas do que os traficantes que querem se apoderar das almas das nossas crianças³⁰. Ou ainda mais, nada é mais vil do que a coexistência humana de terroristas-islâmicos vivendo nos países europeus. Segundo Eugenio Raúl Zaffaroni, “qualquer pessoa que lê um jornal enquanto toma o seu café da manhã – se não limitar a leitura das notícias de esportes – vai se inteirando dos passos que o poder mundial toma rumo aos genocídios, ou seja, rumo ao aniquilamento total daqueles a quem considera seus inimigos”.³¹ A obsessão pela segurança continua como o principal foco da questão.

Outro elemento é a *negação da lesão*, que se apresenta como justificativa que se articula contra os desaparecimentos forçados na Ditadura. Assim, como a doutrina de segurança nacional se mostrou altamente violenta na América Latina, os atos de resistência ao regime totalitário se mostraram atos de agressão da própria ordem estabelecida. Amenizados, muitas vezes, pelos órgãos de mídia de massa, que alteram, subvertem ou simplesmente ocultam uma realidade. São as simulações e dissimulações. No caso em análise, dá-se a impressão de que não há tais manipulações, tirando o fato de que o partido de extrema-direita começa a se retirar das lesões produzidas. Mas se olharmos para a recente história, podemos constatar que muitos fatos são

³⁰ BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro*. Vol. I. 2. Ed. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002.

³¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit., 2007, p. 17.

deturpados ou simplesmente “empurrados para debaixo do tapete” da memória coletiva na América Latina e dos milhões de cadáveres que pertencem não só à cifra negra dos massacres, mas também à escuridão que a alienação produz na consciência coletiva. Assim, negar a lesão, amenizá-la ou justificá-la é um fato inerente ao negacionismo criminológico (comportamento criminalizador omissivo).

Como afirmado anteriormente, a *negação da vítima* é clara na conversão de cidadãos para inimigos. A neutralização da ofensa dos atos pela justificativa de que as vítimas são subversivas geralmente está ligada aos discursos legitimantes de eliminação do *outro*, seja por um antimulticulturalismo, seja por uma limpeza étnica seja pela eliminação dos combatentes marxistas. São exemplos da existência de dois sistemas penais, um oficial e outro subterrâneo: “(a) um para infratores que pertencem às camadas socialmente aptas para a convivência e (b) outro para aqueles que não pertencem a elas. Os primeiros são retribuídos com uma pena limitada e proporcional, ao passo que os segundos são neutralizados com uma pena desproporcional e indeterminada (medida) [...]”³². A justificativa da atrocidade do ato (medida) ocorre em razão da atrocidade da figura do eliminado (*inimigo*).

Outro método de neutralização é a *condenação dos condenadores*, que consiste na reprovação de ativistas que pretendem denunciar os crimes e atrocidades perpetrados por agentes do Estado. Nesse sentido, pode-se verificar claramente com a substituição de membros da Comissão de Mortos e Desaparecidos no Regime Militar que, publicamente, já se manifestaram com discurso negacionista da existência das práticas violadoras de Direitos Humanos no período da Ditadura Militar.

Outro fator que caracteriza a tentativa do perpetrador em neutralizar seus atos é invocar a obediência hierárquica, também

³² ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit., 2007, p. 101.

denominada por Gresham M. Sykes e David Matza³³ como *The Appeal to Higher Loyalties*, ou seja, *apelar às autoridades superiores*. Consiste em justificar os assassinatos e desaparecimentos forçados com o argumento de que somente estavam cumprindo ordens de superiores hierárquicos. Naturalmente, o desobediente dos atos seria punido, razão pela qual é difícil a percepção da (ir)resistência do momento da perpetração. No Volume 1 do Relatório da Comissão da verdade, o ex-tenente do Exército Marcelo Paixão de Araújo menciona este argumento: “Quem assinou o AI-5? Não fui eu. Ao suspender garantias constitucionais, permitiu-se tudo o que aconteceu nos porões”.³⁴

2 O PODER DE ANIQUILAR O *HOMO SACER*

A matriz tanatológica dos Estados tem sua fundamentação na própria história. Aparece, segundo Michel Foucault, em praticamente todo o século XVIII, como guerra de raças. Esta guerra depois vai se incorporando ao racismo de Estado e à capacidade que este ente político tem em expurgar seus refugos, exercendo o “poder de ‘fazer’ viver e de ‘deixar’ morrer”³⁵.

A biopolítica cria mecanismos com funções diferentes dos dispositivos disciplinares (punitivos) tradicionais. Instrumentos que reafirmam a condição de inimigo de certo regime político, incentivando a afirmação: “para viver, é preciso que você massacre os seus inimigos”, ou, “se você quer viver, é preciso que o outro morra”; para Michel Foucault, a lógica é “quanto mais as espécies inferiores tenderem a desaparecer, quanto mais indivíduos anormais forem eliminados, menos degenerados haverá em relação à espécie, mais eu [...] viverei, mais

³³ SYKES, Gresham M.; MATZA, David, op. cit, p. 669.

³⁴ BRASIL. *Comissão Nacional da Verdade – Mortos e Desaparecidos Políticos*. Volume 1. Brasília: CNV, 2014, p. 364.

³⁵ FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. Trad. Maria Ermantina Galvão. Martins Fontes: São Paulo, 2005, p. 287.

forte serei, mais vigoroso serei, mais poderei me proliferar”³⁶.

Essa lógica é aceita em uma sociedade de normalização, onde não há espaço geográfico ou político para as minorias, onde o racismo absorvido pelo Estado é reproduzido na figura do *inimigo econômico* e consolida a legitimação dos massacres.

Cabe afirmar que o genocídio é a forma mais violenta pela qual o Estado afirma a sua ideologia. Se no nazismo existia o nacional-socialismo, na atualidade o que se mantém é o capitalismo como ideologia. No mesmo sentido, Irwing Horowitz define o genocídio como o meio extremo que utiliza um Estado para impor a sua ideologia e seu modelo de sociedade³⁷.

A violência nem sempre precisa ser explícita, segundo Nicos Poulantzas. A violência que é monopolizada pelo Estado é o sustentáculo das técnicas do poder e os seus dispositivos de consenso, agindo mediante os instrumentos de disciplina e ideologia, moldam a superestrutura do corpo social; porém, essa violência não se exerce diretamente³⁸.

A violência se racionaliza e converte-se, no Estado de Direito, em Lei Penal, onde os limites da legalidade existem à medida que a pulsão agressiva do Estado exerce poder sobre seus súditos. Para Giorgio Agamben, existe uma estrutura do Estado de Exceção, onde a força da lei é dissipada³⁹. O grande problema é que, na tradição dos oprimidos, o Estado de Exceção tende a tornar-se regra absoluta⁴⁰ e o limite da pulsão agressiva

³⁶ Ibid., p. 305.

³⁷ HOROWITZ, Irving. *Taking lives: genocide and state Power*. New Brunswick. Nova Jersey: Transaction Books, 1980.

³⁸ POULANTZAS, Nicos. *O Estado, o Poder, o Socialismo*. 4. Ed. Trad. Rita Lima. Rio de Janeiro: Graal, 2000, p. 79.

³⁹ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Trad. Iraci D. Poleti. 2. Ed. São Paulo: Boitempo, 2007b.

⁴⁰ “A tradição dos oprimidos nos ensina que ‘o estado de exceção’ em que vivemos é, na verdade, a regra geral. Precisamos construir um conceito de história que corresponda a essa verdade. Nesse momento, perceberemos que nossa tarefa é originar um verdadeiro estado de exceção; com isso, nossa posição ficará mais forte na luta contra o fascismo. Este se beneficia da circunstância de que seus adversários o enfrentam em nome do progresso, considerado como uma norma histórica. O

não existe mais. Tanto é verdade que morrem seis vezes mais pessoas na metade do século XX do que no século XIX. Em 1960, foram registrados 63% de mortes de civis em guerras; já em 1980 esta cifra sobe para 74%. Calcula-se que, no ano 2000, 360.000 pessoas foram assassinadas no mundo como resultado de violência coletiva e conflitos armados⁴¹. No Brasil, esta cifra não é diferente, se levarmos em consideração que o Estado atua como verdadeiro dispositivo kafkaniano⁴² de eliminação de refugos humanos, tratamento este que também é concedido aos povos tradicionais da *terra brasilis*.

As classes que pensam através do sistema estatal de repressão (*ou aparelhos ideológicos e repressivos de estado*) são integrantes da classe dominante capitalista. Assim, não é só a economia política que é capitalista, mas vivemos em uma verdadeira capitalização da coerção legítima do Estado para atender finalidades ilegítimas.

3 OS BODES EXPIATÓRIOS

A reação punitiva se pauta em dois elementos, relacionados à ligação entre psicanálise e direito: *projeção e bode expiatório*. Os inimigos públicos definidos midiática e judicialmente como *subversivos* são bodes expiatórios, segundo a lógica psicanalítica de Freud. A expiação que a pena pretende nada mais é do que um sentimento de culpa coletivo. Também há a função do criminoso como catalizador, em que são projetados os comportamentos inconscientes coletivos criminosos. Obviamente,

assombro filosófico. Ele não gera nenhum conhecimento, a não ser o conhecimento de que a concepção de história da qual emana semelhante assombro é insustentável". (BENJAMIN, Walter. *Obras escolhidas 1: magia e técnica, arte e política*. 10. ed. Brasília: Brasiliense, 1996. p. 226).

⁴¹ GREEN, Penny; WARD, Tony. Violence and the State. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito – Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais (PUC-RS)*. Volume 2. Número 2. Porto Alegre: julho a dezembro de 2010, p. 3.

⁴² KAFKA, Franz. *Na colônia penal*. Trad. Carol Bensimon. São Paulo: Cia das Letras, 2011.

esta identificação causa asco social, o que reforça a demanda por ordem e o discurso de pena em que se edifica a ordem videofinanceira da atualidade.

Os bodes expiatórios sempre são produzidos por Estados Falhos (de capitalismo tardio), aqueles que não conseguiram atender a agenda garantista e ciclicamente produzem refugos⁴³. Estes refugos precisam de uma identificação com algo negativo: são os *bodes expiatórios*. Cada sociedade tem um: no Brasil, o negro, o pobre, o sem-terra, a prostituta, o traficante de drogas que quer se apoderar das almas de nossas crianças, os subversivos do Regime Militar, assim como as bruxas na Inquisição, os judeus subversivos do Nazismo e os comunistas e muçulmanos dos Estados Unidos. Cada sociedade em metástase necessita do *bode expiatório* como placebo para aliviar a dor e o sentimento de vazio que o capitalismo videofinanceiro produz com o aniquilamento de valores humanos de solidariedade.

O sistema penal excludente sempre determinou ou necessitou de *bodes expiatórios* para dar cabo à pulsão violenta. O sacrifício da vítima expiatória do sistema girardiano é quase um ritual sagrado e necessita-se dessa figura para que pessoas de bem se sintam mais seguras em uma sociedade de mal-estar na pós-modernidade⁴⁴. Se não for eliminada esta vítima expiatória,

⁴³ BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. São Paulo: Zahar, 2005.

⁴⁴ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. São Paulo: Zahar, 1999. Da mesma forma, sobre a função do bode expiatório, afirma Elias Neuman: “Sem a menor dúvida leva-se a crer que o estereótipo que servirá para saber que existe o delinquente. Que existem, desse modo, bodes expiatórios que permitem aliviar nossa boas consciências sabendo que nossos filhos estão do outro lado. A repressão gera a existência de um grupo humano tangível onde pode ser descarregada. O mesmo grupo que, como disse anteriormente, possibilita a descarga de nossa raiva e, por sua vez, permite reprimir nossa próprias tendências ao delito, imersas no subconsciente. Não é difícil chegar à conclusão de que na sociedade atual existem vítimas predeterminadas, o que implica também a existência de agressores pré-determinados a partir do controle do poder social. São frases hipertróficas e inumanas que quase sempre existem antes ou depois, segundo se observa o magma normativo que as possibilita e legitima”. (NEUMAN, Elias. *Victimología y Control Social: Las víctimas do sistema penal*. Buenos Aires: Editorial Universidad,

o sistema dará conta de buscar uma nova vítima⁴⁵, até satisfazer o desejo de sangue que *ontologicamente* a psique coletiva cria, no memorial sacrificial que a mídia de massa edifica cada vez mais. Cria-se, assim, uma *hiperrealidade* pautada na simulação ou dissimulação⁴⁶. Segundo Eugenio Raúl Zaffaroni, uma sistemática de neutralização da vítima é convertê-la em inimigo cômodo da sociedade (*bode expiatório*), negando a situação de vítima, em um processo de demonização⁴⁷. Neste mesmo aspecto, Georg Rusche e Otto Kirchheimer explicam que os “criminosos fora-da-lei, mais que as bruxas e os judeus, eram as presas legítimas para qualquer desejo a ser satisfeito com requintes de crueldade. A grande variedade de punições produzia as compensações. As massas que clamavam para as execuções estavam constantemente ávidas por novas emoções”.⁴⁸

Logo, o epicentro é sempre uma discriminação no sentido de hierarquização dos seres humanos, tais como as bruxas, os judeus, os índios e populações tradicionais, os movimentos

1994, p. 23). (tradução nossa)

⁴⁵ GIRARD, René. *A violência e o sagrado*. Trad. Martha Conceição Gambini. 2. Ed. São Paulo: Editora Universidade Estadual Paulista – Paz e Terra, 1990.

⁴⁶ A obra de Jean Baudrillard, *Simulacros e Simulação*, expõe que a abstração hoje não é algo que possui a duplicidade do espelho ou do conceito, bem como não é um mapa que pretende representar a verdade. A simulação não é uma representação fictícia de um território, de uma referência factível ou de algo verdadeiramente substancial. Trata-se sim, da geração de uma gestação de uma realidade sem origem nem realidade: o hiperreal. Alerta ainda o autor que dissimular é fingir não ter o que se tem, enquanto simular é fingir ter o que não se tem. Logo, o primeiro, reporta-se a uma presença e o segundo, a uma ausência. (BAUDRILLARD, Jean. *Op. Cit.*, pp. 7-40)

⁴⁷ Afirma o autor: “No geral, a ideia retributiva ou talional, teorizada por filósofos e penalistas, canalizava a vingança, exigindo uma proporcionalidade entre a magnitude do delito e da pena. Vimos os denodados esforços de legisladores e juristas para legitimar a eliminação da medida talional de pessoas *incômodas*, ou seja, os pequenos delinquentes. Foram inventadas penas que violavam essa medida, como a *deportação* nos países colonialistas e a prisão *indeterminada* que não existiam nas colônias, mas que se destinavam aos crimes graves, porque os *patibulares* eram fuzilados, enforcados ou guilhotinados.” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Op. cit.*, 2012, p. 439).

⁴⁸ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2. Ed. Trad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2004, p. 40.

sociais, os comunistas subversivos, os degenerados, os imigrantes, os muçulmanos, os pobres, os drogados e os *narco-inimigos*.

Assim, sempre que um *grupo hegemônico* demonstra-se frágil, falho ou ineficaz, cria-se esta figura do *inimigo* cômodo, para acumular e proteger o poder de uma falsa ameaça. Esta é reafirmada, com a identificação do *outro reificado* com os *selvagens* que precisam ser enjaulados. Isso se dá porque os inimigos naturais da civilização não abdicaram da castração pulsional e tanatológica, que a sociedade pós-moderna exige.

Independentemente de quem seja o subversivo pós-moderno, este deve ser mostrado como alguém que possui capacidade destrutiva. Nada mais evidente que isso do que mostrar um movimento social ocupando propriedades de empresas multinacionais como se fossem terroristas. Quando o direito de propriedade é afetado sobre determinados segmentos da sociedade, fica bem claro *quem é e quem não é* dono do poder punitivo. O direito penal é mais privado do que se imagina. Assim, a classe frágil hegemônica precisa negar a responsabilidade social sobre os criminalizados, caçando-os como animais selvagens.

Essa temporada de caça é sempre forjada com o fogo do clamor público (sociedade do espetáculo) e com a adesão subjetiva à barbárie da sociedade civil. Quanto maior o medo (pânico), maior o caos e, dessa forma, maior a capacidade de controle da classe dominadora.

Esse pânico moral⁴⁹ é uma *dissimulação*, na expressão de Jean Braudillard⁵⁰, que parte de algo real, mas distorce a sua

⁴⁹ Especificamente sobre o pânico moral vide: COHEN, Stanley. *Demonios populares y pánicos morales*: Delincuencia juvenil, subculturas, vandalismo, drogas y violencia. Barcelona: Gedisa, 2017.

⁵⁰ Menciona o autor: “Todas as hipóteses de manipulação são reversíveis num torneio sem fim. É que a manipulação é uma causalidade flutuante onde positividade e negatividade se enredam e se recobrem, onde não há activo nem passivo. É pela paragem *arbitrária* desta causalidade rodopiante que pode ser salvo um princípio de realidade política. É por *simulação* de um campo perspectivo restrito, convencional, em que as premissas e as consequências de um acto ou de um acontecimento são calculáveis, que pode manter-se uma verossimilhança política (e, claro, a análise

estrutura ou projeto de modo deformado midiaticamente e paralisa a sua capacidade emancipatória e de percepção. Produz assim, aterrorização da população e da coletividade.

O domínio sobre os espaços é feito através de verdadeiras operações de guerra, nomeando inimigos e negando as baixas. O negacionismo como técnica de neutralização⁵¹ está presente na atualidade, principalmente quando se pretende justificar a prática de atrocidades pelo bem maior da coletividade.

A negação do dano não se dá somente em termos ativos, mas também sim em termos passivos. Stanley Cohen articula, em sua obra *Estado de Negação*, que há uma resistência da sociedade em crer naquilo que está claro. Onde se nega o presente e se reprime o passado⁵², mediado por outra forma de técnica de neutralização, a negação interpretativa, que consiste em “[...] relatos populares de delitos comuns como o uso proibido do sistema de informática na universidade para mandar e-mails pessoais a familiares. Da mesma forma, a negação da lesão e da vítima transcorre em um discurso frio ao direito justo e à moral: ‘todo mundo faz’ [...]”⁵³. Do mesmo modo, são tidos como normais, pelo Presidente da República, os atos de exceção praticados como regra no Regime Militar. Esta prática é protegida pelo discurso criminológico legitimante e dominante do *outro perigoso*, também denominado de subversivo.

Em *Totem e o Tabu*, Freud explica a significação do termo *tabu* como algo por um lado aceito e por outro restrito por uma coletividade. Assim, este termo aproxima-se da própria concepção de lei, que se reporta a fazer ou deixar de fazer alguma coisa. A consequência (penal) da violação “de um tabu é

‘objetiva’, a luta, etc.)” (BAUDRILLARD, Jean. *Simulacros e Simulações*. Lisboa: Relógio D’água, 1981, p. 25).

⁵¹ SYKES, Gresham M.; MATZA, David. Techniques of neutralization: The theory of delinquency. *American Sociological Review*, Vol. 22, n.º 6 (Dec., 1957), pp. 664-670.

⁵² COHEN, Stanley, op. cit., p. 29.

⁵³ COHEN, Stanley, op. cit., p. 62. (tradução nossa)

a transformação do próprio agressor em tabu [...]”⁵⁴. Certos perigos provocados pela violação do *tabu* podem ser evitados por atos de expiação e purificação. Nota-se a estrita ligação do sistema de identificação do *tabu* com o próprio tabu. O rótulo da pessoa que comete um fato determinado como crime absorve o próprio crime em sua identidade.

A força messiânica que a denominação *tabu* detém na história gradativamente vem a significar uma força coercitiva independente da crença em demônios. Acaba desenvolvendo-se nas normas de costume e de tradição e, finalmente, na lei⁵⁵.

O aprisionamento efetiva a reprodução das criminalizações, o que gera a sua repetição compulsiva (reincidência criminalizante). Mas tem como um dos principais caracteres a reafirmação dos estereótipos, os papéis desviantes atribuídos em meio às escuras prisões para a penumbra do inconsciente humano, o que faz que a utopia a ser percorrida pelo detento seja a sobrevivência em meio ao caos da ordem excessiva que é a vida carcerária. É de se recordar, inclusive, a expressão inscrita no portal do inferno, na obra *Divina Comédia*, de Dante Alighieri: “Ó, vós que entraís, abandonai toda a esperança [...]”⁵⁶

A criação de criminalizados é efetivada nas máquinas sociais: um intrincado sistema de polícia, tribunais, cárceres e prisões, tendo por finalidade a segregação do suspeito ao inocente, passível de falhas e erros⁵⁷. O problema, na verdade, não são os

⁵⁴ FREUD, Sigmund. *Totem e tabu e outros trabalhos*. Volume XIII (1913-1914). Rio de Janeiro: Imago, 1976.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ ALIGHIERI, Dante. *A divina comédia*. José Pedro Xavier Pinheiro. São Paulo: Domínio Público, 1955, p. 31.

⁵⁷ Neste sentido afirma Gresham M. Sykes na obra *Crime e sociedade*: “O Direito Penal deve ser extraído de um conjunto de normas dentro da ação social; e com tal finalidade a sociedade moderna construiu um intrincado sistema de polícia, tribunais, cárceres e prisões. Este sistema pode ser imaginado como uma máquina que se integra na sociedade para descobrir e segregar o indivíduo suspeito de haver cometido um crime, separa o culpado do inocente, e aplica a sanção penal provida pela lei. Assim como muitas ‘máquinas sociais’, este sistema está sujeito a falhas ou erros, parcialmente devido ao imperfeito projeto da máquina ou aos problemas de pessoal.”

acertos, mas, sim, os erros produzidos em todos os casos ao estereotipar o *homo sacer*. Segundo Edwin M. Lemert, a estigmatização descreve um processo de visível indexação de sinais morais inferiores para as pessoas, os rótulos pessoais, marcas ou informação publicitária⁵⁸. Tais rituais de degradação possibilitam o desvio secundário, ou seja, a reincidência criminalizante, como profecia autorrealizável.

Um instrumento de maquinaria social ou de construção do desvio primário é a mídia de massa, cuja relação com os fatos criminógenos, tanto no seu tratamento como em sua forma interpretativa, tornou-se tão complexa, que mereceu a denominação de *criminologia midiática*⁵⁹. Esta pretende a eletividade dos seus bodes expiatórios, incentivando a judicialização das relações sociais e o falecimento do Estado de Bem-Estar Social em prol de uma vida nua de direitos humanos, onde se escolhe quem tem o direito de viver e os que se deixam morrer⁶⁰. Isso fica evidente no caso do Regime Militar. Buscava-se no subversivo uma justificação para a existência da própria estrutura punitiva de exceção. A transposição entre o impuro demoníaco e o criminoso perigoso (criminalizado) tem a mesma finalidade.

(SYKES, Gresham M. *Crime e sociedade*. Trad. Walter Pinto. Rio de Janeiro: Edições Bloch, 1969, p. 25).

⁵⁸ LEMERT, Edwin M. *Human deviance, social problems & social control*. Nova Jersey: Prattice-Hall, 1967, p. 42.

⁵⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit., 2012, pp. 303-346.

⁶⁰ Sobre a lógica do poder do soberano e o direito de matar (massacrar) seus súditos, Michel Foucault escreveu sobre a expressão da biopolítica: “Que quer dizer, de fato, direito de vida e de morte? Não é claro, que o soberano pode fazer viver como pode fazer morrer. O direito de vida e de morte só se exerce de uma forma desequilibrada, e sempre do lado da morte. O efeito do Poder soberano sobre a vida só se exerce a partir do momento em que o sobreano pode matar. Em última análise, o direito de matar é que detém efetivamente em si a própria essência desse direito de vida e de morte: é porque o soberano pode matar que ele exerce seu direito sobre a vida. É essencialmente um direito de escapada. Não há, pois, simetria real nesse direito de vida e de morte. Não é o direito de fazer morrer ou de fazer viver. Não é tampouco o direito de deixar viver e de deixar morrer. É o direito de fazer morrer ou de deixar viver. O que, é claro, introduz uma dissimetria flagrante.” (FOUCAULT, Michel, op. cit., pp. 286-287).

De acordo com Wundt, esta característica original do *tabu* – a crença em um poder ‘demoníaco’ que jaz oculto em um objeto que, se for tocado ou utilizado ilegalmente, vinga-se lançando um encantamento sobre o transgressor – ainda é inteira e unicamente ‘medo objetivado’. Esse temor, contudo, ainda não se cindiu nas duas formas nas quais posteriormente se desenvolvem: veneração e horror⁶¹.

A análise freudiana sobre o tabu pode ser transportada para a esfera coletiva, quando aborda o *tabu* obsessivo, em que se trata de um excesso de autorrestrições para restrições coletivas excedentes (expansão da criminalização primária), em que a obsessão é um elo entre o medo e as classes subalternas, em evidente *fobia de contato*. Isso fundamenta o sentimento quando vemos um mendigo nas ruas, um menino dormindo na sarjeta, presos atrás das grades ou o terrorista do Regime Militar. O sentimento de asco é retroproduzido pela própria expansão do sistema punitivo e conduzido para a sociedade como forma de consumo (Estado Videofinanceiro ou Estado Penal). A projeção, por sua vez, é um mecanismo psicológico que pode ocorrer em pessoas doentes ou saudáveis, mas que, no geral, fica clara em casos de paranoia social.

O ser humano não está imune a um estímulo externo. Os instintos mais primitivos, logo, violentos, estariam desprotegidos se não fosse a possibilidade de projetá-los ao mundo exterior. Isso explica a paranoia de reprimir desejos homossexuais, repressão esta que reflete a matriz cultural de punição ao homossexualismo. Um modo de escapar dessa lógica é convertendo amor (*Eros*) em ódio (*Thanatus*). A mesma lógica paranoica funciona com nossos desejos primitivos violentos. O olho vendado da justiça detém a significação racional de que a mesma será feita de modo imparcial, mas quando a *pena* do juiz recai sobre as secas folhas de papel, o que resta é o doce ódio sendo projetado diretamente dos confins mais obscuros da psique humana.

⁶¹ FREUD, Sigmund, op. cit., p. 45.

No caso sacrificial, para Paul Reinwald, tanto “o executor como as massas sabem, inconscientemente, que aquela execução repete o assassinato e que eles cometem o mesmo crime”⁶². Isto serve como uma reativação ampliada do ódio.

Simbolicamente, a própria justiça é representada pela figura feminina, com olhos vendados, mas com um gládio na mão, obviamente determinando a legitimidade da violência e vingança do Estado⁶³.

Tanto o processo penal como a neurose obsessiva têm elementos comuns, como a paranoia por ordem e pureza⁶⁴, que é obtida pela projeção da reativação aumentada do ódio, que pode ser observada em uma sentença condenatória ou em um discurso político como percebemos do atual Presidente da República.

CONCLUSÃO

As técnicas de neutralização foram constituídas em 1957 por Gresham Sykes e David Matza inspirado na análise da subcultura delinquente (escola criminológica do consenso). Tinha como objetivo identificar as estratégias usadas por menores infratores para legitimar moralmente atos que escapavam do que era culturalmente dominante.

Na negação da responsabilidade, primeira técnica de neutralização, aparece claro no sentido de crimes na ditadura militar. Os crimes praticados, segundo perpetradores, não são de sua responsabilidade, mas sim dos subversivos que queriam implantar no Brasil uma ditadura do proletariado.

A segunda técnica é a negação do dano, quando o perpetrador recusa que o ato que praticou efetivamente gerou um dano real. Em termos dos crimes praticados pela ditadura é comum

⁶² REIWALD, Paul. *Society and its criminals*. Genova: T. E. James, s.d., p. 92.

⁶³ GARAPON, Antoine. *Bem julgar: Ensaio sobre o ritual judiciário*. Lisboa: Instituto Paiget, 1997, p. 256.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 219.

que os seus defensores argumentem que os atos aconteceram isoladamente contra terroristas perigosos.

Como sequência, esclarece a terceira técnica, a negação da vítima, que o seu ato não foi tão mal e que a vítima mereceu. No caso da ditadura, esta técnica está presente quando se afirma que a ditadura agiu em defesa da sociedade, dos valores e dos costumes tradicionais, buscando a eliminação daqueles denominados de subversivos.

A inversão da culpabilidade também se demonstra onipresente quando, ao afirmar que as próprias vítimas da ditadura também faziam vítimas contra os que lutavam contra ela. Assim, uma modalidade de demonstrar que os denominados terroristas subversivos (vítimas) da ditadura militar são hipócritas e que eram capazes de fazer algo muito pior. Trata-se, deste modo, de condenar os condenadores.

Por fim, na técnica denominada de *apelação à lealdade superior*, pretende-se justificar os atos por uma necessidade externa. No caso da delinquência juvenil ela está agregada ao senso de lealdade. No âmbito da criminalidade de Estado volta-se à ideologia de defesa social, pautada no patriotismo e puritanismo. Tanto é verdade que a própria exposição de motivos do Ato Institucional número 5, em que ele se justificava como: “os meios indispensáveis à obra de reconstrução econômica, financeira política e moral do Brasil, de maneira a poder enfrentar, de modo direto e imediato, os graves e urgentes problemas de que dependem a restauração da ordem interna e do prestígio internacional da nossa pátria”.⁶⁵

Verifica-se nos discursos políticos da atualidade, quando a matéria é a discussão sobre os crimes praticados por agentes do Estado, em especial na ditadura brasileira, de simplesmente se negar tais comportamentos. Se nega, não exatamente

⁶⁵ BRASIL. *Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/AIT/ait-05-68.htm>>. Acesso em 25 de agosto de 2019.

recusando a existência, mas justificando-os comportamentos sob pretextos de legitimação de atos do direito penal subterrâneo de sequestro, execuções sumárias e desaparecimento forçado (sub-cultura criminosa/delinquente) em direito penal oficial (cultura oficial de manutenção da lei e ordem contra subversivos).



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Trad. Iraci D. Poleti. 2. Ed. São Paulo: Boitempo, 2007b.
- . *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007a.
- ALIGHIERI, Dante. *A divina comédia*. José Pedro Xavier Pinheiro. São Paulo: Domínio Público, 1955.
- ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos ideológicos de Estado*. Trad. Walter José Evangelista e Maria Laura Civeiros de Castro. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985.
- AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura. Uma explicación criminológica del genocídio: La estructura del crimen y el requisito de la “intención de destruir”. *Revista Penal*, Madrid, n. 26, 2010.
- ANITUA, Gabriel Inácio. *História dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan e ICC, 2008.
- BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro*. Vol. I. 2. Ed. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002.
- BAUDRILLARD, Jean. *Simulacros e Simulações* Lisboa: Relógio D'água, 1981.
- BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. São Paulo:

- Zahar, 1999.
- _____. *Vidas desperdiçadas*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. São Paulo: Zahar, 2005.
- BENJAMIN, Walter. *Obras escolhidas 1: magia e técnica, arte e política*. 10. ed. Brasília: Brasiliense, 1996.
- BRASIL. *Ato Institucional n.º 13 de 05 de setembro de 1969*. Disponível em: << http://www.planalto.gov.br/CCI-VIL_03/AIT/ait-13-69.htm>>. Acesso em 25 de agosto de 2019.
- BRASIL. *Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968*. Disponível em: << http://www.planalto.gov.br/CCI-VIL_03/AIT/ait-05-68.htm>>. Acesso em 25 de agosto de 2019.
- BRASIL. *Comissão Nacional da Verdade – Mortos e Desaparecidos Políticos*. Volume 1 e 2, Brasília: CNV, 2014.
- COHEN, Albert K. *Transgressão e controle*. Trad. Miriam L. Moreira Leite. São Paulo: Biblioteca Pioneira de Ciências Sociais, 1968.
- _____. *Delinquent Boys: The culture of the gang*. Londres: Routledge & Kegan Paul, 1955.
- COHEN, Stanley. *Demonios populares y pánicos morales: Delincuencia juvenil, subculturas, vandalismo, drogas y violencia*. Barcelona: Gedisa, 2017.
- FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. Trad. Maria Ermantina Galvão. Martins Fontes: São Paulo, 2005.
- FREUD, Sigmund. *Totem e tabu e outros trabalhos*. Volume XIII (1913-1914). Rio de Janeiro: Imago, 1976.
- GARAPON, Antoine. *Bem julgar: Ensaio sobre o ritual judiciário*. Lisboa: Instituto Paiget, 1997, p. 256.
- GIRARD, René. *A violência e o sagrado*. Trad. Martha Conceição Gambini. 2. Ed. São Paulo: Editora Universidade Estadual Paulista – Paz e Terra, 1990.
- GREEN, Penny; WARD, Tony. *Violence and the State*. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito – Programa de Pós-*

- graduação em Ciências Criminais (PUC-RS)*. Volume 2. Número 2. Porto Alegre: julho a dezembro de 2010.
- HOROWITZ, Irving. *Taking lives: genocide and state Power*. New Brunswick. Nova Jersey: Transaction Books, 1980.
- KAFKA, Franz. *Na colônia penal*. Trad. Carol Bensimon. São Paulo: Cia das Letras, 2011.
- KIRCHHEIMER, Otto. *Political Justice: The Use of Legal Procedure for Political Ends*. Orinceton Legacy Library: New Jersey, 1961.
- LEMERT, Edwin M. *Human deviance, social problems & social control*. Nova Jersey: Prattice-Hall, 1967.
- MBEMBE. *Necropolítica*. São Paulo: N-1 Edições, 2018.
- NEUMAN, Elias. *Victimología y Control Social: Las víctimas do sistema penal*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994.
- POULANTZAS, Nicos. *O Estado, o Poder, o Socialismo*. 4. Ed. Trad. Rita Lima. Rio de Janeiro: Graal, 2000.
- REIWALD, Paul. *Society and its criminals*. Genova: T. E. James, s.d.
- RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2. Ed. Trad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2004.
- SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Sobre o Autoritarismo Brasileiro*. Companhia das Letras: 2019.
- SOUSA SANTOS, Boaventura. *A crítica da razão indolente: contra ao desperdício da experiência*. 7. Ed. Rio de Janeiro: Cortez, 2009.
- _____. *A Gramática do Tempo: Para uma nova cultura política*. 2. Ed. 4º Volume. São Paulo: Cortez, 2008.
- SYKES, Gresham M. *Crime e sociedade*. Trad. Walter Pinto. Rio de Janeiro: Edições Bloch, 1969.
- _____.; CULLEN, Francis T. *Criminology*. 2. Ed. Orlando: HBJ, 1992.
- _____.; MATZA, David. *Techniques of neutralization: a*

theory of delinquency. *American Sociological Review*.

Vol. 22. Washington: SAGE, 1957, pp. 664-670.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *A Palavra dos Mortos*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2007.

ZENKNER SCHMIDT, Andrei. *O método do direito penal sob uma perspectiva interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

UMA VOZ DE SUSPEITA: GIORGIO AGAMBEN E O ESTADO DE EXCEÇÃO EM TEMPOS DE PANDEMIA¹

Caio Henrique Lopes Ramiro²

Glauco Barsalini³

Ocorre manifestar sem reservas
o próprio dissenso sobre o modelo
de sociedade fundado sobre o
distanciamento social e seu controle ilimitado⁴.
Giorgio Agamben

¹ O presente texto foi originalmente publicado no livro *Tempos excepcionais: a pandemia e a era da COVID 19*, organizado por Roberto Bueno. Além disso, versão ampliada do presente trabalho foi publicada na Revista Quadranti: https://www.rivista-quadranti.eu/riviste/10/17_Barsalini-e-Ramiro.pdf.

² Professor no Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Instituição Toledo de Ensino (Bauru/SP/Brasil). Professor na Pós-graduação em Filosofia, Psicanálise e Cultura da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR-Curitiba) e na Pós-graduação em Filosofia Política e Jurídica da Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR). Professor na Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Oeste do Paraná (UNIOESTE/Foz do Iguaçu). Graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Marília (UNIVEM). Graduação em Filosofia pelo Centro Universitário Claretiano. Possui especialização em Filosofia Política e Jurídica pela Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR). Mestre em Direito pelo UNIVEM. Mestre em Filosofia pela Universidade Estadual de Maringá (UEM/PR). Doutor em Direito pela Universidade de Brasília (UnB).

³ Professor Pesquisador do Programa de Mestrado em Ciências da Religião e da Faculdade de Ciências Sociais da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas). É membro, desde agosto de 2018, do Conselho Científico da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Teologia e Ciências da Religião (ANPTE-CRE). Realizou pós-doutorado no Departamento de Teologia da Loyola University Chicago (2019), é doutor em Filosofia pela Universidade Estadual de Campinas - UNICAMP (2011), mestre em Multimeios pela UNICAMP (2001), bacharel e licenciado em Ciências Sociais pela UNICAMP (1995; 1997), bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas - PUC-Campinas (2002).

⁴ As traduções foram feitas pelos autores de forma livre, salvo indicação em contrário.

INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objeto precípua refletir acerca das posições publicamente externadas pelo filósofo italiano Giorgio Agamben diante da conjuntura pandêmica global, tendo em vista alguns de seus primeiros textos publicados a partir de fevereiro do corrente ano (2020).

Inicialmente, será abordado o contexto em que se deram essas manifestações. Ressalte-se, de saída, que o cenário de pandemia ou do aparecimento de novos vírus a assolar a vida humana e não humana no planeta não é um privilégio deste momento, contudo, na primeira parte, um breve resgate dos tempos de pandemia será o foco desta análise.

Doravante, demarcada a questão do tempo atual e a conjuntura em que aparecem os textos de intervenção pública de Agamben, pretende-se realizar uma leitura de tais reflexões em conexão com a obra do filósofo italiano. Desse modo, objetiva-se examinar o quanto das questões colocadas por Agamben já se encontram, em alguma medida, trabalhadas em seu projeto filosófico, o que não implica em uma pueril tentativa de comprovar hipóteses já defendidas mas, sim, parece que o filósofo italiano pretende manter viva a suspeita acerca do estado de exceção e das condições de possibilidade de uma vida política a partir de novas premissas como, por exemplo, a ideia de distanciamento social.

I – TEMPOS DE PANDEMIA

Conforme se mencionou na introdução, o aparecimento de novas moléstias que podem ser caracterizadas como uma pandemia não é um privilégio de nossos dias. Examinando a presença da peste no cenário europeu, diz Jean Delumeau (2009, p. 154):

Na Europa, tratou-se da peste, sobretudo durante os quatro séculos que correm de 1348 a 1720. Entretanto, no decurso desse

longo período, outros contágios dizimaram também as populações ocidentais: a sudâmina inglesa nas ilhas Britânicas e na Alemanha nos séculos XV e XVI, o tifo nos exércitos da Guerra dos Trinta Anos, e ainda a varíola, a gripe pulmonar e a disenteria: todas as três ativas no século XVIII.

Em interessante artigo publicado em 2009 — oportunidade em que se vivia outra pandemia desencadeada pelo vírus *Influenza A (H1N1)* —, Deisy Ventura, fazendo uma leitura a partir da “metáfora da peste” de Albert Camus, acertadamente pondera que o personagem do filósofo artista argelino não é datado, uma vez que se sabe ser cíclico o aparecimento da *peste*; o que importa notar é que “oscilam apenas a sua amplitude e as suas circunstâncias” (VENTURA, 2009, p. 159). Dessa maneira, é possível pensar com Delumeau que a *peste* é um fenômeno recorrente e, na Europa, já desde a aurora da modernidade, tentou-se verificar a temporalidade de seu aparecimento, a fim de se conseguir algum controle e evitar o *estado de medo*. Assim, “mal enraizado, implacavelmente recorrente, a peste, em razão de seus reaparecimentos repetidos, não podia deixar de criar nas populações ‘um estado de nervosismo e de medo’” (DELU-MEAU, 2009, p. 155). A questão do medo, ao que parece, é um dos focos da análise de Giorgio Agamben e será objeto de exame na segunda parte do trabalho.

Em conferência sobre *biosseguridade*, proferida no Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo no ano de 2005, o bioquímico Hernan Chaimovich chamava a atenção para a seguinte possibilidade:

Para começar a falar sobre biosseguridade, com esta definição, tomo como exemplo a seguinte afirmação: se o mundo tiver muita sorte, teremos uma pandemia de *influenza* em cinco anos. [...] Se não tivermos muita sorte, ela ocorrerá daqui a dois anos e, se realmente formos protegidos por uma força divina, não teremos essa pandemia — mas essa é uma probabilidade muito baixa. Todos os especialistas em doenças infecciosas acreditam que o mundo está prestes a padecer de uma pandemia. E, apesar de tudo que se sabe — no ano 1918 morreram vinte milhões de pessoas no mundo vítimas da gripe espanhola

– a sociedade em geral (e vamos chegar à universidade em particular) aparentemente não está preocupada.

Um importante estudo publicado nos Estados Unidos questiona se o mundo está pronto para uma pandemia, e a resposta é muito clara: não. [...]

Uma pandemia não se resume a um assunto específico de interesse exclusivo para os especialistas em doenças infecciosas. Há problemas como: que fazer na cidade de São Paulo com cem mil doentes que precisam ser internados de uma semana para a outra? Qual é a velocidade da propagação da pandemia? Como fazer com o serviço de correio quando 30% do pessoal está doente? São problemas que a reflexão acadêmica não pode dispensar (CHAIMOVIC, 2005, pp. 261-262).

A longa transcrição se justifica devido ao seu caráter ambivalente de diagnóstico e prognóstico. A reflexão de Chaimovic está orientada pela questão acerca das condições do Brasil perante ameaças de doenças que podem vir a afetar grande parte da população mais vulnerável, ou seja, aqueles que possuem menos meios de se defender das enfermidades (CHAIMOVIC, 2005). Nesse sentido, em uma situação de pandemia, caracterizada como um fenômeno patológico que toma proporções muito vastas e alcança uma grande parcela da população, com o aparecimento de muitos casos de uma dada moléstia com potencial de sintomas severos e de *morte* (VENTURA, 2009), torna-se possível para Ventura afirmar que a *peste* põe à prova as sociedades democráticas, não no que diz respeito ao falar sobre a *peste*, mas sim no “mostrar como se portam os homens diante dela” (VENTURA, 2009, p. 160), argumento muito semelhante ao que recentemente utilizou Byung Chul Han quando afirma que “o coronavírus está pondo a prova nosso sistema” (HAN, 2020, p. 97).

Conforme Ventura (2009, p. 160):

Para tratar do problema das pandemias no Estado Democrático de Direito, pouco interessa a prospectiva quanto ao advento ou a extensão da doença, em que se lança irresponsavelmente grande parte dos formadores de opinião, hesitando entre o alarmismo e subestimação. O mundo está diante das primeiras pestes globalizadas, cuja velocidade de contágio, sem precedentes, é inversamente proporcional à lentidão paquidérmica do

Direito. [...] Hoje, para que o combate às pandemias seja eficaz, ele deve restringir dois dos pilares fundamentais da globalização econômica, que são a livre circulação de pessoas e a de mercadorias. Por outro lado, as pestes do presente disseminam-se numa conjuntura de desigualdade econômica jamais vista (VENTURA, 2009, pp. 160-161).

Feitas estas considerações mais gerais a respeito das características de uma pandemia e as possibilidades de seu aparecimento cíclico, uma das questões que eclodem diz respeito aos meios a serem adotados pelos governos dos países para combatê-la, fundamentalmente naquilo que toca a relação entre Estado Democrático de Direito e Estado de Exceção. Esse ponto se apresenta como um dos focos de análise das últimas manifestações de Giorgio Agamben — não o único —, todavia, trata-se de preocupação já presente em sua obra e com ampla projeção em alguns dos textos centrais no projeto *Homo Sacer*⁵.

Naquilo que diz respeito ao dilema de nosso tempo, tornou-se público no final do ano de 2019, precisamente no dia 31 de dezembro, o aparecimento de um novo vírus, tendo em vista o comunicado feito pelas autoridades chinesas à Organização Mundial da Saúde (OMS), dando conta de casos, registrados na cidade de Wuhan, localizada na província de Hubei, de infecções respiratórias graves assemelhadas à pneumonia (RAMIRO; BUENO, 2020). Não obstante, no dia 7 de janeiro foi alcançada identificação do vírus como de tipo *corona* e, na data de 20 de janeiro, o cientista chinês Zhong Nanshan confirmou a transmissibilidade entre seres humanos (RAMIRO; BUENO, 2020).

De acordo com a categorização feita pelas Organizações Mundial (OMS) e Pan Americana da Saúde:

Ao todo, sete coronavírus humanos (HCoVs) já foram identificados: HCoV-229E, HCoV-OC43, HCoV-NL63, HCoV-HKU1, SARS-COV (que causa síndrome respiratória aguda grave), MERS-COV (que causa síndrome respiratória do

⁵ Para uma introdução ao tema e seu desenvolvimento por Agamben, ver: a) BARSA-LINI (2013); b) RAMIRO (2016).

Oriente Médio) e o, mais recente, novo coronavírus (que no início foi temporariamente nomeado 2019-nCoV e, em 11 de fevereiro de 2020, recebeu o nome de SARS-CoV-2). Esse novo coronavírus é responsável por causar a doença COVID-19⁶.

Com a observação do rápido processo de contágio da COVID-19, bem como da falta de conhecimento científico suficiente acerca do novo vírus, no dia 30 de janeiro de 2020 a OMS declarou que o surto do novo coronavírus constitui uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII), que é reconhecida como o mais alto nível de alerta da Organização Mundial da Saúde, conforme previsto no Regulamento Sanitário Internacional. A declaração feita pela OMS impactou todo o cenário internacional, com os governos do mundo adotando medidas contra o que passou a se caracterizar como uma pandemia, em especial com o aparecimento de atos e decretos exarados pelos governantes em suas mais diversas instâncias, a fim de que fosse observada a orientação da OMS para o distanciamento social, com o resguardo dos indivíduos em suas casas. De tal modo, de acordo com Ventura “o reconhecimento da existência de uma pandemia, que pode vir a fundar medidas excepcionais, depende de uma engrenagem complexa entre os Estados e a Organização Mundial de Saúde (OMS)” (VENTURA, 2009, p. 172-173).

A partir do surgimento do novo vírus e do diagnóstico de sua rápida capacidade de transmissão, deu-se um processo de discussão em sentido de um debate racional e científico, buscando respostas para as questões colocadas pela conjuntura pandêmica. Porém, como não poderia deixar de ser em tempos de *pós-verdade*⁷ e *fake news*, ocorreu grande disseminação de

⁶ Dados e citações retiradas da Folha Informativa da OMS e Organização Pan Americana de Saúde. Ver: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875.

⁷ Aqui compreendemos as expressões que dizem respeito à pós-verdade, fake news ou cultura pós-factual, no sentido de que em nosso presente a importância concedida aos fatos e a sua verificação parece estar em franca regressão, uma vez que não há

notícias falsas com relativização dos impactos da doença, essa última postura, inclusive, replicada por chefes de Estado ao redor do mundo, muito também, pelo desserviço prestado por algumas plataformas digitais que franqueiam o espaço para a prática do abuso da liberdade de expressão, com a propagação de mentiras contra os argumentos da ciência (a questão das vacinas, por exemplo) e ataques às fontes do conhecimento e seus atores em geral, por um nítido ressentimento de uma notável massa orgânica de pseudointelectuais — à busca de aliar reconhecimento público às posições de poder — que brotaram do submundo das mídias sociais (RAMIRO; BUENO, 2020)⁸. Ainda, no que diz respeito ao debate inaugurado pela conjuntura de reconhecimento de uma pandemia, Chul Han ressalta um elemento positivo na comoção pela realidade. Dirá, então, “na época pós-fática das *fake news* e dos *deepfakes* surge uma apatia para a realidade. Assim, pois, aqui é um vírus real [...] o que causa comoção. A realidade, a resistência, volta fazer-se notar em forma de um vírus inimigo” (HAN, 2020, p. 109).

Assim, diante desse cenário, Giorgio Agamben publica, no dia 26 de fevereiro, o texto *L'invenzione di un'epidemia*. O escrito dará origem a um fecundo debate a respeito do estado de exceção e das possibilidades de sua leitura filosófica, também em termos de biopolítica. Ao que parece, a intenção de Agamben

mais preocupação com a busca pelo estatuto ontológico da verdade ou de uma reflexão acerca da justificação e do conhecimento objetivo dos fatos, sendo o conhecimento resumido em bases de considerações pessoais do receptor que tem um agir, no mínimo, negligente com relação aos fatos e a possibilidade de sua verificação.

⁸ Segundo Delumeau, a recusa da peste sempre se apresentou no tempo e no espaço, inclusive como estratégia de governos e autoridades, sob a justificativa, para o autor razoável, de evitar o pânico da população mas, também, pelo fato de a quarentena significar para uma cidade “dificuldades de abastecimento, ruína dos negócios, desemprego, desordens prováveis nas ruas etc” (DELUMEAU, 2009, p. 170); evitando-se pronunciar algumas palavras tidas como tabus e, além disso, por certa crença de ao não evocá-las e não reconhecer a peste como o mal propriamente dito significaria sustentar a última muralha de resistência. No entanto, destaca Delumeau “chegava um momento em que não se podia mais evitar chamar o contágio por seu horrível nome. Então o pânico tomava de assalto a cidade” (DELUMEAU, 2009, p. 172).

pode sim ser reconhecida como uma postura de coragem para reconhecer o “dever de denunciar o estado de exceção em que vivemos” (ALMEIDA, 2018), conforme se verifica, inclusive, no texto publicado no dia 28 de abril, em que o filósofo italiano afirma que há de se pretender aproximar de um bem precioso, a saber: a palavra verdadeira (AGAMBEN, 2020j). Entretanto, esse talvez não seja o único ponto ou a preocupação mais imediata de Agamben. De tal modo, projeta-se o argumento para um chamado à meditação em sentido ético acerca das condições de possibilidade e dos fundamentos de uma forma de vida política constituída a partir do medo e da ideia de distanciamento social, pontos que serão objeto de análise a seguir.

II. UMA VOZ E A SUSPEITA

De partida, ressalta-se a dificuldade em se catalogar — dentro do espectro do pensamento político ocidental —, a reflexão de Giorgio Agamben. Logo, recusa-se aqui uma postura que visa rotular sua abordagem — conforme algumas tentativas recentes⁹ —, contudo, parece possível aproximar a reflexão de Agamben de uma longa tradição de pensadores da suspeita, se se quiser, de Marx a Nietzsche e, também, Walter Benjamin e Michel Foucault (GIACOA JUNIOR, 2008; RAMIRO, 2016). Nesse sentido, a partir do reconhecimento da pandemia e suas

⁹ Paolo d’Arcais, em resposta ao primeiro texto publicado por Agamben, parte de um argumento em que pretende recuperar o problema da definição de Filosofia, retomando a compreensão de que essa última é o amor ao saber e à sabedoria. Dessa maneira, questiona quantos são os filósofos que de fato amam o saber ou preferem os espaços da superstição, das fantasias teológicas ou em verdade apenas são devorados por delírios narcísicos. Para d’Arcais, Agamben, como filósofo do *pós-pós*, estaria inscrito na última vertente, ou seja, daqueles que são tomados por delírios (D’ARCAIS, 2020). Ver: Paolo Flores D’Arcais. Disponível em: <<http://temi.repubblica.it/micromega-online/filosofia-e-virus-le-farneticazioni-di-giorgio-agamben/>>. Acesso em 16/03/2020. No Brasil, o rótulo atribuído não foi o de delirante, mas o não menos estranho de liberal. Ver: Yara Frateschi. Disponível em: <<https://blogdaboi-tempo.com.br/2020/05/12/agamben-sendo-agamben-o-filosofo-e-a-invencao-da-pandemia/>>. Acesso em 12/05/2020.

implicações na vida social e política, Agamben não tem se fur-tado a uma meditação que se apresenta ao debate público, com a publicação de seus textos de intervenção, na página da editora *Quodlibet*, em coluna denominada *Una Voce*¹⁰; ao que parece, seu horizonte de expectativa é conservar viva a suspeita a respeito do estado de exceção e, além disso, refletir acerca das possibilidades de uma vida política que encontra seus fundamentos no distanciamento social e no controle ilimitado dos indivíduos. Desse modo, parece que pretende manter aberta a possibilidade do *dissenso*, a fim de provocar a meditação a respeito da situação atual e dos perigos que a cercam, conforme se verifica em um dos escritos — *Fase 2* —, em que destaca que seu ponto é manifestar “sem reservas o próprio dissenso sobre o modelo de sociedade fundado sobre o distanciamento social e seu controle ilimitado” (AGAMBEN, 2020g). O debate acerca da leitura proposta por Agamben conta com a participação de importantes interlocutores. A discussão se projetou dentro da Itália — com Paolo d’Arcais, Davide Grasso e Roberto Esposito — e, para além das fronteiras italianas, contou com a manifestação de Jean Luc Nancy, Panagiotis Sotiris e Byung Chul Han, por exemplo.

Para além da observação que pretende circunscrever as posições do filósofo italiano nos marcos da polêmica, as intervenções de Agamben em seus últimos textos a respeito da pandemia estão fortemente marcadas por temas e problemas já apresentados e examinados em algumas das obras que compõem o seu projeto filosófico *Homo Sacer*. É possível verificar, no horizonte das reflexões propostas pelo filósofo italiano, uma abordagem que diz respeito ao estado de exceção como paradigma normal de governo e sua relação com a vida nua. Conforme se verifica no volume de *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua*, livro que inaugura o projeto filosófico de Agamben, a vida nua ou vida sacra é o conceito pelo qual pretende fazer convergir que se conecta com as reflexões de Michel Foucault a respeito

¹⁰ Ver: <<https://www.quodlibet.it/una-voce-giorgio-agamben>

da biopolítica e Hannah Arendt sobre o totalitarismo, fundamentalmente por aquilo que ambos os poderosos precursores não desenvolveram, a saber: a simbiose entre vida e política existente no campo de concentração, bem como os seus fundamentos de aparição e estrutura (AGAMBEN, 2007), espaço anômico no qual será produzida a vida nua.

Nas palavras de Agamben (2007, p. 126):

O conceito de “vida nua” ou “vida sacra” é o foco através do qual procuraremos fazer convergir os seus pontos de vista. Nele, o entrelaçamento de política e vida tornou-se tão íntimo que não se deixa analisar com facilidade. À vida nua e aos seus *avatar* no moderno (a vida biológica, a sexualidade etc) é inerente a uma opacidade que é impossível esclarecer sem que se tome consciência do seu caráter político; inversamente, a política moderna, uma vez que entrou em íntima simbiose com a vida nua, perde a inteligibilidade que nos parece ainda caracterizar o edifício jurídico-político da política clássica.

A terceira parte da mesma obra é dedicada ao debate acerca da política sobre a vida, desempenhada pelo poder soberano contemporâneo. No quarto capítulo, Agamben recupera o caráter central que a eugénica assumiu no discurso e na prática do nacional-socialismo alemão. Em remissão a Hans Reiter, expoente da política sanitária do Reich, anota que a vida biológica passa a figurar “no primeiro plano dos interesses e nos cálculos do Reich”, tornando-se “a base de uma nova política, que começa antes de tudo por estabelecer “‘o balanço dos valores vivos de um povo’ (Ibidem, p. 34) e se propõe a assumir os cuidados do ‘corpo biológico da nação’” – cf. Verschuer, 1942 (nota nossa). (AGAMBEN, 2004, p. 152). Destaca-se, também, a passagem escrita pelo influente geneticista Ottomar von Verschuer, escrita no mesmo livro publicado pelo Institut Allemand, em 1942 (intitulado Estado e Saúde), pela qual se lê:

Como o economista e o comerciante são responsáveis pela economia dos valores materiais, assim o médico é responsável pela economia dos valores humanos... É indispensável que o médico colabore para uma economia humana racionalizada, que vê no nível de saúde do povo a condição do rendimento

econômico... As oscilações da substância biológica e aquelas do balanço material são geralmente paralelas. (VERSCHUER *apud* AGAMBEN, 2004a, p. 152)

A simbiose entre a medicina e o Estado alemão durante o nazismo não é eventual, mas estrutural. Para Agamben, a experiência totalitária revelou o traço autoritário que compõe as democracias modernas, marca indelével dos Estados contemporâneos, e o estabelecimento da gestão sobre a vida e a morte em bases científicas como técnica central do poder soberano, que se processou na 2ª Guerra Mundial, não mais retrocederia. Vale explorar um pouco mais a questão. A associação intrínseca entre a política e a “vida do povo” e de “povo” com “raça” feita pelo nacional-socialismo alemão vai, segundo Agamben, bem além de “uma relação meramente instrumental, como se a raça fosse um simples dado natural que se trataria somente de salvaguardar” (AGAMBEN, 2004a, p. 155). Ele escreve:

A novidade da biopolítica moderna é, na verdade, que o dado biológico seja, como tal, imediatamente biopolítico e vice-versa. “Política” – escreve Verschuer –, “ou seja, o dar forma à vida do povo (Politik das heisst die Gestaltung des Lebens des Völkes)” (Idibem, p. 8). A vida que, com as declarações dos direitos humanos tinha-se tornado o fundamento da soberania, torna-se agora o sujeito-objeto da política estatal (que se apresenta, portanto, sempre mais como polícia”); mas somente um Estado fundado sobre a própria vida da nação podia identificar como sua vocação dominante a formação e tutela do “corpo popular”. (AGAMBEN, 2004a, p. 155)

O racismo de Estado que, conforme Michel Foucault¹¹,

¹¹ “Ocorreu, a partir da segunda metade do século XIX, que a temática do sangue foi chamada a vivificar e a sustentar, com toda uma profundidade histórica, o tipo de poder político que se exerce através dos dispositivos de sexualidade. O racismo se forma nesse ponto (racismo em sua forma moderna, estatal, biologizante): toda uma política do povoamento, da família, do casamento, da educação, da hierarquização social, da propriedade, e uma longa série de intervenções permanentes ao nível do corpo, das condutas, da saúde, da vida quotidiana, receberam então cor e justificação em função da preocupação mítica de proteger a pureza do sangue e fazer triunfar a raça. Sem dúvida, o nazismo foi a combinação mais ingênua e mais ardilosa – ardilosa porque ingênua – dos fantasmas do sangue com os paradoxismos de um poder disciplinar.” (FOUCAULT, 2003, p. 140)

teve origem no século XIX, ganha, a partir da experiência alemã, a maior das evidências, não podendo mais separar-se do poder soberano. Aqui, povo, território e nação não se configuram mais simplesmente como elementos constitutivos do Estado, todavia, confundem-se com o próprio poder soberano. Não há, pois, na modernidade, quanto na contemporaneidade, qualquer possibilidade de ser do poder soberano sem que se exerça, radicalmente, e nas mais profundas esferas da vida social, o poder de polícia sobre a vida biológica de todos aqueles que se circunscrevem em território determinado. Garantir a vida ou deixar que ela se desvaneça, na modernidade, e na atualidade, não é mais do que impor, a todos os indivíduos, a sobrevida. Assim, os direitos humanos, os discursos científicos de matiz garantista à vida, bem como, em tempos de pandemia, a política de defesa à liberdade de ir e vir, propalada por governos conservadores, em aparente contradição à razão da ciência, todos eles erigidos, atualmente, nas bases das relações disciplinares, religiosas, culturais, econômicas, sociais e políticas ultraliberais, revelam a todos nós a própria vida nua, ou, em outras palavras, a captura da vida de absolutamente todas as pessoas que estão submetidas ao poder soberano, ou sobre quem a sua força repercute de qualquer modo, o que se expressa pelo termo *homo sacer*.

Desde períodos anteriores a Auschwitz ou às experiências com vidas humanas realizadas nos presídios norte-americanos, com as chamadas VP¹², em que a técnica moderna da

¹² Agamben demonstra a perturbadora realidade das práticas de experiências com cobaias humanas (Versuchepersonen – VP) realizadas pelo baluarte da democracia do século XX, os EUA, no período concomitante à grande guerra. Nas suas palavras: “decididamente mais embaraçosa é, além disso, a circunstância (que resulta de forma inequívoca da literatura científica anexada pela defesa e confirmada pelos peritos do tribunal – *de Nuremberg, nota nossa*) de que experimentos com detentos e condenados à morte haviam sido conduzidos muitas vezes e em larga escala, no nosso século [século XX], em particular nos próprios Estados Unidos (o país de onde provinha a maior parte dos juizes de Nuremberg). Assim, nos anos vinte, oitocentos detentos dos cárceres dos Estados Unidos haviam sido infectados com o plasmódio da malária na tentativa de encontrar um antídoto para o paludismo. Exemplares, na literatura científica sobre a pelagra, eram considerados os experimentos conduzidos por Goldberger em

escravização colonial proporcionava a descartabilidade de sujeitos cativos e de sujeitos livres, gerando um contexto da mais profunda violência¹³, liberdade, igualdade, vida e segurança não são princípios que se dispõem em mútuo equilíbrio. Contrariamente, foram aprisionados e instrumentalizados pelo poder soberano estatal e econômico – agora, confundido com o termo mercado.

12 detentos estadunidenses condenados à morte, aos quais tinha sido prometido, se sobrevivessem, um indulto da pena. Fora dos USA, as primeiras pesquisas com culturas do bacilo do beribéri haviam sido conduzidas por Strong, em Manila, em condenados à morte (os protocolos dos experimentos não mencionam se tratavam-se ou não de voluntários). A defesa citou ainda o caso do condenado à morte Keanu (Havaí), que havia sido infectado com lepra sob a promessa de graça e tinha falecido em consequência do experimento.

Diante da evidência desta documentação, os juízes tiveram que dedicar intermináveis discussões para a identificação dos critérios que poderiam tornar admissíveis experimentos científicos em cobaias humanas. O critério final, que obteve o acordo geral, foi a necessidade de um explícito e voluntário consentimento da parte do indivíduo que deveria ser submetido ao experimento. A praxe invariável nos USA era, de fato (como resultou de um formulário em uso no Estado de Illinois que foi exibido aos juízes), a de que o condenado devia assinar uma declaração na qual, entre outras coisas, se afirmava:

‘Assumo todos os riscos deste experimento e declaro liberar, mesmo diante dos meus herdeiros e representantes, a Universidade de Chicago e todos os técnicos e pesquisadores que tomam parte no experimento, e além disso o governo de Illinois, o diretor penitenciário do estado e qualquer outro funcionário, de qualquer responsabilidade. Renuncio consequentemente a toda pretensão por qualquer dano ou doença, mesmo mortal, que possam ser causados pelo experimento.’

A evidente hipocrisia de semelhantes documentos não pode deixar de causar perplexidade. Falar de livre vontade e de consenso no caso de um condenado à morte ou de um detento que desconta penas graves é no mínimo discutível; e é certo que, ainda que fossem encontradas declarações do gênero assinadas pelos detentos no *lager*, nem por isto os experimentos deveriam ser considerados eticamente admissíveis. O que a ênfase bem-pensante sobre a livre vontade do indivíduo se recusa aqui a ver é que o conceito de “consentimento voluntário”, para um interno em Dachau, ao qual se acenasse apenas minimamente com um melhoramento de suas condições de vida, era simplesmente carente de sentido, e que, portanto, deste ponto de vista, a desumanidade dos experimentos era, nos dois casos, substancialmente equivalente.” (AGAMBEN, 2004a, p. 163-165)

¹³ Maria Sylvia de Carvalho Franco demonstra em sua obra *Homens livres na ordem escravocrata*, o alto nível de violência em que se construía as relações sociais entre os sujeitos livres do interior paulista no século XIX que, por não serem objetos de compra ou de venda dos senhores do café, tornavam-se mais descartáveis que os próprios escravos.

De acordo com a conjuntura, e sempre para manter o seu próprio poder, ora o soberano nivela tais princípios, ora conflita um contra o outro, mas nunca os libera para se tornarem o que são na sua origem: princípios éticos, inspiradores de uma política genuinamente democrática que pressupõe ser o espaço público o lugar legítimo do debate franco entre coletividades e sujeitos autônomos. Sempre a seu favor, o poder disciplinar, de polícia, dá as formas que lhe interessa à liberdade, à igualdade, à segurança e à vida e é somente por isso que se assiste à construção de democracias em que a igualdade jurídica não corresponde, nunca, à econômica e social, a liberdade é invariavelmente condicionada pela disciplina, a segurança é confundida com repressão, e a vida é radicalmente vulnerabilizada, enredada pelas fontes produtoras de dogmas, em maior ou menor grau, legitimados no senso comum do mundo secularizado, a saber, as igrejas, com suas religiões, a ciência, com sua incontestada razão, o mercado e o Estado, com as suas famosas leis.

Dessa forma, ao que parece nada, absolutamente nada, na modernidade, e na contemporaneidade, escapa da política, ou melhor, da biopolítica – a forma pela qual o poder soberano, nessa era da história humana, exerce a política. Perscrutando sobre a determinação médica do limiar entre a vida e a morte, Agamben esclarece que os neurofisiólogos franceses Pierre Mollaret e Maurice Goulon publicaram, em 1959, na *Revue Neurologique*, um novo conceito sobre os definidores da morte, o *coma dépassé*, “o coma no qual a abolição total das funções da vida de relação corresponde uma abolição igualmente total das funções da vida vegetativa” (MOLLARTE e GOULON *apud* AGAMBEN, 2004a, p. 167). E Agamben segue:

Mollaret e Goulon logo deram-se conta de que o interesse do *coma dépassé* ia bem além do problema técnico-científico da reanimação: em jogo estava nada mais nada menos do que a redefinição da morte. Até então, de fato, a diagnose da morte era confiada ao médico, que a constatava através de critérios tradicionais que eram substancialmente os mesmos havia séculos: a cessação do batimento cardíaco e a parada da respiração.

O além-coma tornava caducos justamente estes dois antiquíssimos critérios de constatação da morte e, abrindo uma terra de ninguém entre o coma e o falecimento, obrigava a identificar novos critérios e a fixar novas definições. Como escreviam os dois neurofisiólogos, o problema se dilatava “até colocar em discussão as fronteiras últimas da vida e, ainda mais além, até a determinação de um direito de fixar a hora da morte legal” (Ibidem. p. 4). (AGAMBEN, 2004a, p. 168)

Coloca-se, aqui, o dilema radical da medicina: a impossibilidade de se definir o exato limite entre a vida e a morte. A determinação do estado de vida e do estado de morte pela qual o médico pode atestar ou não o óbito de uma pessoa é, portanto, fundamentalmente política, embora revestida de um conjunto de argumentos técnicos. Transcrevendo Agamben:

Isto significa que hoje (como está implícito na observação de Medawar, segundo a qual “as discussões sobre o significado das palavras ‘vida’ e ‘morte’ são índice, em biologia, de uma conversação em baixo nível”) vida e morte não são propriamente conceitos científicos, mas conceitos políticos, que, enquanto tais, adquirem um significado preciso somente através de uma decisão. As “fronteiras angustiosas e incessantemente diferidas”, de que falavam Moullaret e Goulon, são fronteiras móveis porque são fronteiras biopolíticas, e o fato de que hoje esteja em curso um vasto processo, no qual a aposta em jogo é a sua própria redefinição, indica que o exercício do poder soberano passa, mais do que nunca, através delas e encontra-se novamente a entrecruzar-se com as ciências médicas e biológicas. (AGAMBEN, 2004a, p. 171)

A partir de tais coordenadas, torna-se mais visível a trilha que percorre o argumento central do texto que marca a tomada de posição de Agamben no debate público acerca da pandemia do novo vírus corona, em especial torna compreensível as linhas de força do texto publicado no dia 26 de fevereiro de 2020, *L'invenzione di un'epidemia*¹⁴. O primeiro escrito traça o percurso da reflexão acerca da situação atual e irradia sua presença nas manifestações subsequentes. De saída, é importante observar

¹⁴ “A invenção de uma epidemia”.

que o chamado de Agamben é para um olhar a respeito das medidas de emergência provocadas pelo reconhecimento da pandemia de coronavírus e as declarações do *Conselho Nacional de Pesquisa – CNR* italiano, uma vez que esse último não apontou, a princípio, a existência de uma epidemia e, ainda, asseverou: “a infecção, pelos dados epidemiológicos hoje disponíveis sobre dezenas de milhares de casos, causa sintomas leves/moderados (um tipo de gripe) em 80-90% dos casos. Em 10-15%, pode se desenvolver uma pneumonia, cujo decurso é benigno na maioria absoluta. Estima-se que apenas 4% dos pacientes necessitem de hospitalização em terapia intensiva” (AGAMBEN, 2020a). Diante desse diagnóstico, Agamben lança a questão que parece ser o ponto fundamental de sua reflexão, a saber:

Se esta é a situação real, por que a mídia e as autoridades se esforçam por difundir um clima de pânico, provocando um verdadeiro e próprio estado de exceção, com graves limitações dos movimentos e uma suspensão do normal funcionamento das condições de vida e de trabalho em regiões inteiras? (AGAMBEN, 2020a)

Na questão lançada por Agamben, ressaltam dois pontos a observar que, no fundo, convergem para uma hipótese de fundamentação, ou seja, há uma perspectiva de se manter sob suspeita as medidas governamentais, que implicam naquilo que o filósofo italiano caracterizou como sendo uma suspensão das normais atividades da vida dos viventes de regiões inteiras da Itália, o que instaura um verdadeiro estado de exceção. Ao mesmo tempo, propõe um olhar que lance luz, conforme já mencionado, para os fundamentos de uma sociabilidade e as condições de possibilidade de pensar em uma vida política baseada no medo e no pânico coletivo.

No primeiro aspecto, encontra-se a hipótese já presente no projeto *Homo Sacer* do estado de exceção como paradigma normal de governo. Para Agamben, há uma desproporção nas medidas tomadas e documentadas pelo *CNR*, o que permitiria o diagnóstico de que aparentemente o terrorismo teria esgotado

suas possibilidades como forma de justificação das medidas de exceção e, desse modo, talvez “a invenção de uma epidemia possa oferecer o pretexto ideal para ampliá-las além de todo limite” (AGAMBEN, 2020a), de tal modo, com uma fórmula vaga e indeterminada — garantida pelo discurso de autoridade em sentido religioso da ciência que sustenta a decisão soberana (AGAMBEN, 2020k) —, presente no *decreto-lei*, pode-se militarizar por via da exceção toda uma região em que se encontra ao menos uma pessoa infectada, tornando, dessa forma, todos os indivíduos potenciais *disseminadores*, “exatamente como aqueles que sob o terrorismo consideravam de fato e de direito cada cidadão como um terrorista em potencial” (AGAMBEN, 2020b)¹⁵.

A hipótese de Agamben é bastante interessante. Um ponto importante a se observar diz respeito à diferença de sua

¹⁵ Paolo d’Arcais discorda do diagnóstico de Agamben, caracterizando-o como um delírio. Esse interlocutor defende as medidas de isolamento afirmando que não se tratam de justificativas governamentais para poder militarizar zonas inteiras do país mas, sim, que as medidas de distanciamento servem para conter o contágio e preservar vidas. Para D’Arcais, nos manuais de lógica deverá constar no capítulo dedicado às falácias, a falácia do disseminador ou “falácia-agamben” (D’ARCAIS, 2020). Davide Grasso, também em comentário à intervenção de Agamben, afirma que a epidemia não é nenhuma invenção e não se está vivenciando um estado de medo, uma vez que as pessoas permanecem tranquilas “a vida procede regular [...]. Existem paranoicos da pandemia aqui e ali, mas há mais, ao que me parece, os paranoicos da conspiração, que negam que exista um perigo real para as pessoas e zombam dos mortais comuns” (GRASSO, 2020). Para Roberto Esposito, tratar as medidas adotadas pelos governos como uma ameaça à democracia é um exagero: “acredito que devemos tentar separar os planos, distinguindo processos de longo prazo das notícias recentes” (ESPOSITO, 2020). Jean Luc Nancy contesta a hipótese de Agamben falando a respeito de uma exceção viral e que a exceção se tornou de fato a regra por via de interconexões técnicas que se multiplicam, inclusive aquelas que conduzem “os países ricos a uma prolongação da vida e a um aumento do número de pessoas de idade avançada e, em geral, de pessoas em situação de risco” (NANCY, 2020, p.30). No entender de Sotiris a intervenção de Agamben é uma falha na abordagem do problema da pandemia e pode levar “muitos a rejeitar o problema e o conceito da própria biopolítica - especificamente porque os conceitos mencionados estão intimamente associados com o trabalho de Agamben” (SOTIRIS, 2020). Em defesa de Agamben ver Edgardo Castro: https://www.clarin.com/revista-enie/ideas/giorgio-agamben-nuevo-excepcion-gracias-coronavirus_0_PudxE2ilo.html. Acesso: 26/04/2020.

intervenção pública com relação às manifestações irresponsáveis de alguns governantes ao redor do mundo. Não parece fazer qualquer sentido, considerando a trajetória intelectual de Agamben, que ele pretenda relativizar as potencialidades do novo vírus mas, sim, propor uma reflexão acerca dos impactos políticos do reconhecimento de uma epidemia e, ainda, do uso estratégico de argumentos, a fim de induzir estados de pânico coletivo e justificar medidas de exceção ou, em dado momento, de adotá-las de modo desnecessariamente amplificado tendo apenas em consideração a janela de oportunidades, tenha sido ela fabricada ou não (RAMIRO, BUENO. 2020). É destoante de todo o caminho traçado pelo filósofo italiano qualquer interpretação sobre as suas manifestações mais recentes que, de qualquer forma, procurem associá-lo aos discursos reproduzidos por lideranças políticas, empresariais ou os “gurus” da extrema-direita. Patrocinadores do capitalismo voraz, do produtivismo e do consumismo frenéticos, da espoliação mais extrema da potência humana de geração de valor, defensores da permanência e aprofundamento do poder soberano — gigantesca maquinaria biopolítica que sustenta o estado de exceção e gera o *homo sacer* contemporâneo —, entusiastas da mais total submissão da vida aos dispositivos de controle e arautos da sociedade do medo, esses sujeitos esforçam-se diuturnamente por convencer a todos os habitantes do planeta de que o capitalismo e o ultraliberalismo mundiais não podem ser abalados e, por isso, sequer repensados.

Definitivamente, Agamben não se alia a esse grupo. Contrariamente, é seu crítico ferrenho, e sua contribuição foi e tem sido, justamente, retirar a capa sobre a qual se esconde o poder contemporâneo, visibilizando, àqueles que se dispõem a compreender a sua teoria, todo o conjunto em funcionamento das engrenagens que compõem essa máquina biopolítica. Assim, torna-se necessário verificar o segundo aspecto da questão colocada por Agamben a fim de que se mantenha a suspeita acerca dos fundamentos e das possibilidades de uma vida política

baseada no distanciamento social, o que parece estar ligado ao problema da potencialização do medo.

Conforme se verificou com Delumeau, no primeiro tópico do presente trabalho, o reconhecimento de crises sanitárias ou de uma pandemia, geralmente acarreta um *estado de medo* na população. A suspeita de Agamben parece recair nesse ponto para se pensar a questão da vida política, ou seja, há aqui um elemento que apresenta a vida dos viventes como vida nua, e o reconhecimento da pandemia coloca os indivíduos diante do medo, fundamentalmente de um abreviamento de sua existência, de uma morte antecipada.

Nas palavras de Agamben (2020a):

O outro fator, não menos inquietante, é o estado de medo que nesses anos obviamente se difundiu nas consciências dos indivíduos e que se traduz em uma verdadeira e própria necessidade de estado de pânico coletivo, ao qual a epidemia oferece agora o pretexto ideal.

Para Agamben, considerar a hipótese do *estado de medo* permite verificar que as sociedades ocidentais não acreditam em mais nada, a não ser na própria vida nua e, não obstante, a crença na vida nua e o medo de perdê-la não só justificam as medidas implementadas pelos governos mas, no fundo, separam os seres humanos (AGAMBEN, 2020c). Dessa forma, para o filósofo italiano, se torna possível verificar uma modificação nos fundamentos que justificam a permanência do estado de exceção gerenciado pelos governos, justificado agora por razões de segurança sanitária, que transformam os outros seres humanos em ameaças, tendo em vista a possibilidade de *contágio*, transformando os indivíduos em *disseminadores* da doença (AGAMBEN, 2020c). Portanto, o diagnóstico de Agamben pretende chamar a reflexão para uma forma de vida que se encontra constantemente ameaçada pela morte, o que implicaria um permanente estado de pânico a justificar o estado de exceção.

Segundo Oswaldo Giacoia Junior (2005, p. 14-15):

É fundamental observar que a maneira como uma determinada sociedade se posiciona perante a morte e os seus mortos

desempenha um papel decisivo na constituição e na manutenção de sua própria identidade coletiva, na medida em que essa integração da morte e da relação com ela constitui um dos elementos mais relevantes para a formação de uma tradição cultural comum.

A questão da morte traz consigo uma reflexão a respeito do luto e, também, acerca da vida. Émile Durkeim (2008) alertou sobre a necessidade do luto. Primeiro dos exemplos dos ritos particulares, ele não é a prática ritual da ausência, mas da presença da comunidade para si mesma. O luto não é negação da vida, mas é motivo para a vida, elo de ligação entre as pessoas, unidade da solidariedade social. Se, por um lado, as limitações que as políticas sanitárias pandêmicas têm imposto aos parentes e amigos dos que falecem nesses tempos são necessárias, por outro, são desumanas (ou anti-humanas) e, por isso, seus efeitos poderão custar muito caro ao futuro das sociedades que as vivenciam. Uma negociação política com o vírus e com aqueles que falam por ele no sentido de preservar-se alguma condição para a despedida aos entes queridos parece-nos ser — mais que desejável —, necessária.

Uma vida lançada em condições de medo constante da morte, e que busca apenas sobrevivência, estaria colocada no mesmo dilema existente nos campos de concentração testemunhados por Primo Levi, a saber, sucumbir ou salvar-se¹⁶. Dirá,

¹⁶ A respeito do dilema do campo, afirmava Primo Levi: “Queríamos levar o leitor a considerar como o Lager foi também, e em notável medida, uma gigantesca experiência biológica e social. [...] Destroçar a dignidade e apagar qualquer relâmpago de consciência, descer ao campo como feras contra outras feras, deixar-se conduzir pelas insuspeitadas forças subterrâneas que sustentam as estirpes e os indivíduos nos tempos cruéis. Muitíssimos foram os caminhos por nós inventados e praticados para não morrer: tantos quantos são os caracteres humanos. Todos comportam uma luta esgotante de cada um contra todos, e muitos uma quantidade não pequena de aberrações e de compromissos. Sobreviver sem renunciar a nada do seu mundo moral, a não ser por poderosas e directas intervenções da sorte, só foi concedido a pouquíssimos indivíduos superiores” (LEVI, 2013, pp. 93-98). A busca de Agamben pela palavra verdadeira que sustenta o *dissenso* se conecta ao testemunho de Primo Levi e permite pensar-se em certo dever de suspeitar, tendo em vista a vergonha sentida ao olhar para o passado e notar os escombros e a permanência espectral e paradigmática da estrutura

então, Agamben “os homens se acostumaram a viver em condições de crise e emergência perenes que parecem não perceber que sua vida foi reduzida a uma condição puramente biológica e perderam todas as dimensões não apenas sociais e políticas, mas também humanas e emocionais” (AGAMBEN, 2020c).

Nesse sentido, dado o *estado de medo* disseminado na sociedade, o distanciamento social se apresenta para Agamben como um novo conceito que ingressa no léxico político das sociedades ocidentais e, além disso, há um processo de reconhecimento da emergência sanitária funcionando como um “laboratório em que se preparam os novos ativos políticos que aguardam a humanidade” (AGAMBEN, 2020e). Ora, aqui é possível notar claramente a imagem espectral do campo e a presença de Primo Levi, pois estruturas como a de Auschwitz serviram como laboratórios em que se praticaram uma gigantesca experiência biológica e social, localidades nas quais foi possível encontrar o homem e sua vida ambígua, que está para além da rotulação fácil de sua condição bestial e egoísta.

Conforme diz Levi, ao tocar o fundo, no momento mesmo em que se encontra diante de violência sucessiva e sem sentido, mal-estar e carências físicas obsessivas “muitos hábitos e muitos instintos sociais ficam completamente silenciados” (LEVI, 2013, p. 94), logo, “verifica-se que existem entre os

do campo, ao que Oswaldo Giacoia Junior bem pondera que “a experiência de Auschwitz representa um limiar ético absolutamente inaudito; uma espécie de falência ou perempção da ética em nossa sociedade” (GIACIOIA JUNIOR, 2018, p. 65), aparecendo desse diagnóstico uma possibilidade de reflexão a respeito do sentido ético da existência que caracterizou como uma *ética da vergonha* (GIACIOIA JUNIOR, 2018). Dessa maneira, a voz de Agamben ecoa as palavras de Primo Levi, a saber: “muitos sinais indicam que parece ter chegado o tempo de explorar o espaço que separa (não só nos Lager nazistas!) as vítimas dos opressores. [...] Só uma retórica esquemática pode sustentar que aquele espaço seja vazio: jamais o é, está coalhado de figuras torpes ou patéticas (às vezes possuem as duas qualidades ao mesmo tempo), que é indispensável conhecer se quisermos conhecer a espécie humana, se quisermos saber defender nossas almas quando uma prova análoga se apresentar novamente, ou se somente quisermos nos dar conta daquilo que ocorre num grande estabelecimento industrial” (LEVI, 2004, pp. 34-35).

homens duas classes particularmente bem distintas: os que se salvam e os que sucumbem” (LEVI, 2013, p. 94). Assim, o ponto de dissenso de Agamben e a suspeita que parece fundamental perceber em sua reflexão, diz respeito à possibilidade de a conjuntura pandêmica conduzir para uma vida como a testemunhada por Primo Levi, ou seja, a hipótese de que se está lançado em um espaço anômico em que o dilema da existência é o de sucumbir ou salvar-se, uma vida que tem em seu horizonte de perspectiva apenas a luta pela sobrevivência “sem remissão, porque cada um está desesperada e ferozmente só” (LEVI, 2013, p. 94).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que restou dito até aqui, a partir de uma breve colocação da conjuntura deste momento, ocasionada pela situação de reconhecimento de uma pandemia do novo vírus corona e da COVID-19, tentou-se fazer uma aproximação das reflexões públicas de Agamben em conexão com sua obra filosófica, e para além dela. As intervenções desse filósofo, conforme se verificou, desencadearam um fecundo debate acerca da questão do estado de exceção e, além disso, a respeito das condições de possibilidade de uma vida política que encontra seu fundamento na ideia de distanciamento social.

A pretensão do presente trabalho não está na construção de uma defesa de Giorgio Agamben mas, sim, do exame de seus argumentos, sem nenhum objetivo de lançar rótulos e polêmicas sem sentido. Em nosso horizonte se colocou a questão da suspeita e de como Agamben pode ser aproximado de uma já longa tradição de pensadores que, em benefício da dúvida, admitem uma postura crítica sem dogmatismos, recuperando aquilo que parece essencial em filosofia e que diz respeito a um pensar que assume os riscos de se colocar a si mesmo como problema. Dessa maneira, quando se consegue desvencilhar-se da ambição polêmica, torna-se possível colocar questões para o diálogo,

como, por exemplo, se a defesa feita por Agamben da legalidade e da constituição não seria um render-se e um inscrever-se no dispositivo? Ainda, admitindo a hipótese de que o estado de exceção é o paradigma de governo na modernidade ocidental, quais eram as condições normais de vida existentes na Itália antes da pandemia?

Por fim, por mais que se possa discordar das reflexões de Agamben — e é possível fazê-lo —, não é razoável negar que suas reflexões mantêm vivos o dissenso e a suspeita; dessa forma, permitem uma meditação crítica acerca dos problemas do tempo atual e das possibilidades de uma vida política para além do estado de medo permanente. Uma existência que possa ser mais do que sobrevivência, bem como um exame das condições de vida em que os seres humanos não sejam reduzidos àqueles que se salvam e aos que sucumbem.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora da UFMG. 2004a.
- _____. *Estado de Exceção*. Trad. Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo. 2004b.
- _____. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora da UFMG. 2007.
- _____. *Como a obsessão por segurança muda a democracia*. Disponível na internet: <https://diplomati-que.org.br/como-a-obsessao-por-seguranca-muda-a-democracia/>. Acesso em: 08/01/2014.
- _____. *L'invenzione di un'epidemia*. Disponível na internet: <https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-l-invenzione->

- di-un-epidemia. Acesso em: 30/02/2020a.
- _____. *Contagio*. Disponível na internet: <https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-contagio>. Acesso em: 12/03/2020b.
- _____. *Chiarimenti*. Disponível na internet: <https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-chiarimenti>. Acesso em: 17/03/2020c.
- _____. *Riflessioni sulla peste*. Disponível na internet: <https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-riflessioni-sulla-pesto>. Acesso em: 28/03/2020d.
- _____. *Distanziamento sociale*. Disponível na internet: <https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-distanziamento-sociale>. Acesso em: 06/04/2020e.
- _____. *Una domanda*. Disponível na internet: <https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-una-domanda>. Acesso em: 14/04/2020f.
- _____. *Fase 2*. Disponível na internet: <https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-fase-2>. Acesso em: 21/04/2020g.
- _____. *Nuove riflessioni*: Da un'intervista uscita oggi su un quotidiano italiano. Disponível na internet: <https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-nuove-riflessioni>. Acesso em: 23/04/2020h.
- _____. et. all. *Sopa de Wuhan*: pensamiento contemporaneo en tiempo de pandemias. Editorial ASPO. 2020i.
- _____. *Sul vero e sul falso*. Disponível na internet: <https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-sul-vero-e-sul-falso>. Acesso em: 28/04/2020j.
- _____. *La medicina come religione*. Disponível na internet: <https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-la-medicina-come-religione>. Acesso: 02/05/2020k.
- _____. *Biosicurezza e política*. Disponível na internet: <https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-biosicurezza>. Acesso em: 11/05/2020l.

ALMEIDA, Fernando Rodrigues de. Para além do bom e do

- justo: a denúncia do estado de exceção e a coragem da verdade. In: RAMIRO, Caio Henrique Lopes; CHAH-RUR, Alan ibn. *Labirintos da Filosofia do Direito*: estudos em homenagem a Oswaldo Giacoia Junior. São Paulo: LiberArs. 2018.
- BARSALINI, Glaucio. *Direito e política na obra de Giorgio Agamben*: soberania e estado de exceção permanente. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor. 2013.
- CASTRO, Edgardo. *Giorgio Agamben y el nuevo estado de excepción gracias al coronavirus*. Disponível na internet: https://www.clarin.com/revista-enie/ideas/giorgio-agamben-nuevo-excepcion-gracias-coronavirus_0_Pu-dxE2ilo.html. Acesso: 26/04/2020.
- CHAIMOVIC, Hernan. Biosseguridade. In: *Estudos Avançados*, 19 (55), pp. 261-269. 2005.
- D'ARCAIS, Paolo Flores. *Filosofia e vírus*: le farneticazioni di Giorgio Agamben. Disponível em: <<http://temi.repubblica.it/micromega-online/filosofia-e-virus-le-farneticazioni-di-giorgio-agamben/>>. Acesso em 16/03/2020.
- DELUMEAU, Jean. *História do medo no ocidente 1300-1800*: uma cidade sitiada. Trad. Maria Lucia Machado; Heloisa Jahn. São Paulo: Companhia das Letras. 2009.
- DURKHEIM, Émile. *As formas elementares de vida religiosa*. 3ª. ed. São Paulo: Paulus, 2008.
- ESPOSITO, Roberto. *Curati a oltranza*. Disponível na internet: <https://antinomie.it/index.php/2020/02/28/curati-a-oltranza/>. Acesso em: 05/03/2020.
- _____. *Biopolitics and coronavirus*: a view from italy. Disponível na internet: <http://thephilosophicalsalon.com/biopolitics-and-coronavirus-a-view-from-italy/>. Acesso em: 26/04/2020.
- _____. *O que a palavra “imunidade” realmente significa*. Disponível na internet: <https://francosenia.blogspot.com/2020/05/CHI-HA-PAURA-DI-GIORGIO->

- AGAM-
BEN.HTML?SPREF=FB&FBCLID=IWAR1JN4ADH
YSPK7KPU2CXCQDQ83RRYVTE-
TSXXSUOYBEV6DHRF5VJVZB7HQQU. Acesso em:
26/05/2020
- FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: a vontade de saber*. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. São Paulo: Graal, 2003.
- FRANCO, Maria Sylvia de Carvalho. *Homens livres na ordem escravocrata*. São Paulo: Ática, 1976.
- FRATESCHI, Yara. *Agamben sendo Agamben: o filósofo e a invenção de uma pandemia*. Disponível na internet: <https://blogdaboitempo.com.br/2020/05/12/agamben-sendo-agamben-o-filosofo-e-a-invencao-da-pandemia/>. Acesso em: 12/05/2020.
- GIACOA JUNIOR, Oswaldo. A visão da morte ao longo do tempo. In: *Medicina (Ribeirão Preto)*, nº 38, pp. 13-19. 2005.
- _____. Sobre direitos humanos na era da bio-política. In: *Kriterion*, Belo Horizonte, nº 118, pp. 267-308. 2008.
- _____. *Agamben: por uma ética da vergonha e do resto*. São Paulo: n-1. 2018.
- GRASSO, Davide. *Agamben, il coronavirus e lo stato di eccezione*. Disponível em: <<http://www.minimaetmoralia.it/wp/agamben-coronavirus-lo-eccezione/>>. Acesso em 16/03/2020.
- HAN, Byung-Chul. La emergencia viral y el mundo de mañana. In: *Sopa de Wuhan: pensamiento contemporaneo em tiempo de pandemias*. Editorial ASPO. 2020.
- LEVI, Primo. *Os afogados e os sobreviventes: os delitos, os castigos, as penas, as impunidades*. Trad. Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Paz e Terra. 2004.
- _____. *Se isto é um homem*. Trad. Simonetta Cabrita Neto. 10ª ed. Alfragide-Portugal: Teorema. 2013.

- NANCY, Jean Luc. Excepción viral. In: *Sopa de Wuhan: pensamiento contemporaneo em tiempo de pandemias*. Editorial ASPO. 2020.
- RAMIRO, Caio Henrique Lopes Ramiro. *Estado democrático de direito e estado de exceção: fronteiras da racionalidade jurídica*. São Paulo: Mackenzie. 2016.
- _____; BUENO, Roberto. O vírus e a peste. In: *Justificando*. Disponível na internet: <https://www.justificando.com>. Acesso em: 21/04/2020.
- SOTIRIS, Panagiotis. *Against Agamben: is a democratic biopolitics possible?* Disponível na internet: <https://www.viewpointmag.com/2020/03/20/against-agamben-democratic-biopolitics/>. Acesso em: 26/04/2020.
- VENTURA, Deisy. Pandemias e estado de exceção. In: CATTONI, Marcelo; MACHADO, Felipe (Orgs). *Constituição e processo: a resposta do constitucionalismo à banalização do terror*. Belo Horizonte: Del Rey/IHJ. 2009.

SUCESSÃO NO AGRONEGÓCIO FAMILIAR PARA ALÉM DA HOLDING: FATORES IMPEDITIVOS, GOVERNANÇA E FUNÇÃO PREVENTIVA DA ADVOCACIA

Arnaldo Rizzardo Filho¹

Giovana Farenzena²

Manoel Gustavo Neubarth Trindade³

Resumo: O artigo examina o planejamento sucessório no agro-negócio familiar a partir de uma perspectiva jurídico-organiza-cional, deslocando o foco da simples escolha de instrumentos patrimoniais para o diagnóstico dos fatores que podem impedir a continuidade da empresa rural familiar. Parte-se da premissa de que a sucessão no agro não envolve apenas a transmissão de bens, quotas ou imóveis, mas a preservação de uma unidade eco-nômico-produtiva composta por terra, gestão, contratos, crédito, conhecimento tácito, relações familiares e vínculos com agentes

¹ Advogado. Doutor e Mestre em Direito pela UNISINOS. Coordenador e Professor da Especialização em Direito Civil e Processo Civil da Unisinos. Palestrante convidado em diversas faculdades no Brasil e no exterior.

² Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Mestranda no Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios da UNISINOS.

³ Advogado. Economista. Administrador Judicial. Parecerista. Árbitro. Pós-Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Doutor e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (PPGD/UFRGS). Especialista em Direito Processual Civil (PPGD/UFRGS). Professor Permanente do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios da UNISINOS. Coordenador do LLM em Direito dos Negócios e da Especialização em Direito dos Contratos e da Responsabilidade Civil da UNISINOS. Professor da Graduação em Direito da UNISINOS. Foi Presidente da Associação Brasileira de Direito e Economia (ABDE). Presidente do Instituto de Direito e Economia do Rio Grande do Sul (IDERS). E-mail: manoel@ntrindade.com.br.

econômicos. Metodologicamente, trata-se de ensaio teórico, construído a partir do modelo de De Massis, Chua e Chrisman sobre os fatores impeditivos da sucessão intrafamiliar, articulado com literatura sobre sucessão rural, governança, capacidade absorptiva, contabilidade, cooperativismo e holding familiar. Sustenta-se que fatores individuais, relacionais, financeiros, contextuais e processuais devem ser identificados antes da definição da estrutura jurídica aplicável. O argumento central é que a holding familiar, embora relevante, não constitui solução universal, devendo ser integrada a mecanismos de governança, regras de administração, critérios de ingresso e saída, prestação de contas, planejamento contratual e transição gerencial. Conclui-se que a advocacia sucessória no agronegócio deve assumir função preventiva, interdisciplinar e orientada à preservação da continuidade intergeracional da empresa rural familiar.

Palavras-Chave: sucessão rural; agronegócio familiar; holding familiar; governança sucessória; advocacia preventiva.

Sumário: I – Introdução; II – A Sucessão Intrafamiliar como Problema Teórico: os Fatores que Impedem a Continuidade da Empresa Familiar; III – A Especificidade Jurídico-Produtiva do Agronegócio Familiar: Imóvel Agrário, Empresa Rural e Continuidade Intergeracional; IV – Dos Fatores Impeditivos à Realidade Rural Brasileira; V – A Tradução Jurídica dos Fatores Impeditivos: da Holding à Governança Sucessória; VI – Proposições Teóricas e Implicações para a Advocacia no Agronegócio; VII – Conclusão; VIII – Referências Bibliográficas

I – INTRODUÇÃO

O planejamento sucessório no agronegócio familiar costuma ser apresentado, no campo jurídico, a partir de seus instrumentos mais conhecidos, como *holding*

familiar, doação com reserva de usufruto, testamento, cláusulas restritivas, acordo de sócios e organização tributária da transmissão patrimonial (Bühler; Oliveira, 2023; Mamede; Mamede, 2023). Essa abordagem é relevante, pois a sucessão desorganizada pode comprometer a viabilidade do empreendimento rural e da própria produção, ao passo que a *holding* familiar pode funcionar como alternativa de preservação da unidade patrimonial e de racionalização da transmissão entre gerações (Bühler; Oliveira, 2023). Todavia, quando a discussão se limita à escolha do instrumento jurídico, corre-se o risco de reduzir a sucessão rural a uma operação documental, sem enfrentar os fatores familiares, econômicos, organizacionais e relacionais que condicionam a continuidade da atividade produtiva (De Massis; Chua; Chrisman, 2008; Pelizzaro; Coleman; Silva, 2023).

A sucessão no agronegócio familiar apresenta especificidades que a diferenciam da sucessão patrimonial comum. A propriedade rural concentra, ao mesmo tempo, patrimônio familiar, unidade produtiva, fonte de renda, moradia, garantias de crédito, relações com trabalhadores, fornecedores, cooperativas, instituições financeiras e mercados (Rezek, 2007; Rizzardo, 2024). A literatura brasileira sobre *holding* familiar e sucessão rural destaca que a sucessão no agronegócio envolve, simultaneamente, família, propriedade e gestão do negócio, razão pela qual a divisão patrimonial pode afetar a própria continuidade da produção (Bühler; Oliveira, 2023). Para os fins deste ensaio, “agronegócio familiar” designa o empreendimento rural cuja propriedade e/ou gestão permaneçam substancialmente vinculadas a uma família, não se confundindo necessariamente com a categoria jurídico-institucional de agricultura familiar. A literatura empírica sobre agricultura familiar é utilizada como fonte de evidências sobre determinadas dinâmicas sucessórias, sem pressupor identidade entre as duas categorias. A expressão *holding* familiar é empregada em sentido funcional, como estrutura societária, e não como uma estrutura societária autônoma.

Essa complexidade exige uma mudança na forma de compreender o papel do direito no planejamento sucessório rural. Em vez de iniciar a análise pela pergunta sobre qual estrutura jurídica deve ser adotada, é necessário perguntar quais fatores podem impedir que a sucessão intrafamiliar aconteça ou que, embora formalmente realizada, preserve a empresa rural como unidade econômica. De Massis, Chua e Chrisman (2008) contribuem para esse deslocamento ao propor um modelo voltado à identificação dos fatores que impedem a sucessão intrafamiliar em empresas familiares, organizando-os em dimensões individuais, relacionais, financeiras, contextuais e processuais.

A adoção dessa lente teórica é especialmente útil para a perspectiva empresarial do agronegócio. O sucessor rural não recebe apenas terras, quotas ou direitos patrimoniais, mas também precisa assumir competências gerenciais, relações de confiança, conhecimento tácito, redes comerciais e capacidade de decisão. Ao investigar propriedades familiares, Abdala, Binotto e Borges (2022) associam a definição e a preparação dos sucessores à capacidade absorviva e ao capital social, considerados a partir de elementos como participação em cursos, vínculos cooperativos e redes de relacionamento.

A sucessão rural, portanto, não pode ser compreendida apenas como transmissão de propriedade, mas como processo de continuidade produtiva. Essa continuidade depende de informação, gestão, aprendizado e profissionalização (Abdala; Binotto; Borges, 2022; Pelizaro; Coleman; Silva, 2023). Krüger et al. (2023) demonstram que a contabilidade e as capacidades de absorção se relacionam com a sucessão familiar e com a continuidade da atividade rural, o que reforça a importância de informações econômicas organizadas para orientar decisões sucessórias, avaliação patrimonial, prestação de contas e definição de responsabilidades entre herdeiros gestores e não gestores.

Além disso, o crescimento e a profissionalização da empresa rural familiar tornam mais evidente a conexão entre

sucessão, governança e personalidade jurídica. Com base em estudo multicasos, Pelizaro, Caleman e Silva (2023) analisam conjuntamente o estágio sucessório, as práticas de governança e a personalidade jurídica de empresas rurais familiares. A articulação dessas dimensões permite afirmar que a constituição de *holding*, sociedade operacional ou outra estrutura jurídica deve ser pensada como parte de uma arquitetura de governança, e não como resposta isolada ao problema sucessório.

O problema que orienta este ensaio pode ser formulado nos seguintes termos: de que modo o modelo dos fatores impeditivos da sucessão intrafamiliar pode contribuir para repensar a atuação jurídica preventiva no planejamento sucessório do agronegócio familiar brasileiro? A hipótese teórica sustentada é que a eficácia dos instrumentos jurídicos sucessórios depende do diagnóstico prévio dos fatores individuais, relacionais, financeiros, contextuais e processuais que ameaçam a continuidade da empresa rural familiar. Assim, a *holding* familiar, embora relevante, não deve ser tomada como ponto de partida nem como solução universal, mas como uma das possíveis respostas jurídicas a riscos sucessórios previamente identificados.

O objetivo deste artigo é propor uma leitura organizacional da sucessão no agronegócio familiar, demonstrando que a advocacia sucessória deve atuar na tradução de riscos familiares, econômicos e organizacionais em estruturas jurídicas de governança. Para tanto, utiliza-se como eixo teórico o modelo de De Massis, Chua e Chrisman (2008), articulado com estudos sobre sucessão rural, capacidade absorptiva, contabilidade, governança, *holding* familiar, cooperativismo e permanência dos jovens no campo (Abdala; Binotto; Borges, 2022; Krüger et al., 2023; Pelizaro; Caleman; Silva, 2023; Bühler; Oliveira, 2023; Drebes; Santos, 2023; Monteiro et al., 2024). Trata-se de ensaio teórico, cujo propósito não é testar empiricamente o modelo, mas utilizá-lo como lente analítica para reinterpretar problemas recorrentes da sucessão rural brasileira e construir proposições úteis à

advocacia preventiva no agronegócio (Meneghetti, 2011).

O artigo está organizado em cinco seções, além desta introdução e da conclusão. A primeira apresenta a sucessão intrafamiliar como problema teórico, com base no modelo de De Massis, Chua e Chrisman (2008). A segunda examina a especificidade do agronegócio familiar, destacando a sobreposição entre terra, família, empresa e identidade produtiva. A terceira aplica os fatores impeditivos à realidade rural brasileira, enquanto a quarta discute sua tradução jurídica, deslocando o foco da *holding* para uma arquitetura mais ampla de governança sucessória. A quinta reúne as proposições teóricas do ensaio e suas implicações para a advocacia no agronegócio, sustentando que o advogado deve atuar não apenas como redator de instrumentos, mas como agente preventivo de organização da continuidade intergeracional da empresa rural familiar.

II – A SUCESSÃO INTRAFAMILIAR COMO PROBLEMA TEÓRICO: OS FATORES QUE IMPEDEM A CONTINUIDADE DA EMPRESA FAMILIAR

A sucessão em empresas familiares não deve ser compreendida apenas como um evento pontual de transferência de propriedade ou de substituição de comando. Trata-se de um processo composto por decisões, expectativas, conflitos e rearranjos de poder que afetam a passagem do controle gerencial de uma geração para outra. De Massis, Chua e Chrisman (2008) definem o processo sucessório como o conjunto de ações, eventos e desenvolvimentos que influenciam a transferência do controle gerencial de um membro da família para outro.

Essa compreensão desloca o olhar jurídico tradicional da sucessão como ato patrimonial para a sucessão como processo organizacional. No direito, é comum associar a sucessão ao inventário, à partilha, à doação em vida, ao testamento ou à substituição de uma *holding* familiar (Bühler; Oliveira, 2023;

Mamede; Mamede, 2023). Todavia, quando se trata de empresa familiar, o problema sucessório começa antes da transmissão formal dos bens, pois envolve preparação do sucessor, aceitação familiar da liderança, disposição do titular em ceder espaço e preservação das condições econômicas da atividade (De Massis; Chua; Chrisman, 2008; Li; Wang; Cao, 2023).

A contribuição central de De Massis, Chua e Chrisman (2008) está em formular a sucessão intrafamiliar a partir de uma pergunta negativa: não apenas o que favorece a sucessão, mas o que a impede. Os autores identificam três causas diretas para a não ocorrência da sucessão: a recusa dos potenciais sucessores familiares em assumir a liderança, a rejeição desses sucessores pela coalizão dominante ou a decisão da própria coalizão de não prosseguir com a sucessão familiar. Essa formulação é especialmente útil para o planejamento jurídico, porque permite compreender a sucessão como campo de prevenção de riscos, e não apenas como escolha de instrumentos (De Massis; Chua; Chrisman, 2008; Means, 2022).

Para explicar essas causas, De Massis, Chua e Chrisman (2008) organizam os fatores impeditivos em cinco categorias: fatores individuais, relacionais, financeiros, contextuais e processuais: os fatores individuais dizem respeito ao titular e aos sucessores, envolvendo capacidade, motivação, apego ao negócio, doença, morte ou mudanças na composição familiar; os fatores relacionais envolvem conflitos entre pais e filhos, rivalidades entre irmãos, falta de confiança no sucessor e resistência de familiares ou de membros não familiares que participam da empresa; os fatores financeiros e contextuais mostram que a sucessão não depende apenas da vontade da família (a falta de liquidez para acomodar economicamente herdeiros que não pretendam permanecer na atividade ou na estrutura societária, a carga tributária, o endividamento, a perda de escala, a deterioração das relações com clientes e fornecedores e a baixa atratividade econômica do negócio podem inviabilizar a continuidade

intrafamiliar); já os fatores processuais dizem respeito à forma como a sucessão é conduzida, abrangendo ausência de comunicação, falta de critérios objetivos, indefinição dos papéis do titular e do sucessor, treinamento insuficiente e exposição tardia do sucessor ao negócio (De Massis; Chua; Chrisman, 2008).

Esse modelo permite afirmar que a sucessão intrafamiliar é, antes de tudo, um problema de governança. O sucessor precisa ser preparado e legitimado; o titular precisa ter seu papel redefinido; a família precisa compreender os critérios de escolha e os direitos dos herdeiros gestores e não gestores; e a empresa precisa preservar suas condições econômicas, relacionais e organizacionais. Por isso, antes de indicar uma *holding*, uma doação com reserva de usufruto, um testamento ou um acordo de sócios, o advogado deve identificar quais fatores podem impedir a sucessão naquela família empresária, transformando o planejamento sucessório em diagnóstico preventivo da continuidade familiar e empresarial.

III – A ESPECIFICIDADE JURÍDICO-PRODUTIVA DO AGRONEGÓCIO FAMILIAR: IMÓVEL AGRÁRIO, EMPRESA RURAL E CONTINUIDADE INTERGERACIONAL

A aplicação do modelo de De Massis, Chua e Chrisman (2008) ao agronegócio familiar exige reconhecer que a sucessão rural não recai apenas sobre um patrimônio imobiliário. No campo, a sucessão envolve a continuidade de uma unidade produtiva organizada em torno da terra, da família, da gestão e da exploração econômica da atividade agrária (Rizzardo, 2024; Pelizaro; Coleman; Silva, 2023). Rezek (2007) sustenta que o imóvel agrário deve ser compreendido a partir da distinção entre agrariedade, ruralidade e rusticidade, de modo que sua identificação não decorre apenas da localização geográfica, mas da destinação voltada à atividade agrária. Bühler e Oliveira (2023) também destacam que a sucessão no agronegócio envolve os

pilares da família, da propriedade e da gestão do negócio, o que torna insuficiente uma abordagem exclusivamente patrimonial.

Essa compreensão funcional do imóvel agrário é decisiva para o planejamento sucessório. Rezek (2007) permite compreender o imóvel agrário como realidade jurídica vinculada à agrariedade, isto é, à destinação produtiva e à exploração da atividade agrária, e não como simples imóvel localizado no espaço rural. Nessa perspectiva, a sucessão não transmite apenas hectares, matrículas ou quotas, mas uma base produtiva integrada por benfeitorias, máquinas, tecnologias, recursos hídricos, estruturas de armazenagem, relações de trabalho, contratos, crédito e conhecimento acumulado. Monteiro et al. (2024) reforçam essa leitura ao indicar que a sucessão na agricultura familiar brasileira envolve fatores econômicos, sociais, geracionais e institucionais que condicionam a permanência dos jovens e a reprodução social no campo.

A especificidade do agronegócio familiar também decorre do fato de que a fragmentação sucessória pode comprometer a própria função produtiva da terra. A partir de Rezek (2007), é possível afirmar que a qualificação agrária do imóvel decorre de sua destinação funcional à atividade agrária, razão pela qual sua desorganização sucessória pode comprometer não apenas a titularidade patrimonial, mas a continuidade da exploração produtiva. Bühler e Oliveira (2023) observam que a divisão da propriedade rural pode afetar a continuidade do empreendimento e da produção, especialmente quando a partilha reduz a escala econômica necessária ao desenvolvimento da atividade. Por isso, o planejamento sucessório rural deve evitar que a transmissão hereditária converta uma unidade econômico-produtiva em conjunto desarticulado de frações patrimoniais incapazes de sustentar a empresa familiar.

Além da terra, a sucessão rural envolve a transmissão de conhecimento, redes e capacidade de gestão. Na análise de Abdala, Binotto e Borges (2022), a preparação do sucessor e da

propriedade é relacionada à capacidade absorptiva e ao capital social, observados por meio de cursos, vínculos cooperativos e redes de relacionamento. Krüger et al. (2023), por sua vez, mostram que a contabilidade e as capacidades de absorção se relacionam com a sucessão familiar e com a continuidade da atividade rural, o que evidencia a importância de informação organizada para a tomada de decisão intergeracional.

A dimensão contratual do Direito Agrário também ajuda a compreender por que a sucessão no agro não pode ser tratada como simples transmissão estática de bens. Gonçalves (2022) explica que os contratos agrários envolvem questões próprias do uso e da posse temporária da terra para fins produtivos, submetidas a regime jurídico especial de Direito Agrário. Essa observação é relevante porque a continuidade da empresa rural pode depender de arrendamentos, parcerias, comodatos, contratos de exploração, relações cooperativas e outras formas jurídicas de organização do uso da terra. Drebes e Santos (2023) também demonstram que as cooperativas podem desempenhar papel relevante na sucessão geracional, ao socializar jovens no campo e no ambiente cooperativo.

Em síntese, a sucessão no agronegócio familiar exige conectar propriedade, empresa, contratos, governança e continuidade produtiva. Pelizaro, Coleman e Silva (2023) identificam relação entre práticas de governança, estágio sucessório e personalidade jurídica em empresas rurais familiares, indicando que a profissionalização do negócio se torna mais relevante à medida que a empresa cresce e enfrenta a sucessão. Rezek (2007) permite aprofundar essa conclusão ao distinguir agridiidade e ruralidade, demonstrando que a relevância jurídica do imóvel agrário está em sua destinação à atividade produtiva, e não apenas em sua localização ou em sua descrição registral. Assim, a sucessão rural deve ser compreendida como processo de preservação da unidade econômico-produtiva familiar, preparando o caminho para a análise dos fatores que podem impedir sua

continuidade no caso concreto.

IV – DOS FATORES IMPEDITIVOS À REALIDADE RURAL BRASILEIRA

Reconhecida a especificidade jurídico-produtiva do agronegócio familiar, é possível aplicar o modelo de De Massis, Chua e Chrisman (2008) à realidade rural brasileira. Os fatores impeditivos da sucessão intrafamiliar não aparecem no agro como categorias abstratas, mas como problemas concretos ligados à terra, à família, à gestão, ao crédito, aos contratos e à continuidade da produção. De Massis, Chua e Chrisman (2008) permitem organizar esses riscos em fatores individuais, relacionais, financeiros, contextuais e processuais. Rezek (2007), ao distinguir agrariedade, ruralidade e rusticidade, contribui para compreender que o imóvel agrário deve ser identificado por sua destinação produtiva, o que torna a sucessão rural especialmente sensível à desorganização da base produtiva.

Os fatores individuais aparecem, em primeiro lugar, na relação entre o fundador e os potenciais sucessores. No agronegócio familiar, o titular frequentemente concentra conhecimento técnico, relações comerciais, reputação perante bancos, fornecedores e cooperativas, além da autoridade simbólica construída ao longo da vida produtiva. De Massis, Chua e Chrisman (2008) identificam a falta de capacidade ou motivação dos sucessores e o apego do titular ao negócio como fatores capazes de impedir a sucessão intrafamiliar. Monteiro et al. (2024) também apontam que a permanência dos jovens no campo depende de valorização da agricultura, apoio familiar, condições econômicas e participação nas decisões da propriedade.

Os fatores relacionais assumem especial relevância porque a sucessão rural costuma envolver herdeiros que participam de modo desigual da atividade. Alguns trabalham na propriedade, outros vivem fora do campo, alguns dependem

economicamente da produção e outros enxergam a terra apenas como patrimônio partilhável. De Massis, Chua e Chrisman (2008) destacam que rivalidades entre irmãos, conflitos entre pais e filhos e falta de confiança no sucessor podem bloquear a sucessão familiar. Monteiro et al. (2024) indicam, ainda, que os estudos brasileiros muitas vezes desconsideram outros membros da família, especialmente as mulheres, o que revela a necessidade de observar disputas, assimetrias e invisibilidades no processo sucessório rural.

Os fatores financeiros e informacionais também são decisivos na sucessão do agronegócio familiar (De Massis; Chua; Chrisman, 2008; Krüger et al., 2023). A falta de liquidez para acomodar economicamente herdeiros que não pretendam permanecer na atividade ou na estrutura societária, o endividamento rural, a ausência de avaliação patrimonial adequada e a inexistência de contabilidade organizada podem inviabilizar uma sucessão juridicamente bem estruturada (De Massis; Chua; Chrisman, 2008; Rizzardo, 2024; Krüger et al., 2023). Krüger et al. (2023) demonstram que a contabilidade e as capacidades de absorção se relacionam com a sucessão familiar e com a continuidade da atividade rural. Bühler e Oliveira (2023) observam que a *holding* pode auxiliar na preservação da unidade patrimonial, mas sua eficácia depende de planejamento capaz de evitar que a transmissão sucessória comprometa a viabilidade do empreendimento.

Os fatores contextuais revelam que a sucessão rural não depende apenas da vontade da família (De Massis; Chua; Chrisman, 2008; Porfírio et al., 2019). A continuidade da empresa agrária é influenciada por escala produtiva, acesso a crédito, preços de *commodities*, relações com cooperativas, assistência técnica, contratos agrários, fornecedores, compradores e condições ambientais. Abdala, Binotto e Borges (2022) mostram que capacidade absorativa, capital social, participação em cursos e associação a cooperativas possuem relação positiva com a sucessão

rural. Drebes e Santos (2023) reforçam essa dimensão ao demonstrar que cooperativas agropecuárias podem socializar jovens no campo e contribuir para a renovação geracional das propriedades rurais.

Por fim, os fatores processuais dizem respeito à forma como a sucessão é conduzida ou, muitas vezes, evitada (De Massis; Chua; Chrisman, 2008). A sucessão rural tende a fracassar quando não há comunicação clara, critérios objetivos de ingresso na gestão, preparação progressiva do sucessor, definição dos papéis do fundador e dos herdeiros ou regras para distinguir propriedade, gestão e fruição econômica (Pipatanantakurn; Ractham, 2022; Li; Wang; Cao, 2023). De Massis, Chua e Chrisman (2008) tratam a ausência de planejamento, treinamento e comunicação como fatores capazes de impedir a transferência gerencial intrafamiliar. Assim, no agronegócio familiar brasileiro, os fatores impeditivos demonstram que o planejamento sucessório deve anteceder a escolha dos instrumentos jurídicos, pois somente o diagnóstico dos riscos individuais, relacionais, financeiros, contextuais e processuais permite construir uma sucessão orientada à preservação da unidade produtiva rural.

V – A TRADUÇÃO JURÍDICA DOS FATORES IMPEDITIVOS: DA HOLDING À GOVERNANÇA SUCESSÓRIA

A identificação dos fatores impeditivos da sucessão rural somente ganha utilidade prática quando é convertida em desenho jurídico adequado ao caso concreto. O modelo de De Massis, Chua e Chrisman (2008) permite compreender que os riscos sucessórios são individuais, relacionais, financeiros, contextuais e processuais, mas cabe ao direito transformá-los em regras, estruturas e procedimentos. Bühler e Oliveira (2023) reconhecem que a *holding* familiar pode funcionar como alternativa relevante no planejamento sucessório rural, especialmente para preservar a unidade patrimonial. Todavia, a *holding* não elimina, por si só,

a falta de sucessor preparado, o conflito entre irmãos, a ausência de liquidez, a resistência do fundador ou a fragilidade da gestão.

A tradução jurídica dos fatores individuais exige atenção à falta de preparo, motivação ou legitimidade do sucessor. Nesse caso, o instrumento jurídico deve criar um processo gradual de ingresso na gestão. De Massis, Chua e Chrisman (2008) indicam que a ausência de capacidade ou disposição dos sucessores pode impedir a sucessão intrafamiliar. Abdala, Binotto e Borges (2022) reforçam que a sucessão rural depende da preparação do sucessor, da capacidade absorviva e da participação em redes de conhecimento, cursos e cooperativas. Por isso, contratos sociais, acordos de sócios e protocolos familiares podem prever critérios objetivos de entrada na administração, formação mínima, experiência prática, participação em reuniões de gestão e delegação progressiva de poderes.

Quanto aos fatores relacionais, o planejamento sucessório precisa organizar a convivência futura. Isso é especialmente necessário quando há rivalidade entre irmãos, conflito entre herdeiros gestores e não gestores, disputas entre filhos de diferentes núcleos familiares ou baixa confiança no sucessor. De Massis, Chua e Chrisman (2008) tratam os conflitos familiares e a falta de confiança como fatores que podem bloquear a sucessão. Monteiro et al. (2024) também indicam que a sucessão rural brasileira envolve assimetrias familiares, desigualdades de gênero, participação desigual na atividade e dificuldades de permanência dos jovens no campo. Nesse cenário, acordo de sócios, protocolo familiar, cláusulas de mediação, regras de voto, critérios de distribuição de resultados, direito de preferência e mecanismos de solução de impasses são mais importantes do que a simples transferência formal de quotas.

No plano financeiro e informacional, a sucessão rural pode fracassar por falta de liquidez, endividamento relevante, avaliação inadequada da terra ou ausência de contabilidade organizada. Esses riscos são evidenciados pela literatura (De

Massis; Chua; Chrisman, 2008; Krüger et al., 2023; Rizzardo, 2024). Krüger et al. (2023) demonstram que a contabilidade e as capacidades de absorção se relacionam com a sucessão familiar e com a continuidade da atividade rural. Bühler e Oliveira (2023) destacam que a sucessão desorganizada pode comprometer a viabilidade do empreendimento rural e da produção. Assim, o planejamento jurídico deve prever prestação de contas, avaliação periódica de quotas, política de distribuição de resultados, regras de pagamento de haveres, parcelamento de saídas, seguro, reserva financeira e separação entre patrimônio familiar e caixa da atividade produtiva.

Os fatores contextuais próprios do agronegócio também precisam ser juridicamente considerados. A continuidade da empresa rural depende de crédito, escala produtiva, contratos agrários, cooperativas, fornecedores, compradores, tecnologia, assistência técnica e condições ambientais. Rezek (2007) demonstra que o imóvel agrário não se confunde simplesmente com o imóvel rural em sentido geográfico, pois sua caracterização depende da agrariedade e da destinação à exploração da atividade agrária. Drebes e Santos (2023) mostram que cooperativas agropecuárias podem contribuir para a sucessão geracional, ao aproximar jovens do ambiente produtivo e cooperativo. Por isso, além da *holding*, o advogado deve considerar arrendamentos, parcerias rurais, comodatos, cessões de uso, sociedades operacionais, regras de exploração conjunta, contratos com terceiros e mecanismos de preservação da escala econômica da atividade.

Já os fatores processuais exigem que a sucessão seja organizada como cronograma, e não como ato isolado. A falta de comunicação, de treinamento, de critérios objetivos, de definição dos papéis do fundador e do sucessor e de participação dos herdeiros tende a produzir insegurança e conflito. De Massis, Chua e Chrisman (2008) apontam que falhas de processo podem impedir a transferência gerencial intrafamiliar, mesmo quando existem sucessores possíveis. Pelizaro, Coleman e Silva (2023)

indicam que governança, estágio sucessório e personalidade jurídica se relacionam nas empresas rurais familiares. Assim, a atuação jurídica preventiva deve estruturar conselhos de família, reuniões periódicas, atas, regras de transição, mandatos, poderes graduais, prestação de contas e mecanismos de revisão, fazendo da sucessão um processo governado e não apenas uma operação patrimonial.

VI – PROPOSIÇÕES TEÓRICAS E IMPLICAÇÕES PARA A ADVOCACIA NO AGRONEGÓCIO

A articulação entre o modelo de De Massis, Chua e Chrisman e a literatura sobre sucessão rural permite formular a proposição de que, no agronegócio familiar, a sucessão deve ser compreendida como processo de continuidade da unidade econômico-produtiva, e não apenas como transmissão patrimonial. Rezek (2007) sustenta uma compreensão funcional do imóvel agrário, vinculada à agrariedade e à destinação produtiva, o que permite afastar sua redução à mera localização rural ou à simples matrícula imobiliária. Bühler e Oliveira (2023) indicam que a sucessão no agronegócio envolve família, propriedade e gestão do negócio. Portanto, a advocacia sucessória deve proteger a continuidade produtiva da empresa rural, e não apenas organizar a passagem formal dos bens entre gerações.

Outra proposição sustenta que a eficácia dos instrumentos jurídicos sucessórios depende do diagnóstico prévio dos fatores impeditivos da sucessão intrafamiliar. De Massis, Chua e Chrisman (2008) demonstram que a sucessão pode ser bloqueada por fatores individuais, relacionais, financeiros, contextuais e processuais. Abdala, Binotto e Borges (2022) mostram que a sucessão rural depende da preparação do sucessor, da capacidade absorviva e do capital social. Com isso, o advogado deve iniciar sua atuação com perguntas diagnósticas: quem deseja continuar, quem está preparado, quem trabalha na propriedade,

quem quer sair, quais dívidas existem, quais contratos sustentam a atividade e quais conflitos familiares podem emergir.

Sustenta-se também que a *holding* familiar é instrumento relevante, mas insuficiente quando desvinculada de mecanismos de governança. Bühler e Oliveira (2023) reconhecem a *holding* como alternativa eficaz para preservar a unidade patrimonial rural, especialmente diante dos riscos da fragmentação sucessória. Pelizaro, Caleman e Silva (2023) demonstram, porém, que sucessão, personalidade jurídica e governança estão relacionadas nas empresas rurais familiares. A implicação prática é clara: a *holding* precisa ser acompanhada de contrato social bem desenhado, acordo de sócios, protocolo familiar, regras de administração, política de distribuição de resultados, critérios de saída e mecanismos de solução de conflitos.

A separação entre propriedade, gestão e fruição econômica constitui outra proposição relevante para a sucessão no agro. De Massis, Chua e Chrisman (2008) mostram que a rejeição de sucessores, a recusa da liderança ou a decisão de não realizar a sucessão intrafamiliar podem decorrer de conflitos de papéis e de falta de legitimidade. Krüger et al. (2023) indicam que informação contábil e capacidade de absorção contribuem para a sucessão e para a continuidade da atividade rural. Assim, nem todo herdeiro precisa ser gestor, nem todo gestor precisa receber a mesma parcela de poder, nem toda fruição econômica deve se confundir com administração. A advocacia deve construir regras que permitam a convivência entre herdeiros proprietários, herdeiros gestores, gestores profissionais e terceiros contratados.

Por fim, propõe-se que a função preventiva da advocacia sucessória no agronegócio consiste em traduzir riscos organizacionais e familiares em estruturas jurídicas de governança intergeracional. Means (2022) mostra, a partir do chamado “King Lear Problem”, que o atraso na sucessão e a resistência do fundador em ceder poder podem gerar litígios e desorganização da

empresa familiar. Li, Wang e Cao (2023) reforçam que a sucessão envolve reconstrução de identidades, pois o titular precisa deixar de ser o centro exclusivo da empresa e o sucessor precisa ser reconhecido como líder legítimo. No agro, essa função preventiva é ainda mais sensível, porque a demora na sucessão pode comprometer a terra, os contratos, o crédito, a escala produtiva e a própria continuidade da unidade agrária.

Essas proposições indicam uma mudança de postura profissional. O advogado não deve atuar apenas como redator de documentos sucessórios, mas como organizador jurídico do processo de continuidade produtiva. Pipatanantakurn e Ractham (2022) demonstram que a sucessão em empresas familiares envolve transferência de conhecimento em diferentes estágios, como preparação, treinamento, transição e sucessão. Daneluz et al. (2022) indicam que a expectativa de desempenho futuro impacta o planejamento sucessório nas propriedades rurais. Portanto, a advocacia sucessória no agro deve ser interdisciplinar, preventiva e orientada à governança, articulando direito civil, societário, agrário, contratual, sucessório, contábil e empresarial, assim como visão econômica.

VII – CONCLUSÃO

Este ensaio partiu da constatação de que o planejamento sucessório no agronegócio familiar costuma ser apresentado, no campo jurídico, a partir de instrumentos como *holding*, doação, testamento, acordo de sócios, cláusulas restritivas e organização tributária (Bühler; Oliveira, 2023; Mamede; Mamede, 2023). Esses instrumentos são relevantes, mas não esgotam o problema sucessório rural. Bühler e Oliveira (2023) demonstram que a *holding* pode contribuir para a preservação da unidade patrimonial, mas também reconhecem a necessidade de abordagem multidisciplinar da sucessão rural. A tese defendida foi que a sucessão no agro deve ser compreendida para além da transmissão

formal de bens, como processo de preservação da unidade econômico-produtiva familiar.

O modelo de De Massis, Chua e Chrisman (2008) permitiu deslocar a pergunta central do planejamento sucessório. Em vez de perguntar apenas qual instrumento jurídico deve ser adotado, o ensaio propôs perguntar quais fatores podem impedir a sucessão intrafamiliar ou comprometer a continuidade da empresa rural. De Massis, Chua e Chrisman (2008) identificam fatores individuais, relacionais, financeiros, contextuais e processuais que podem bloquear a sucessão familiar. Essa lente mostrou-se especialmente útil ao agronegócio, porque a sucessão rural envolve fundador, sucessores, herdeiros não gestores, crédito, contratos, escala produtiva, conhecimento tácito, cooperativas, contabilidade e relações de confiança.

A literatura agrarista permitiu aprofundar essa leitura ao demonstrar que a propriedade rural relevante para o planejamento sucessório não é mera matrícula imobiliária. Rezek (2007) permite compreender o imóvel agrário a partir da agrariedade, isto é, de sua destinação à exploração da atividade agrária, e não apenas de sua localização no espaço rural. Essa concepção reforça que a sucessão rural transmite uma base produtiva composta por terra, recursos naturais, benfeitorias, máquinas, contratos, relações comerciais, tecnologias e conhecimento acumulado. Por isso, a fragmentação hereditária ou a reorganização jurídica mal planejada podem comprometer não apenas o patrimônio familiar, mas a própria função produtiva da empresa rural.

Também se verificou que a continuidade da empresa rural depende de aprendizagem, informação e inserção institucional. Abdala, Binotto e Borges (2022) destacam o papel da capacidade absorviva, do capital social, dos cursos, das redes e das cooperativas na sucessão rural. Krüger et al. (2023) demonstram a relação entre contabilidade, capacidades de absorção, sucessão familiar e continuidade da atividade rural. Drebes e Santos

(2023) mostram que as cooperativas podem contribuir para a socialização dos jovens no campo. Esses elementos evidenciam que a sucessão não se resolve apenas com a definição de herdeiros, pois exige preparação do sucessor e preservação das condições materiais, informacionais e relacionais da atividade.

A contribuição jurídica do ensaio consistiu em propor a tradução dos fatores impeditivos em estruturas de governança sucessória. A *holding* familiar pode ser útil, mas deve ser acompanhada de contrato social adequado, acordo de sócios, protocolo familiar, regras de administração, critérios de ingresso na gestão, prestação de contas, avaliação de quotas, mecanismos de saída, mediação, arrendamento, parceria rural e profissionalização. Pelizaro, Coleman e Silva (2023) demonstram que governança, estágio sucessório e personalidade jurídica se relacionam nas empresas rurais familiares. Assim, a eficácia da técnica jurídica depende de sua vinculação a um diagnóstico prévio dos riscos que ameaçam a continuidade da empresa rural.

Conclui-se, portanto, que a advocacia sucessória no agronegócio deve assumir função preventiva, interdisciplinar e orientada à governança. O advogado não deve iniciar sua atuação pela escolha automática da *holding*, mas pela compreensão dos fatores que podem impedir a sucessão da família rural concreta. De Massis, Chua e Chrisman (2008) oferecem a lente diagnóstica; a literatura agrária fornece a compreensão da unidade produtiva; e os estudos brasileiros sobre sucessão rural revelam os desafios de preparo, gestão, contabilidade, cooperativismo e permanência no campo. A partir dessa articulação, o planejamento sucessório no agro deixa de ser mera organização patrimonial e passa a ser instrumento jurídico de preservação da continuidade intergeracional da empresa rural familiar.



VIII – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABDALA, Rafael Gonçalves; BINOTTO, Erlaine; BORGES, João Augusto Rossi. Family farm succession: evidence from absorptive capacity, social capital, and socio-economic aspects. *Revista de Economia e Sociologia Rural*, v. 60, n. 4, e235777, 2022. DOI: 10.1590/1806-9479.2021.235777.
- BÜHLER, Priscila; OLIVEIRA, Letícia de. Revisão de literatura sobre holding familiar e sucessão rural. *REAd - Revista Eletrônica de Administração*, Porto Alegre, v. 29, n. 2, p. 415-442, maio/ago. 2023. DOI: 10.1590/1413-2311.388.126625.
- DANELUZ, Marina; CANEVER, Mario Duarte; LIMA, Helenice González de; BERMUDEZ, Rogerio Folha; MENEZES, Gabrielito Rauter. Linking entrepreneurial orientation and managerial capacity to performance in dairy farms. *Revista de Economia e Sociologia Rural*, v. 60, n. 3, e229910, 2022. DOI: 10.1590/1806-9479.2021.229910.
- DE MASSIS, Alfredo; CHUA, Jess H.; CHRISMAN, James J. Factors preventing intra-family succession. *Family Business Review*, v. 21, n. 2, p. 183-199, 2008. DOI: 10.1111/j.1741-6248.2008.00118.
- DREBES, Laila Mayara; SANTOS, Tâmara Karime Lima dos. Cooperativismo agropecuário e sucessão geracional em propriedades rurais: reflexões sobre o caso da Cotrijal/RS. *Interações, Campo Grande*, v. 24, n. 2, p. 635-649, abr./jun. 2023.
- GONÇALVES, Albenir Itaboraí Querubini. Contratos agrários: questões polêmicas e algumas propostas para a solução de conflitos. In: SOUZA, Lucas Monteiro de; RODRIGUES, Rafael Molinari (coords.). *Direito do agronegócio, sustentabilidade e comércio exterior*. São Paulo:

- LTr, 2022, p. 13-25.
- KRÜGER, Cristiane; MACHADO, Fernanda Souto; CEOLIN, Arthur Fagundes; SANTOS, Guilherme Godoy dos; PEITER, Ester Escalante. Evidências da contabilidade e capacidades de absorção no processo de sucessão familiar e continuidade da atividade rural. *Revista de Economia e Sociologia Rural*, v. 61, n. 3, e263003, 2023. DOI: 10.1590/1806-9479.2022.263003.
- LI, Weining; WANG, Yunqiao; CAO, Liebing. Identities of the incumbent and the successor in the family business succession: review and prospects. *Frontiers in Psychology*, v. 14, 1062829, 2023. DOI: 10.3389/fpsyg.2023.1062829.
- MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. Holding familiar e suas vantagens: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar. São Paulo: Atlas, 2023.
- MEANS, Benjamin. Solving the “King Lear Problem”. *UC Irvine Law Review*, v. 12, n. 4, p. 1241-1288, 2022.
- MENEGHETTI, Francis Kanashiro. O que é um ensaio-teórico? *Revista de Administração Contemporânea*, Curitiba, v. 15, n. 2, p. 320-332, mar./abr. 2011. DOI: 10.1590/S1415-65552011000200010.
- MONTEIRO, Elideth Pacheco; MARTINS, Cyntia Meireles; ARAÚJO, Janayna Galvão de; BRABO, Marcos Ferreira; SANTOS, Marcos Antônio Souza dos. Sucessão na agricultura familiar brasileira: uma revisão sistemática da literatura. *Revista Brasileira de Educação do Campo*, Tocantinópolis, v. 9, e15729, 2024. DOI: 10.70860/ufnt.rbec.e15729.
- PELIZARO, Carla Ivo; CALEMAN, Silvia Morales de Queiroz; SILVA, Devanildo Braz da. Relationship between governance, stage of succession, and legal personality in farm family businesses. *Revista Brasileira de Gestão e*

- Desenvolvimento Regional*, Taubaté, v. 19, n. 2, p. 719-741, maio/ago. 2023. DOI: 10.54399/rbgdr.v19i2.6398.
- PIPATANANTAKURN, Kalin; RACTHAM, Vichita Vathanophas. The role of knowledge creation and transfer in family firm succession. *Sustainability*, v. 14, n. 10, 5845, 2022. DOI: 10.3390/su14105845.
- PORFÍRIO, José Antônio; CARRILHO, Tiago; HASSID, Joseph; RODRIGUES, Ricardo. Family business succession in different national contexts: a fuzzy-set QCA approach. *Sustainability*, v. 11, n. 22, 6309, 2019. DOI: 10.3390/su11226309.
- REZEK, Gustavo Elias Kallás. *Imóvel agrário: agrariedade, ruralidade e rusticidade*. Curitiba: Juruá, 2007.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito do agronegócio*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO PENAL: ENTRE A ECONOMIA DO CRIME E A DOGMÁTICA PENAL

Fillipe Azevedo Rodrigues¹

Resumo: O trabalho discute o funcionalismo-teleológico do Direito Penal e seu paradoxo entre liberdade e controle, promovendo uma análise econômica do Direito Penal interpretativa. Formulou-se, para tanto, a seguinte pergunta: o que se entende por uma Análise Econômica do Direito Penal interpretativa, considerando o recorte metodológico dos objetos investigados entre Direito Penal e Economia do Crime? Apresenta paradigmas de eficiência, ótimo de intervenção penal e disfuncionalidades sistêmicas a depender da corrente criminológica eleita pelo intérprete. O objetivo geral é propor um recorte metodológico interdisciplinar entre funcionalismo-teleológico e microeconomia, evidenciando os objetos de uma análise econômica do Direito Penal interpretativa. Trata-se de uma pesquisa qualitativa, documental e de abordagem hipotético-dedutiva, valendo-se do silogismo aristotélico para construção de hipóteses e, sob um viés utilitarista, apresentar deduções, possíveis de falseamento, notadamente em pesquisas empíricas sobre a eficiência econômica da política criminal.

Palavras-chave: Direito Penal, Economia do Crime, Ótimo de intervenção penal.

ECONOMIC ANALYSIS OF CRIMINAL LAW: BETWEEN THE ECONOMICS OF CRIME AND CRIMINAL DOGMATICS

¹ Doutor em Educação pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), Natal-RN-Brasil. Mestre em Direito pela UFRN, Natal-RN-Brasil. Professor Adjunto do Curso de Direito da UFRN, Campus Caicó, Brasil. E-mail: rodrigues.cgern@gmail.com.

Abstract: The paper discusses the teleological-functionalism of Criminal Law and its paradox between freedom and control, promoting an interpretative economic analysis of Criminal Law. To this end, the following question was formulated: what is meant by an Interpretative Economic Analysis of Criminal Law, considering the methodological framework of the objects investigated within Criminal Law and the Economics of Crime? It presents paradigms of efficiency, optimal criminal intervention, and systemic dysfunctions depending on the criminological school chosen by the interpreter. The general objective is to propose an interdisciplinary methodological framework between teleological-functionalism and microeconomics, highlighting the objects of an interpretative economic analysis of Criminal Law. This is a qualitative, documentary research with a hypothetical-deductive approach, utilizing Aristotelian syllogism for hypothesis construction and, from a utilitarian perspective, presenting deductions that are falsifiable, particularly in empirical research on the economic efficiency of criminal policy.

Keywords: Criminal Law; Economy of Crime; Optimum of criminal intervention. JEL: K14²

1. INTRODUÇÃO

O funcionamento correto do direito requer adesão dos cidadãos às suas prescrições. Essa aceitação significa, por um lado, que as normas jurídicas decorrem da sociedade na sua conformação cultural e, por outro lado, que eventuais comportamentos desviantes encontram identidade nas proibições jurídica e moral, restabelecendo a ordem e a previsibilidade das relações sociais.

² Classificação *Journal of Economic Literature* (JEL) da *American Economic Association* (2023): K – Law and Economics; K14 – Criminal Law.

O sistema jurídico e o Direito Penal, especificamente, operam como tecnologia cultural, cuja função mais abrangente é a pacificação das interações humanas, por meio da proteção de direitos e liberdades individuais, frente a abusos de particulares ou do próprio poder estatal.

Essa é a concepção arraigada no funcionalismo-teleológico do Direito Penal – ou Direito Penal do bem jurídico –, que será objeto de investigação ao longo do trabalho, notadamente em sua interação com outra ciência igualmente de origem utilitarista, a Economia do Crime.

Esse percurso entre o *homo criminalis* e o *homo economicus* ensejou a seguinte problemática: *o que se entende por uma Análise Econômica do Direito Penal interpretativa, considerando o recorte metodológico dos objetos investigados entre Direito Penal e Economia do Crime?*

Definida a pergunta-problema, tem-se como objetivo geral propor um recorte metodológico interdisciplinar entre funcionalismo-teleológico e microeconomia, evidenciando os objetos de uma análise econômica do Direito Penal. Quanto aos objetivos específicos, pretende-se (i) revisar a bibliografia clássica, brasileira e estrangeira, sobre o paradoxo liberal-funcional do Direito Penal de proteção de bens jurídicos fragmentários *versus* limitação do *jus puniendi*; (ii) sistematizar o processo de integração da ciência conjunta do direito penal, entre Criminologia, Direito Penal e Economia do Crime, discutindo os objetos de investigação desta última área do conhecimento; (iii) promover uma breve análise econômica das ciências jurídico-criminais e das correntes criminológicas que interferem no sistema jurídico penal, revelando o que se entende por uma *Análise Econômica do Direito Penal interpretativa*.

No que diz respeito à metodologia, tem-se uma pesquisa qualitativa, documental e de abordagem hipotético-dedutiva, valendo-se do silogismo aristotélico para construir hipóteses e, sob um viés utilitarista, apresentar deduções possíveis de

falseamento, notadamente em pesquisas empíricas sobre a eficiência econômica da política criminal.

O trabalho está estruturado em três seções de desenvolvimento. A primeira delas (Seção 2) versa sobre o Direito Penal liberal-funcional, revisando extensa bibliografia a respeito do paradoxo liberdade-controle. A Seção 3, a seu turno, estabelece conceitos elementares para compreender o que se entende por ciência conjunta do direito penal, economia do crime e análise econômica. A Seção 4, última do desenvolvimento, aplica o instrumental metodológico da microeconomia no paradoxo liberal-funcional do Direito Penal para definir o alcance da análise econômica do Direito Penal como ponto de interdisciplinaridade entre Direito e Economia.

O trabalho conclui pela distinção – ainda que presente certa relação de continência – entre Análise Econômica do Direito Penal e Economia do Crime, observando tratar-se aquela de uma teoria juseconômica verdadeiramente interdisciplinar, sem vínculo de subordinação ou acessoriedade entre os saberes jurídicos e econômicos.

2. DIREITO PENAL LIBERAL-FUNCIONAL: O EQUILÍBRIO ENTRE CONTROLE E LIBERDADE

O Direito Penal, ramo autônomo do Direito Público, define-se como conjunto de normas que regulam os pressupostos ou consequências de dada conduta sucedida de uma pena ou uma medida de segurança (ROXIN, 1997, p. 41).³

A definição acima é fundamental, importante para uma compreensão primária, mas não alcança todo o universo de normas penais, bem como as teorias que se dedicam ao conceito

³ “La función del Derecho penal como parte específica del ordenamiento jurídico deriva sobre todo de la propia naturaleza de las sanciones que prevé, pero también de las cualidades de las formas de conducta a las que se refiere.” (STRATENWERTH, 2000, p. 2)

analítico do crime e seus elementos constitutivos.⁴

Há também um percurso histórico que iluminou diversos aspectos das ciências jurídico-criminais, notadamente a escola clássica causal,⁵ os determinismos sociais e biopsicológicos da escola positiva,⁶ o finalismo⁷ e as correntes funcionalistas – teleológica e dogmática (ou sistêmica).⁸

Cada momento e cada matiz jusfilosófica do Direito

⁴ “A despeito de certa imprecisão sobre o período do surgimento do conceito analítico de delito, é certo, contudo, que sua elaboração somente veio a completar-se com a contribuição decisiva de Beling (1906), com a introdução do elemento tipicidade. Embora a inicialmente confusa e obscura definição desses elementos estruturais, que se depuraram ao longo do tempo, o conceito analítico predominante passou a definir o crime como a ação típica, antijurídica e culpável.” (BITENCOURT, 2018, p. 407).

⁵ “Na Escola Clássica é adotada, outrossim, a teoria causal-naturalística da ação, para a qual basta um procedimento corpóreo voluntário (Beling), ou a causação voluntária de uma modificação no mundo exterior (Von Liszt).” (DELMANTO *et al.*, 2016, p. 32).

⁶ “A função integradora da ciência conjunta do direito penal era agora substituída pelo sistema social ele mesmo, como máximo denominador comum da política criminal, da criminologia e (também, ao menos em certa medida) da dogmática jurídico-penal. Não se estranhará que, desta perspectiva, a política criminal e a criminologia não somente se tenham autonomizado completamente do direito penal e da sua dogmática, mas verdadeiramente lhe tenham voltado as costas.” (DIAS, 2007, p. 24).

⁷ “*La misión del Derecho Penal es la protección de la convivencia en sociedad de las personas. (...) El Derecho Penal tiene, por ello, un significado fundamental como ordenamiento pacificador y protector de las relaciones sociales.*” (JESCHECK e WEIGEND, 2002, p. 2). Jorge de Figueiredo Dias (2007, p. 111-112) é crítico a tal concepção justificadora do Direito Penal, embora reconheça seu valor como juízo político limitador da produção de normas penais: “esta concepção corresponde, para além do mais, a uma atitude enraizada no espírito da generalidade das pessoas, para quem o direito penal constituiria a tradução, no mundo terreno, das noções de pecado ou de castigo, vigentes na ordem religiosa, ou de imoralidade ou de censura da consciência, vigentes na ordem moral”.

⁸ “O normativismo dualista (teleológico-funcional), defendido por Roxin, admite que a sua lógica objetiva seja acrescida de uma razão prática, onde os valores protegidos pelo sistema penal estejam limitados por um substrato material fático externo ao próprio sistema (ou seja, o Direito Penal, ao elaborar conceitos jurídico-penais, está sujeito a alguns limites materiais de fora do sistema penal); no entanto, o normativismo monista (funcionalista-sistêmico), sustentado por Jakobs, caracteriza-se pela radicalização do critério funcional, de modo que os parâmetros necessários para o desenvolvimento estrutural do sistema penal — e, por conseguinte, da dogmática — encontram-se no interior do próprio sistema, não se sujeitando a limites externos.” (BITENCOURT, 2018, p. 186-187).

Penal produziram aproximações e afastamentos das ciências correlatas, cujos repertórios metodológicos repercutiram na compreensão da norma penal.⁹

No entanto, prevalece, há bastante tempo no meio jurídico, uma representação liberal do Direito Penal, orientada pelos princípios utilitaristas sistematizados por Cesare Beccaria (2003) em *Dos Delitos e Das Penas*.

E, assim, há quem defina o Direito Penal a partir de um funcionalismo liberal de defesa do indivíduo frente ao Estado e a outras violações a seu domínio privado. Nesse sentido, Claus Roxin (1997, p. 55) sustenta que a norma penal incriminadora encontra fundamento na proteção de bens jurídicos constitucionais. Isso, porque a única restrição dogmática a que se sujeita o legislador é o texto da Constituição e sua declaração de direitos fundamentais.

un concepto de bien jurídico vinculante políticocriminalmente sólo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental, de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo, a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado (ROXIN, 1997, p. 55-56).

Esse pressuposto deriva do Direito concebido como sistema normativo, hierarquizado em escalões de validade, segundo o qual as normas penais são constitucionais se servirem ao propósito de concretização de direitos fundamentais.

Assim, pode-se dizer que a *função* do Direito Penal é garantir o convívio livre e pacífico, isto é, “pela ideia de proteção de bens jurídicos, estes bens corresponderão a todas as condições e finalidades necessárias ao livre desenvolvimento do

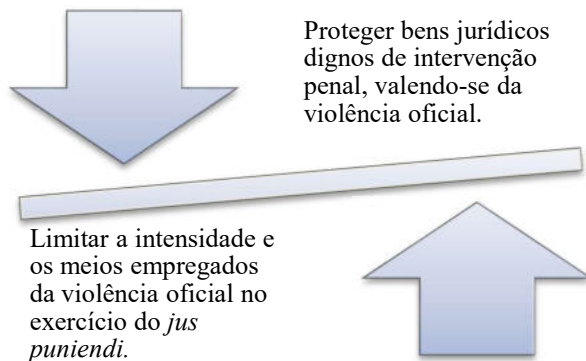
⁹ Uma construção interessante para exemplificar é a trazida por Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Arán (2004, p. 29-30): “*hablar del Derecho penal es hablar, de un modo u otro, de violencia. (...) La violencia es, desde luego, un problema social, pero también un problema semántico, porque sólo a partir de un determinado contexto social, político económico puede ser valorada, explicada, condenada o definida. No hay, pues, un concepto de violencia estático o ahistórico que pueda darse al margen del contexto social en el que surge*”.

indivíduo, à realização dos seus direitos fundamentais e ao fundamento de um sistema estatal”, edificado para fazer cumprir tal propósito constitucional (ROXIN, 2013, p. 4-5).

A definição de bem jurídico condiz com a finalidade essencial do Direito Penal de cariz liberal, afinal se propõe a preservar a autonomia dos indivíduos e dos direitos de personalidade, mormente suas liberdades (RODRIGUES e RODRIGUES, 2016, p. 9).¹⁰

A Constituição define os limites e o conteúdo da intervenção penal, produzindo, sem embargo, o seguinte paradoxo:

Esquema 1 – Paradoxo funcional do Direito Penal constitucional



Fonte: próprio autor.

De um lado, a proteção das liberdades se confia ao Estado e a seus agentes, ao passo que, doutro lado, tal monopólio da violência é limitado pelo próprio sistema de direitos e garantias fundamentais do indivíduo que antes justificaram a

¹⁰ “Nos albores e durante grande parte do curso dessa história, a concepção de bem jurídico é marcada pela ideia liberal, presente em muitos penalistas até os dias atuais, de proteção de interesses eminentemente individualistas (tutela dos direitos subjetivos). É que, sob o paradigma do Estado Liberal, os conflitos são vislumbrados apenas no plano interindividual e as relações entre Estado – o Leviatã – e indivíduos são ditadas em razão de limites negativos (os direitos subjetivos, ou de primeira geração ou dimensão) daquele em relação a estes”. (LIMA, 2012, p. 68).

intervenção penal. Em suma, o Direito Penal não só limita, cria também liberdade ao, simultaneamente, estabelecer limites para o *jus puniendi* e garantir a convivência pacífica, condição para o exercício dos direitos de personalidade (JESCHECK e WEIGEND, 2002, p. 3).

Sem dúvida, a metáfora da balança que costuma representar as ciências jurídicas aclimata tal dicotomia penal, contudo, na realidade, o equilíbrio não vem sendo o padrão, conforme esclarece Jesús-María Silva Sánchez (2011) em sua obra *A expansão do direito penal: aspectos de política criminal nas sociedades pós-industriais*.

Há, portanto, uma aparente tendência de expansão da violência oficial em prejuízo da função limitadora, cuja origem se encontra numa “espécie de perversidade estatal – perversidade demagógica –, que se serve cada vez mais de construções meramente simbólicas no Direito Penal”; noutros termos, a expansão da intervenção penal “funciona como uma tendência geral da política criminal dos mais diversos Estados, inspirados pela cultura globalizada do risco, consoante as abordagens de Beck e Luhmann” (RODRIGUES, 2021, p. 162).

Segundo Sánchez, a representação social¹¹ do combate à criminalidade por intermédio do *jus puniendi* estatal se consolida num consenso em torno das “virtudes” do Direito Penal como instrumento de proteção dos cidadãos” (SÁNCHEZ, 2011, p. 32), indistintamente entre diversos grupos sociais, políticos e ideológicos. A função limitadora da burocracia penal perde espaço no ciclo perverso existente entre o perene aumento da criminalidade e a renovada confiança em tais instâncias

¹¹ As representações são um fenômeno dinâmico. Estão sujeitas a ressignificações próprias da interseção entre o individual e o social. Os pontos de vista dos indivíduos e dos grupos são encarados por seu caráter de expressão/comunicação (MOSCOVICI, 2002), sobretudo por estarem inseridos em dado campo (pertencimento), mercado de trocas de capital simbólico e cultural, conforme a perspectiva de Pierre Bourdieu (2007). Ver mais a respeito em *O juiz professor: uma investigação psicossociológica sobre magistratura potiguar* (RODRIGUES, 2022, p. 68).

convencionais de controle social.

Quando mais ineficiente for a violência oficial, a criminalidade se acentua e justifica nova expansão do Estado sobre as liberdades individuais, que, na origem, justificaram o monopólio estatal da violência e, agora, já cedem espaço para uma burocracia penal que passa a encontrar um fim em si mesma.

Em estudo dedicado à legislação de combate à lavagem de dinheiro brasileira e portuguesa, foi utilizada a teoria do Direito Penal do bem jurídico para identificar o fundamento dogmático das normas penais incriminadoras da ocultação de ativos provenientes de outros delitos. A bibliografia consultada apontou variadas correntes teóricas sobre o bem jurídico protegido pela incriminação da lavagem de dinheiro, prevalecendo um discurso *conciliador* entre a tutela da *ordem econômica* e da *administração da justiça* (RODRIGUES e RODRIGUES, 2016).

Quanto à proteção da ordem econômica pela tipificação da lavagem de ativos, o estudo concluiu negativamente, sob o argumento de não se observar a intencionalidade de preservar a estabilidade econômica ou a livre concorrência, mas sim o propósito manifesto de combater a macrocriminalidade ou a criminalidade organizada. Noutros termos, há uma produção de tipos penais para acessoriamente sanar a ineficiência de outras normas incriminadoras anteriores, no intento de dissuadir o comportamento criminal.

Eis um bom exemplo de autoafirmação da burocracia penal, encontrando um fim em si mesma. Persiste, entretanto, a retórica de que o bem jurídico tutelado é a *administração da justiça*, o que nada mais é do que a subversão¹² completa da teoria roxiniana do bem jurídico, afinal o Estado deixa seu compromisso com a salvaguarda de direitos individuais e passa a considerar sua própria burocracia como um valor autônomo, cada vez

¹² “O princípio da proteção dos bens jurídicos transforma-se de uma proibição limitada de punição em uma ordem de punição, de um critério negativo em um critério positivo de autêntica criminalização” (HASSEMER, 2003, p. 148).

mais desvinculado da concretização das liberdades.¹³

Um bom exemplo é a dinâmica expansionista sobre *atos antidemocráticos, desinformação, fake news* e outras categorias alegóricas do que produz incômodo nas instâncias de poder. O direito à expressão constitui pressuposto da liberdade individual justamente porque se impõe frente ao Estado como *direito de defesa* e, assim, fica evidenciado o abuso da burocracia penal por reagir ao discurso com silenciamento e cárcere. Cumpre citar que tal “intervenção na livre-expressão provoca o efeito inverso: invariavelmente ela será arbitrária, politizada, terá dois pesos duas medidas, e assim minará a legitimidade da Democracia” (MAULTASCH, 2022, p. 133).

Nesse sentido, Günther Jakobs (1995, p. 49) foi preciso ao identificar o fenômeno da extrapolação da intervenção punitiva para servir apenas à própria higidez do Estado:

Los nuevos biens presentan especialidades cuantitativas que diluyen el concepto de bien jurídico: su limite con lo adecuado socialmente es, cuando claro, objetivamente arbitrario (drogas prohibidas contra drogas permitidas)., y en los demás casos un producto tan vago del arbitrio del Gobierno y de la Administración que la protección del bien amenaza desaparecer detrás la protección de la ejecutabilidad de las decisiones (medio ambiente).

Winfried Hassemer (2003, p. 151), por sua vez, contrasta o Direito Penal clássico com o que chama de Direito Penal

¹³ “Ataques às instituições e à Democracia” é o lema atual de um Direito Penal de exceção, que se divorcia da proteção de bens jurídicos, a exemplo da liberdade de expressão, para estar a serviço da proteção do censor. Nesse sentido, as reflexões de Gustavo Maultasch (2022, p. 131) merecem ser aprofundadas pelo leitor: “muitos ‘defensores da democracia’ creem que ‘ataques’ (na verdade, críticas) à Democracia deslegitimam suas instituições e, assim, podem contribuir para a perda de confiança e posterior destruição das instituições. Mas e o efeito contrário? E o silenciamento, a derrubada de contas e canais nas redes sociais, a censura, a perseguição seletiva? Você acha que isso não contribui para deslegitimar a república? Porque ao silenciar as pessoas, o governo demonstra não valorizar a Liberdade, e isso habilita muitos a gritarem que ‘já não vivemos mais numa democracia’, e outras asserções do tipo. Ao silenciar pessoas, o governo desmoraliza-se, mostra-se sem convicção na defesa da Liberdade, e assim contribui para a perda da legitimidade do próprio governo e da Democracia”.

moderno. Este “tende muito menos à reação às lesões mais graves ao interesse de liberdade dos cidadãos e tende a se tornar muito mais um instrumento de defesa da política interna”.

Não obstante, ao contrário do ceticismo de Jakobs sobre a preservação de um Direito Penal do bem jurídico, Hassemer (2003, p. 146), reconhecendo tal Direito Penal como “clássico”, afirma que “clássico é também um ideal, uma representação de fim pela qual pode ser determinada para onde deve ir uma viagem, quais passos seguem na direção correta e quais na direção errada e quantos passos ainda se tem que percorrer”.

Em outras palavras, não há por que abandonar os esforços de reequilibrar a preservação de liberdades com um Estado penal eficiente na salvaguarda de bens jurídicos constitucionais, mesmo diante de retrocessos punitivistas ineficientes.

A partir da sistematização de Delmanto *et al.*, a compreensão do sistema punitivo ainda amadurece diante de idas e vindas desde a obra seminal de Cesare Beccaria. Um exemplo é a divergência entre as contemporâneas Escola Positiva e a Escola Sociológica Alemã, durante o final do século XIX. Enquanto os deterministas apostavam no criminoso nato,¹⁴ Franz Von Lizst o rejeitava e, segundo Delmanto *et al.* (2016, p. 34), concluía pela defesa da autonomia do Direito a partir de valores liberais: “a segurança geral não pode atacar as essências constitucionais da segurança individual: a liberdade”.

O direito extrema os círculos da eficiência de cada um; determina até onde a vontade pode manifestar-se livremente, e sobretudo até onde, exigindo uma ação ou inação alheia, pôde penetrar na esfera da atividade de outras pessoas; garante a liberdade, o poder autorizado de querer, e proíbe o arbítrio; converte as relações da vida em relações jurídicas, os interesses em bens jurídicos; ligando direitos e deveres a determinados

¹⁴ “A premissa do *homo sociologicus* serviu de base para a antropologia criminal de Enrico Ferri e para tese patológica do crime de Cesare Lombroso. Esta abordagem sociológica potencialmente conduz a legislação penal para um instrumentalismo social, descaracterizando toda a sua conformação dogmática, amparada na Constituição” (RODRIGUES, 2021, p. 235).

pressupostos, faz do comércio da vida um comércio segundo o direito (LISZT, 1899, p. 96)

Esse esforço de equacionar a necessidade de tutela com o controle dos mecanismos estatais de proteção deve se orientar pela maximização das liberdades individuais. Isto é, abolir o sistema penal sacrificaria o cidadão frente ao ataque dos celerados, orientados por seu arbítrio sobre a liberdade, a vida e a propriedade alheias; ao passo que confiar aos prepostos¹⁵ do Estado um poder desarrazoado sujeitaria os cidadãos aos abusos de uma burocracia penal a serviço de si mesma.

Definir a liberdade individual como recurso escasso e valioso nessa transação entre intensidade e suavidade do *jus puniendi* faz todo sentido quando se reconhece que a condição humana antecede o Estado. Para Liszt (1899, p. 94), “a liberdade individual, a inviolabilidade do domicílio e o segredo epistolar são interesses muito antes que as cartas constitucionais os garantissem contra a intervenção arbitrária do poder público”.

A lógica do individualismo utilitarista¹⁶ de maximização do bem-estar é transportada para uma avaliação permanente da eficiência da política criminal em função da maximização de liberdades, conforme uma intervenção penal fragmentária e subsidiária. Reconhecer a ineficiência de dada norma penal não

¹⁵ “O ‘bem-estar da sociedade’ deve ser compreendido em função do de seus membros. As escolhas coletivas da sociedade devem ser analisadas como resultantes da composição de escolhas individuais. (...) O ‘Estado’, o ‘governo’, o ‘povo’ ou o ‘sindicato’ não pensam, não decidem eles mesmo, mas indivíduos agem em seu nome, respeitando, imagine-se, os critérios de decisão aplicáveis a outras restrições”. (MA-CKAAY e ROUSSEAU, 2015, p. 41).

¹⁶ “O utilitarismo presente na premissa do *homo economicus* foi a base da revolução instaurada pela Escola Clássica do Direito Penal, com vistas a preservar a liberdade e a dignidade da pessoa humana. Sucessivamente, surgiram as teses mencionadas do *homo sociologicus*, entretanto suas proposições tidas no campo teórico como “eficientes” nunca foram consensuais em verificações empíricas. Tratam-se, geralmente, de postulados retóricos com pretensão de cientificidade, não materializada devido a imprecisos dados concretos. Por outro lado, os paradigmas utilitaristas da Escola Clássica, testados pela Economia do Crime, mostraram-se muito mais precisos no levantamento empírico. O que demonstra o despropósito da nova onda de invasão sociológica na dogmática jurídico-penal”. (RODRIGUES, 2021, p. 235-236).

descredencia o instituto, muito pelo contrário, pode produzir tanto sua exasperação punitiva quanto à redução desejada ao mínimo de violência oficial necessária, estimulando a adoção de outras medidas extrapenais de intervenção em *prima ratio* ou mesmo o deslocamento do debate jurídico para o debate administrativo de aperfeiçoamento da gestão de segurança pública. Esses recuos, apenas aparentes, não deixam de ser o propósito do *clássico* Direito Penal, eficiente e nuclear.¹⁷

3. ANÁLISE ECONÔMICA E ECONOMIA DO CRIME

Os conceitos sobre crime variam conforme o discurso, o ambiente onde circulam e a área de erudição respectiva, não necessariamente se assemelhando quanto ao conjunto de elementos constitutivos.

Jorge de Figueiredo Dias (2007, p. 18) assume que, há tempos, o comportamento criminoso é reconhecido como um “fenômeno de patologia social diversificado, que revela não apenas condicionalismos exógenos (externos, sociais), mas também de substratos endógenos (internos, individuais), componentes da (...) realidade humana”.

É óbvio, contudo, que há pontos de partida no senso comum compartilhados no campo científico, nomeadamente a ideia de ser o delito fato humano, socialmente reprovado e que implica uma reação punitiva, seja do corpo social ou do próprio ofendido.

O Direito, particularmente, define o crime a partir das

¹⁷ “*También el Derecho civil y el Derecho público prevén la aplicación de la coacción, pero para el Derecho penal la amenaza y aplicación de aquélla están en el núcleo central. Además, el Derecho penal se sirve de instrumento de poder más riguroso del que dispone la coacción estatal: la pena pública. Cuando fracasan otras medidas y posibilidades, el Derecho penal asegura en último término el cumplimiento forzoso de lo permitido y o prohibido por el Ordenamiento jurídico (...). La norma penal representa en cierta medida la ultima ratio en el instrumental del legislador*” (JESCHECK e WEIGEND, 2002, p. 2-3).

premissas dogmáticas de legitimidade,¹⁸ respeito à lei¹⁹ e conformidade com os objetivos constitucionais.²⁰ A ciência jurídica, em que pese certa divergência entre escolas teóricas do Direito Penal, compreende o crime como fato humano correspondente a uma descrição previamente estabelecida em lei penal (tipicidade) a que se atribui uma consequência jurídica punitiva (punibilidade). É necessário também que o fato tenha sido praticado por indivíduo consciente e penalmente responsável (culpabilidade) e que seja, em absoluto, incompatível com a ordem jurídica (ilicitude).

É dizer: para o jurista, crime é fato típico, ilícito, culpável e punível. Essa construção, contudo, não pode significar uma arbitrária decisão do legislador de proibir, impor e punir, porque carece de legitimidade e fundamentação condizente com os desafios do cotidiano social.

Segundo Augusto Silva Dias (2008, p. 31), “a atribuição da qualidade penal a uma conduta deve ser entendida como algo mais do que um acto de definição discricionário, praticado por uma autoridade competente”. A decisão de criminalizar “só é legítima e será eficaz se servir para protecção de necessidades humanas socialmente experimentadas como fundamentais”. Identificar tais necessidades humanas qualificadas como fundamentais e investigar a eficácia das medidas penais que se prestam a protegê-las é, sem dúvida, um trabalho interdisciplinar. Eis o ponto de interseção entre Direito Penal, Criminologia e

¹⁸ “O Direito Penal só tem legitimidade como instrumento excepcional e subsidiário de controle social, com a finalidade de assegurar a paz mediante a proteção de bens jurídicos.” (DELMANTO *et al.*, 2016, p. 96).

¹⁹ “Necessidade de lei para a criação de crimes e, portanto, à proibição do estabelecimento de crimes pelos costumes, à vedação da analogia *in malam partem* e à exigência da tipicidade fechada, além da proibição da retroatividade *in pejus*.” (BARROS, 2012, p. 93).

²⁰ Maria João Antunes (2012, p. 101), no âmbito do direito comparado, adverte que a Constituição Portuguesa traz expressamente, em seu art. 18.º, n.º 2, o “*princípio jurídico-constitucional do ‘direito penal do bem jurídico’*”, enquanto parâmetro de controle da constitucionalidade de normas incriminatórias a partir de critérios da dignidade penal do bem jurídico e da necessidade da intervenção penal”.

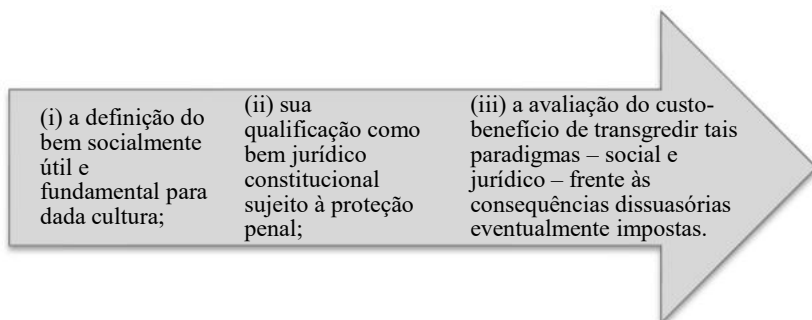
Economia do Crime.²¹

A Criminologia encarrega-se de investigar o experimento social e a eleição moral das necessidades fundamentais; o Direito traduz tais necessidades em linguagem normativa, considerando-as objetivos constitucionais que legitimam o poder de punir; e a Economia do Crime, a seu turno, revela a dinâmica dos incentivos que motivam o delinquente,²² bem como a eficácia do sistema punitivo (jurídico e moral) na prevenção e repressão a tal comportamento desviante.²³

Trata-se, para Jorge de Figueiredo Dias (2007, p. 25), da virtuosa cooperação entre as ciências integrantes da antiga “ciência conjunta” do direito penal, articulando saberes entre a política criminal e a dogmática-jurídica.

Em suma, tem-se o seguinte processo:

Esquema 2 – Processo da Ciência Conjunta do Direito Penal



²¹ “Em uma reforma penal e na transformação da Política Criminal – mais preventiva, mais como uma ampla função social e não puro problema estatal ou de administração estatal – assim como da própria Justiça Criminal, a obra não deve ser somente de juristas, de penalistas, pois é indispensável a colaboração valiosa da Criminologia, e de outras ciências do homem e da sociedade”. (ALVES, 1998, p.119).

²² “A person commits a crime because the expected benefits exceed the expected costs”. (POSNER, 2010a, p. 278).

²³ Compreende-se a Criminologia e a Economia do Crime como repertório metodológico para conceber, avaliar e aperfeiçoar a política criminal, cuja função, segundo Jorge de Figueiredo Dias (2007, p. 23), é, “baseada nos conhecimentos da análise da realidade criminal, naturalística e empírica, (...) dirigir ao legislador recomendações e propor-lhe directivas em tema de reforma penal”.

Fonte: próprio autor.

Este trabalho tem por finalidade aprofundar as implicações interdisciplinares da segunda para a terceira etapa, isto é, Direito e Economia. Gary Becker (1968, p. 169-172) sustenta que o delito ocorre em função da reação racional do delinquente a incentivos, ponderados através de uma análise dos riscos *penais* e possíveis ganhos de *utilidade* entre praticar ou não o crime – a identificação do *homo criminalis* como *homo economicus*.

Nesse contexto, há uma literatura em franco desenvolvimento no país sobre Análise Econômica do Direito, que quando dedicada às normas penais, muito se aproximaria do que os economistas já definem há mais tempo²⁴ como Economia do Crime, não obstante à existência de diferentes correntes.

Pery Shikida e Gilberto Schaefer (2000, p. 199, grifos do autor) apontam as três principais linhas de abordagem do crime nas Ciências Econômicas, que se distinguem justamente quanto ao levantamento de hipóteses que podem promover o incremento da criminalidade em dado contexto social.

uma primeira corrente, conhecida como de origem marxista, enfatiza que o aumento da criminalidade, sobretudo aquela vinculada à ocorrência de crimes lucrativos, está relacionado às características do processo capitalista, sendo fruto das alterações do comportamento empresarial num contexto cada vez mais concorrencial; *uma segunda corrente* sustenta que o aumento da criminalidade está associado a problemas estruturais e conjunturais (altos índices de desemprego e concentração de renda, baixo nível de escolaridade e renda, descaso nas atividades de policiamento e justiça, etc); e *uma terceira corrente* reconhece que a prática de crimes lucrativos é uma atividade

²⁴ Em 1968, a preocupação de investigar o crime sob a ótica econômica já estava presente no trabalho do economista Gary Becker (1968, p. 170): “‘crime’ is an economically important activity or ‘industry’, notwithstanding the almost total neglect by economists”. Ainda para Becker: “this neglect probably resulted from an attitude that illegal activity is too immoral to merit any systematic scientific attention”. No mesmo sentido, o criminólogo australiano John Braithwaite (2004, p. 3) afirma que “el problema con la justicia penal es que ella alienta la cultura de la negación. El imperativo de prevención de afrontar un problema de abuso de drogas no se aborda porque tanto el crimen como el abuso de drogas que lo conduce son negados”.

ou setor da economia, como qualquer outra atividade econômica tradicional.

Entre as três, a última corrente é a que encontra raiz no pensamento utilitarista, conforme o qual o comportamento criminoso tem como base a escolha racional em delinquir.

A teoria econômica do crime começa a se desenvolver nessa direção a partir das propostas de Cesare Beccaria e Jeremy Bentham ainda no Século XVIII. Em 1788, por exemplo, Bentham (2012) já afirmava, em *Principles of Penal Law*, que o benefício obtido com o crime é a força que estimula o homem à delinquência; a dor da punição é a força empregada para desincentivá-lo do crime. Se a primeira dessas forças for superior, o crime será praticado; se a segunda for superior, o crime não será praticado (RODRIGUES, 2021, p. 93).

Gary Becker (1968) aperfeiçoa a ideia seminal de Bentham em *Crime and Punishment: an economic approach*, considerada uma das obras mais relevantes para a investigação microeconômica dos crimes e das penas. Nela, tem-se o delito como resultado da maximização racional dos agentes envolvidos: Estado, delinquente e vítima.

O interessante é perceber que a compreensão do crime como tomada de decisão racional não produz um divórcio²⁵ com o conceito analítico do Direito Penal. Afinal, a principiologia da teoria jurídica do delito encontra lugar justamente no pensamento utilitarista de Beccaria (1973), que considerava a responsabilidade como decorrente de uma intenção livre e consciente de violar bens jurídicos dignos de proteção penal, de modo que a intervenção penal eficiente é aquela que previna a ofensa pela ameaça crível de uma pena proporcional e suficiente o bastante

²⁵ Jorge de Figueiredo Dias (2007, p. 26) advertiu para os efeitos negativos do divórcio de outrora entre os saberes jurídicos e criminológicos, notadamente no contexto de surgimento do Estado social, em que os alicerces individualistas da ordem jurídica liberal foram relativizados para os propósitos coletivos e de bem-estar social. Nessa conjuntura, atesta tal “divórcio da ciência social da ciência jurídica, à custa desta última”.

para refreá-la.²⁶

Perché una pena ottenga il suo effetto basta che il male della pena ecceda il bene che nasce dal delitto, e in questo eccesso di male dev'essere calcolata l'infalibilità della pena e la perdita del bene che il delitto produrrebbe. Tutto il di più è dunque superfluo e perciò tirannico. (BECCARIA, 1973, 66-67).

A teoria econômica do crime de Gary Becker envolveria o estudo das normas penais, sobretudo de seus preceitos secundários (as sanções), como mecanismo de desincentivo do delito, sem deixar de lado a investigação sobre a eficiência da persecução penal. De um lado, as normas penais e de execução da pena; doutro lado, as normas processuais penais e a gestão da segurança pública.

Esse ainda não é o escopo completo, afinal também não se despreza, conforme as demais correntes citadas, as implicações sociais, a exemplo dos inibidores morais identificados no artigo produzido por Pery Francisco Assis Shikida e Salete Polonia Borilli (2006, p. 17): “não apenas os condicionantes tradicionais (restrições impostas pelo Estado) afetam a ação dos criminosos, como há indícios de que as travas morais (religião, família constituída, etc.) também influenciem no grau de violência”.

A Economia do Crime não teria, portanto, apenas como objeto de investigação a intervenção penal estatal (*penal enforcement*). No que diz respeito às travas morais citadas por Shikida e Borilli (2006), há fortes achegas com as normas sociais não jurídicas em contraste com o relativismo cultural. Para Sánchez (2011, p. 75), “é inegável que (...) as normas da moral social – como normas que são – desempenham uma função de

²⁶ “Theories of criminal behavior based more or less on the assumption of rational choice were proposed by Beccaria and Bentham. Bentham wrote that ‘the profit of the crime is the force which urges man to delinquency: the pain of the punishment is the force employed to restrain him from it. If the first of these forces be the greater, the crime will be committed; if the second, the crime will not be committed.’ From the beginning of this century interest in their point of view dwindled as a plethora of other theories were developed”. (EIDE, 1999, p. 346).

orientação, ao permitir predizer em certa medida a conduta dos demais”. O relativismo que recaia sobre essas normas pressiona as normas jurídicas como o remanescente recurso inibitório, o que intensifica a violência social e oficial.

É possível afirmar, portanto, que a Economia do Crime se debruça sobre objetos jurídicos e criminológicos,²⁷ isto é, o estado da arte consultado e seus antecedentes teóricos investigam as normas jurídicas e morais/sociais²⁸ na complexa tomada de decisão de delinquir.

Essas considerações permitem segmentar a Economia do Crime em três campos de pesquisa:

Quadro 1 – Campos de pesquisa da Economia do Crime

<i>Objetos de Investigação da Economia do Crime</i>
(i) análise econômica das <i>normas penais, processuais penais e de execução penal</i> .
(ii) análise econômica da <i>gestão de segurança pública</i> .
(iii) análise econômica dos <i>inibidores morais e sociais do crime</i> . ²⁹

Fonte: próprio autor.

O modelo de Becker, $O = O(P, f, u)$ – quantidade de crimes (O) em função de probabilidade de condenação (P), efeito

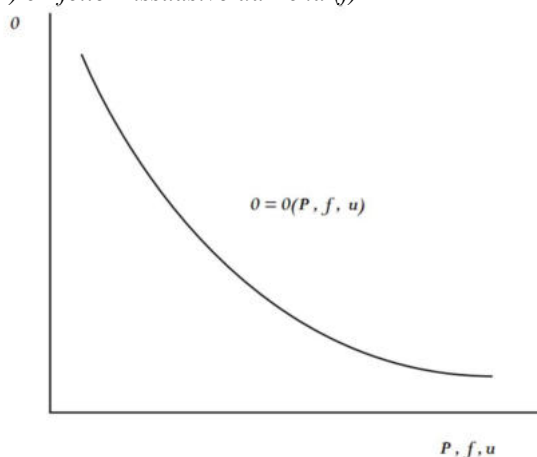
²⁷ “Substantial elements of sociological theories of crime can be combined fruitfully with the traditional economic models. This is especially true for the effects of day to day interactions on the decision to commit a crime. While a start has been made in the analysis of such effects, there seems to be ample room for additional formal research in this field, taking into account information effects other than on the probability of apprehension and other interaction effects. The enforcement of informal social norms in social networks is one case in point”. (PANTHER, 1995, p. 13).

²⁸ “As normas, por sua vez, não são necessariamente promulgadas. Se o são, não é pelo Estado, pois nesse caso seriam leis. Muitas vezes uma norma resultará do surgimento gradual de um consenso (e se cristalizará a partir disso). As normas são aplicadas mediante a interiorização de valores, a recusa a interagir com o agressor, a desaprovação dos atos deste e, às vezes, a violência privada”. (POSNER, 2011b, p. 374).

²⁹ Em abordagem mais abrangente, Richard Posner (2011b, p. 8) traça objetos semelhantes: “a análise econômica do direito possui tantos aspectos positivos (isto é, descritivos) quanto aspectos normativos. Seu objetivo é tentar explicar e prever o comportamento dos grupos que participam do sistema jurídico, além de explicar a estrutura doutrinal, procedimental e institucional do sistema. Mas também busca aperfeiçoar o direito, ao assinalar as consequências involuntárias ou indesejáveis das leis vigentes ou dos projetos de lei e propor reformas práticas”.

dissuasivo da pena (f) e variáveis exógenas (u) –, situa-se notadamente nos campos (i) e (ii), formulando uma teoria econômica das penas e do *public enforcement*. Isso, porque as tidas variáveis exógenas, embora possam conter os inibidores morais, estão à margem do recorte metodológico empreendido pelo autor, afinal, como definido por ele mesmo, são exógenas (RODRIGUES, 2021, p. 99-100).

Gráfico 1 – Curva da Quantidade de Crimes (O) vs. Probabilidade de Condenação (P) e Efeito Dissuasivo da Pena (f)



Fonte: RODRIGUES, 2021, p. 100.

O citado trabalho de Shikida e Borilli (2006) parte da modelagem de Becker, no entanto, em pesquisa empírica, conclui pela relevância dos inibidores morais sobre o crime, o que situa o referido trabalho no campo (iii). O mesmo ocorre com a pesquisa de Stephan M. Panther (1995), que perpassa fatores morais e sociais, a exemplo de anomia, distribuição de renda e desocupação.

A respeito do campo (ii) tido isoladamente – *análise econômica da gestão da segurança pública* –, não faltam estudos sobre incremento de investimentos nos órgãos de persecução

penal, agilidade judiciária, inteligência policial, ostensividade policial, vigilância e, até mesmo, zeladoria urbana e iluminação pública. Nesse segmento, cumpre citar o trabalho de Rodrigues e Yeung (2021, p. 161-166), que promoveu uma diferenciação análoga entre *análise econômica da administração da justiça* e *análise econômica do direito*: “distintos objetos podem ser considerados parte da AED, uns mais detidos à zona de interdisciplinaridade entre Direito e Economia e outros dirigidos a diagnosticar e avaliar a gestão do Poder Judiciário”.

O Poder Judiciário, o Ministério Público e as forças policiais são, antes de tudo, organizações do setor público, que demandam boa-gestão organizacional para o êxito da persecução penal, devendo visar à eficiência alocativa de recursos públicos para entrega da segurança pública. No entanto, segundo Rodrigues e Yeung (2021, p. 165), a literatura estrangeira do movimento *Law and Economics* originariamente delimitou a “análise econômica em duas dimensões consequencialistas: teorias da decisão e da regulação. O Direito, aqui, possui significado muito mais próximo de sua concepção dogmática, isto é, norma jurídica”. São apenas objeto de pesquisa a “estrutura de incentivos presente em contratos, atos normativos e, sobretudo, em decisões judiciais ou administrativas” (RODRIGUES e YEUNG, 2021, p. 166).

A definição mais clara do objeto a ser analisado sob a perspectiva econômica é, portanto, indispensável para a compreensão metodológica da *Análise Econômica do Direito Penal*, que pode ser considerada no sentido *lato* como sinônimo de Economia do Crime, mas, se visto numa perspectiva estrita,³⁰ fica

³⁰ “Esse viés tradicional da análise econômica do ordenamento jurídico e das decisões judiciais e administrativas pode ser identificado como outro sub-ramo da AED, uma AED em sentido estrito. É importante observar que há campos de interseção entre os sub-ramos, afinal analisar o impacto macrorregulatório produzido pelo Judiciário, na construção imprecisa de seus precedentes, envolve aprofundar a pesquisa tanto em jurimetria quanto na teoria da decisão. Eis um exemplo que justifica preservar homogeneidade a designação de ambos os sub-ramos como AED. (...). Ao juseconomista cabe delimitar com precisão seu objeto de pesquisa e o respectivo referencial

limitada à interpretação juseconômica de tipos penais, penas em dimensão e distintas espécies, seus regimes de execução e as normas processuais penais, nada muito além disso.

4. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO PENAL INTERPRETATIVA

A atenção às palavras que compõem o título desta seção é um bom ponto de partida para o objetivo pretendido de discutir o alcance semântico e metodológico da Análise Econômica do Direito Penal.

Assim, cumpre dividir o título em (i) *análise econômica* e (ii) *Direito Penal*, sem prejuízo da preposição “do” que conecta as duas partes.

A começar com a primeira parte do título, Richard Posner (2011b, p. 9) resume que “a maioria das análises econômicas [do que quer que seja] consiste em delinear as consequências do pressuposto de que as pessoas são racionais em suas interações sociais”, e, no caso das atividades concernentes ao direito, “esses indivíduos podem ser criminosos, promotores públicos, uma das partes envolvidas em um caso de acidente, contribuintes, fiscais do tesouro ou trabalhadores em greve”.

A análise econômica tradicionalmente se divide nas abordagens positiva (descritiva) e normativa (prescritiva), cuja principal diferença entre elas está no objetivo buscado pelo pesquisador. A primeira se propõe a descrever como as normas jurídicas interferem na tomada de decisão de seus destinatários e a segunda busca desenhar um arranjo normativo e institucional mais eficiente.

Uma terceira abordagem também é possível, conforme defende Omar Augusto Leite Melo (2023). Adotando por

metodológico, evitando incompreensões do fenômeno interdisciplinar sob estigmas de eficientismo e infundadas vinculações do método a vieses ideológicos”. (RODRIGUES e YEUNG, 2021, p. 167-168).

analogia a tridimensionalidade do Direito de Miguel Reale, o autor defende que a AED positiva cuida do *fato*, a normativa do *valor* e, como nova dimensão, a AED interpretativa lança luz sobre a *norma* (MELO, 2023).

Um exemplo inusitado de teoria econômica aplicada ao Direito está presente no livro *Análise Econômica da Expansão do Direito Penal* (RODRIGUES, 2021, p. 119-127), nomeadamente a aplicação das premissas microeconômicas da escolha racional ao mercado de drogas ilícitas brasileiro, considerando a legislação em vigor (Lei Federal n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006).

No estudo, concluiu-se que a política de repressão ao narcotraficante associada a uma tolerância com o usuário produz profundas externalidades negativas, destacando-se: (i) “a restrição da oferta [de drogas] e o aumento de preços [redução de fornecedores] não implicam em redução de consumo, o que a economia chama de *demand inelástica*, insuscetível à oscilação da oferta” (RODRIGUES, 2021, p. 123); e (ii) “usuários necessitam de mais recursos para satisfazer o vício, os quais geralmente são provenientes de roubos ou furtos” (RODRIGUES, 2021, p. 125).

É perceptível que o controverso tema das drogas no campo político, ao ser posto sob a lupa da teoria econômica *interpretativa*, revela a ineficiência das normas jurídicas destinadas à sua repressão. O objeto jurídico da proibição é a salvaguarda de saúde e paz públicas, no entanto o resultado é o exato oposto.³¹

Assim, Posner (2011b, p. 10-11) aponta duas vantagens da abordagem econômica sobre temas polêmicos nos campos

³¹ “Os rendimentos auferidos em sistemas de poucos fornecedores ou de apenas um (oligopólio e monopólio, respectivamente) serão muito superiores ao *status quo*. Assim, o narcotraficante se transforma em uma ameaça muito perigosa ao sistema social, aumentando sua influência, por intermédio da corrupção de agentes estatais, bem como seu poder de reação com a possibilidade de recrutamento de novos membros para a organização”. (RODRIGUES, 2021, p. 122).

político e ideológico. Segundo ele, a análise econômica “oferece um ponto de vista imparcial sobre temas jurídicos politicamente controversos” e “frequentemente desfaz antinomias que podem suscitar disputas” (POSNER, 2011b, p. 11).

As decisões humanas, em sua universalidade, são tomadas a partir de cálculos de utilidade e risco e, assim, abre-se espaço para compreender que a análise econômica, desde Jeremy Bentham (2012), não está limitada apenas aos mercados explícitos, mas também ao comportamento não mercadológico ou – noutros termos – aos mercados implícitos como o é, na maioria das vezes, o Direito e, mais especificamente, o Direito Penal (POSNER, 2011b, p. 37-38).

No que diz respeito à segunda parte do título desta seção, *Direito Penal*, este trabalho já desenvolveu o conceito, afirmando, sob a perspectiva funcionalista, tratar-se de uma tecnologia cultural, composta por um conjunto de normas jurídicas, encarregada de desempenhar duas funções em permanente equilíbrio: proteger bens jurídicos dignos de intervenção penal e limitar o poder de punir do Estado.

Vale destacar que a intenção é explicitar uma *análise econômica* exclusivamente das normas penais, isto é, uma abordagem da já mencionada *linguagem normativa, orientada em função dos objetivos constitucionais que legitimam o poder de punir*. Essa seria a restrita teoria econômica *interpretativa*³² do Direito Penal, não envolvendo necessariamente orçamento de segurança pública, número de viaturas, instalação de câmeras de vigilância, impacto do desemprego na criminalidade etc.

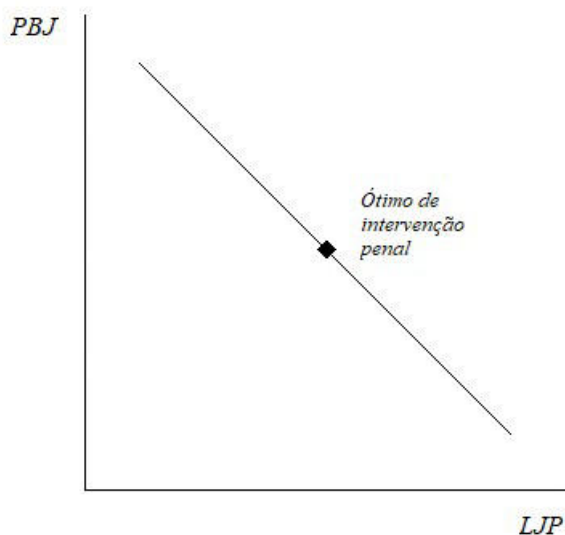
Trata-se de uma avaliação do custo-benefício de

³² O conceito de Análise Econômica do Direito Interpretativa chegou ao Brasil pela obra de Omar Augusto Leite Melo (2023, p. 106-107), que o define como: “a interpretação jurídica consiste num procedimento realizado para identificar o sentido e o alcance de uma norma. Na AED Interpretativa, esse procedimento consiste na utilização dos ferramentais e das teorias da Economia no intuito de extrair os incentivos desejados e as consequências prováveis da norma que levarão, assim, à identificação do sentido e do alcance da norma”.

transgredir tais paradigmas jurídico-penais frente às consequências dissuasórias eventualmente impostas – etapa (iii) do processo de cooperação da “ciência conjunta do direito penal” (DIAS, 2007, p. 25) –, promovendo, para tanto, uma análise econômica das normas penais, processuais penais e de execução penal – objeto de investigação (i) da Economia do Crime –, sob os postulados constitucionais aos quais serve o Direito Penal.

Dessa forma, o ponto de vista imparcial da análise econômica interpretativa (POSNER, 2011b, p. 11) revela, em linguagem gráfica de função afim decrescente, o paradoxo penal apresentado alhures, entre a *proteção de bens jurídicos (PBJ)* e a *limitação do jus puniendi (LJP)*, identificando um ponto ótimo de intervenção sob o paradigma liberal-funcional:

Gráfico 2 – Ótimo de intervenção penal



Fonte: próprio autor.

O *ótimo de intervenção penal* decorre da ideia de

equilíbrio, isto é, o padrão inaugural que se mantém até a interferência de fatores externos à relação (RODRIGUES, 2021, p. 237), a exemplo de subnotificação de ilícitos (CRUZ, AZEVEDO e GONÇALVES, 2011, p. 17), seletividade penal (MONTEIRO e CARDOSO, 20213, p. 102), desvios de agentes de persecução penal (RIBEIRO e GICO JR., 2011, p. 81), percepção de impunidade (NERY e NADANOVSKY, 2020, p. 2), institucionalização de insegurança (RODRIGUES, 2021, p. 169), demagogia punitiva ” (RODRIGUES, 2021, p.168), relativismo moral (MARINA, 2000, p. 48) etc.³³ Sem dúvida as normas constitucionais que declaram direitos e liberdades fundamentais dão o tom dessa interação, sendo possível encontrar tal *equilíbrio* por meio de uma hermenêutica constitucional preservada de alguns dos fatores exógenos acima listados – *a estabilidade da interpretação dos dispositivos constitucionais e de todo sistema jurídico é indispensável para manutenção da intervenção em equilíbrio* (NORTH, 1991, p. 97-112).

O ponto de equilíbrio é tido como ótimo porquanto se trata de situação *Pareto eficiente* – ou em *eficiência alocativa* (COOTER e ULEN, 2010, p. 38). Não é possível alterá-lo sem sacrificar, ainda que parcialmente, a proteção de bens jurídicos de um lado ou, doutro lado, a limitação do poder de punir. A partir do que afirma Ivo Gico Jr. (2020, p. 12), é possível identificar um *trade off* entre mais segurança e mais controle do abuso estatal, afinal a “ideia de eficiência alocativa nos leva diretamente ao fato de que os recursos sociais são escassos e que, muitas vezes, para se obter algo temos de abrir mão de alguma outra coisa”.

Não obstante, uma análise econômica mais sofisticada

³³ “A premissa na qual se baseiam os economistas é a de que as interações, alheias a interferências externas, costumam tender ao equilíbrio, independentemente se inseridas no mercado lícito, ilícito, em eleições, jogos ou até mesmo em casamentos. Por analogia, cite-se as Condições Normais de Temperatura e Pressão (CNTP) da Física, nas quais são desenvolvidas suas teorias e empreendidas seus cálculos. Na Economia, CNTP podem ser entendidas como mercado, *lato sensu*”. (RODRIGUES, 2021, p.78)

desse mesmo *trade off* poderia levar em conta o item (iii) dos campos de pesquisa da Economia do Crime (*vide* Quadro 1), isto é, variáveis exógenas morais e sociais, o que requer também um conceito de equilíbrio mais complexo. Na perspectiva do ótimo de Nicholas Kaldor e John Hicks, certo sacrifício na proteção de bens jurídicos poderia ser compensado com políticas sociais efetivas na criação de maiores custos de oportunidade na decisão de delinquir, demandando uma avaliação de *eficiência dinâmica* (COOTER e ULEN, 2010, p. 64-65).

A título comparativo, confira o quadro abaixo a respeito do ponto ótimo de intervenção penal sob as perspectivas Pareto eficiente e Kaldor-Hicks eficiente:

Quadro 2 – Ótimo de intervenção penal Pareto eficiente e Kaldor-Hicks eficiente

<i>Eficiência penal alocativa</i> (Pareto eficiente)	<i>Eficiência penal dinâmica</i> (Kaldor-Hicks eficiente)
Distribuição ótima de segurança pública (PBJ) e controle do abuso estatal (LJP), “levando-se em consideração as preferências da sociedade” (GICO JR., 2020, p. 12) e os objetivos constitucionais pertinentes. ³⁴	Distribuição ótima de inibidores extrapenais de delitos que compensem a redução do <i>enforcement</i> de segurança pública (PBJ) em prol de um maior controle do poder de punir estatal (LJP), a exemplo de eventual regulação de um comércio lícito de drogas assistido por ações educativas e de saúde pública. ³⁵
A avaliação da eficiência alocativa é <i>retrospectiva</i> (descritiva), isto é, a eficiência do momento presente leva em consideração a experimentação que a antecede.	A avaliação da eficiência dinâmica é <i>prospectiva</i> (normativa), pois projeta medidas compensatórias cujos resultados só podem ser verificados no futuro. ³⁶

³⁴ “A maximização do bem-estar social comandada pela Constituição Federal requer, simultaneamente, que (i) sejamos eficientes do ponto de vista produtivo e (ii) estejamos produzindo os bens e serviços que a população mais valoriza”. (GICO JR, 2020, p. 14).

³⁵ “Alguns países, a exemplo da Inglaterra, optaram por uma política em que aos usuários identificados como *dependentes* é permitida a venda de uma quantidade controlada do narcótico, sob prescrição médico-farmacêutica e a preços razoáveis, a fim de evitar a prática de ilícitos penais. Dessa forma, a medida enfraquece o mercado ilícito de drogas, outrora sustentado por esses mesmos *dependentes*, que se fidelizavam pelo vício. Políticas desse jaez, associadas ao combate policial aos traficantes, obterão melhores resultados”. (RODRIGUES, 2021, p. 125-126).

³⁶ “O investimento que uma sociedade realiza em educação ou pesquisa e

Fonte: próprio autor.

Os critérios de eficiência – notadamente o ótimo Kaldor-Hicks (SÁNCHEZ, 2004, p. 6) –, se levados em conta, qualificam a compreensão da subsidiariedade (*ultima ratio*) e da proporcionalidade, retirando-as da dimensão meramente retórica para a condição de *standarts* cientificamente verificáveis (DIAS e ANDRADE, 2013, p. 408).

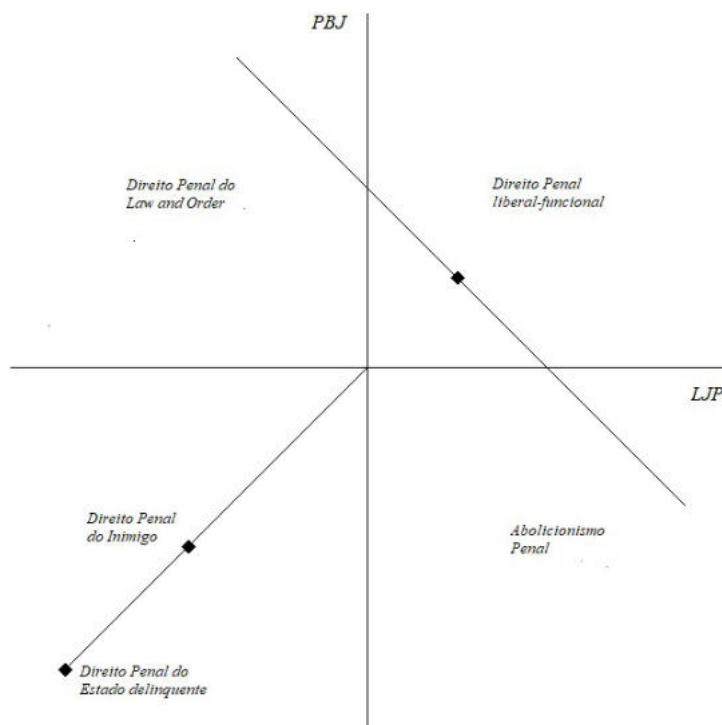
Ainda sobre o *trade off* PBJ vs. LJP, cumpre reconhecer que este só ocorre em um sistema jurídico cuja Constituição adote a premissa de intervenção mínima, ainda que necessária, isto é, um Direito Penal liberal-funcional – na linha do funcionalismo-teleológico antes apresentado. Outros modelos de intervenção penal, até mesmo o *abolicionismo*, fogem de tal quadrante, encontrando-se para além da moldura constitucional de tutela de liberdades fundamentais do indivíduo.³⁷

Nesse sentido, as correntes criminológicas ou até mesmo um exemplo de *Estado delinquente* podem ser representados e contrastados na extensão gráfica abaixo.

Gráfico 3 – Correntes criminológicas em função da PBJ e da LJP

desenvolvimento são investimentos em eficiência dinâmica, pois apesar de aumentarem os custos no curto prazo, podem trazer maior eficiência produtiva e alocativa no longo prazo. No entanto, o investimento em eficiência dinâmica também constitui um risco, pois nada garante que o investimento realizado vai se reverter em maior produtividade e melhores produtos e serviços. Por isso, se uma sociedade deseja se desenvolver, ela deve estar disposta a assumir riscos e a fracassar”. (GICO JR., 2020, p. 16).

³⁷ “Hoje deve dizer-se que esse princípio [princípio do Estado de Direito] não exige apenas a garantia da defesa de direitos e liberdades contra o Estado: exige também a defesa dos mesmos contra quaisquer poderes sociais de facto. Assim, poderá afirmar-se que o Estado de Direito se demite da sua função quando se abstém de recorrer aos meios preventivos e repressivos que se mostrem indispensáveis à tutela da segurança, dos direitos e liberdades dos cidadãos”. (DIAS e ANDRADE, 2013, p. 439-440).



Fonte: próprio autor.

Enquanto o Direito Penal liberal-funcional se encontra no quadrante positivo de ambos os eixos (1º Quadrante), o Direito Penal do *Law and Order* – identificado com a política criminal de *tolerância zero*³⁸ – está situado no quadrante positivo para a proteção de bens jurídicos (*PBJ*) e negativo na limitação do *jus puniendi* (*LJP*) estatal (2º Quadrante). É evidente sua tendência punitivista, ainda que orientada à proteção de bens jurídicos, tal como ocorre no discurso criminal da Lei Federal n.º

³⁸ “A política de ‘tolerância zero’ tem suas raízes na ‘teoria das janelas quebradas’, de Wilson e Kelling, a qual argumenta que tolerância e desordem são a semente para a ocorrência de crimes mais sérios, assim como uma janela quebrada dá a impressão de abandono e indiferença e leva à quebra de outras. A ‘teoria das janelas quebradas’ diz, também, que o policiamento de pequenas infrações e atos de desordem diminuiria a ocorrência de crimes mais sérios”. (WENDEL e CURTIS, 2002, p. 276).

11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha).³⁹

O quadrante negativo tanto para ambos os eixos (3º Quadrante) é próprio do fenômeno *Direito Penal do Inimigo*,⁴⁰ no qual a função da proteção de bens jurídicos é, *a priori*, descartada como legitimadora da violência oficial, bem como se suspendem “emergencialmente” os limites ao poder de punir, a exemplo da recorrente violação da intimidade com o uso de meios ocultos de produção de prova⁴¹ – interceptação telefônica e de dados, quebra de sigilos fiscal e bancário.

Aqui, a burocracia penal é um fim em si mesma, o que pode descambar para um *Direito Penal de Estado delinquente*,⁴² cuja palavra “direito” é empregada de maneira inapropriada. Tem-se claramente a relação de agente-principal demonstrada na teoria da agência (SANTOS e RODRIGUES, 2017, p. 63). A burocracia penal é o agente que desvia do interesse do principal, a sociedade. A violência pública passa a servir às autoridades de ocasião, magistrados, membros do ministério público, políticos e autoridades policiais, como mecanismo de repressão aos reclames sociais e garantidor de violações à coisa pública material (Erário) e imaterial (instituições republicanas), tudo sob a

³⁹ “A respeito dessa Lei em especial, é inegável o êxito das medidas protetivas de urgência de índole administrativa, porquanto antecipam a escalada da violência ao cessar a normalização da violência no ambiente doméstico. No entanto, cabe reconhecer também que essa solução está plasmada num ideário de *Law and Order*”. (RODRIGUES, 2021, p. 176).

⁴⁰ O Direito Penal do Inimigo, segundo Jakobs e Meliá (2003, p. 79-81), possui três características: (i) antecipação da tutela penal por meio de tipos de perigo abstrato e criminalização de atos preparatórios; (ii) imposição de penas desproporcionais; e (iii) relativização ou supressão de garantias processuais.

⁴¹ “Os chamados métodos ocultos de investigação – categoria a que pertencem meios de obtenção de prova como: intromissões nas telecomunicações na diversidade de formas e manifestações, agentes encobertos e ‘homens de confiança’, observação oculta, videovigilância, ‘buscas on-line’, gravação de imagem ou de palavra com câmeras ou microfones ocultos (‘gravações ambiente’), IMSI-Catcher (IMEI), GPS etc”. (ANDRADE, 2009, p. 104-105).

⁴² Ver mais no livro de Leonardo Coutinho (2018), *Hugo Chávez, o espectro: como o presidente venezuelano alimentou o narcotráfico, financiou o terrorismo e promoveu a desordem global*.

retórica sofista de um direito de emergência, na falsa defesa de instituições, ordem democrática e paz social.⁴³ A tutela de bens jurídicos tende assim a acentuar-se negativamente na medida em que o Estado se torna o principal violador de liberdades individuais.

O último quadrante, negativo quanto à proteção de bens jurídicos e positivo para os limites ao poder de punir (4º Quadrante), é uma espécie de utopia, normalmente concebida numa perspectiva pós-capitalista de superação da economia de mercado por uma sociedade em que a ausência de “contradições” próprias do modelo capitalista permitiria uma convivência austera e pacífica, tornando a violência oficial ultrapassada e desnecessária. Os defensores dessa visão crítica e marxista do sistema penal costumam se identificar como *abolicionistas penais*.⁴⁴ Para eles, não há necessidade de proteger bens jurídicos porque a extinção da sociedade capitalista dará lugar a um novo estado de natureza, harmônico e coletivista.

Libertos da escravidão capitalista, dos horrores, das selvagerias, dos absurdos, das ignomínias sem nome da exploração capitalista, os homens habituar-se-ão gradualmente a respeitar as regras elementares da vida em sociedade conhecidas há séculos, reincorporadas durante milénios em todas as prescrições morais, a respeitá-las sem violência, sem coacção, sem submissão, sem este aparelho especial de coerção que se chama:

⁴³ Sobre o dilema entre discurso de ódio e liberdade de expressão, Gustavo Maultasch (2022, p. 88-89) afirma: “o que se vê na tentativa de combater ‘fake news’, ‘discurso de ódio’, ‘ataques’ às instituições, discurso ‘negacionista’ é uma série de novos pretextos para a nova libido censória; o que se busca fazer, nesses casos é autorizar a intromissão do estado no conteúdo do discurso, para que ele possa adjudicar o que pode e o que não pode ser dito. Por ferir a neutralidade de ponto de vista, devemos elevar a grau máximo a nossa desconfiança e a nossa preocupação com os riscos da tirania trazidos por esses esforços regulatórios”.

⁴⁴ Luigi Ferrajoli (2002, p. 200) considera “abolicionistas somente aquelas doutrinas axiológicas que acusam o direito penal de ilegítimo, ou porque moralmente não admitem nenhum tipo de objetivo como capaz de justificar as aflições que o mesmo impõe, ou porque consideram vantajosa a abolição da forma jurídico-penal da sanção punitiva e a sua substituição por meios pedagógicos ou instrumentos de controle de tipo informal e imediatamente social”.

Estado. (LENINE, 1977, p. 101-102)

O pormenor dessa corrente é justamente a transição do hoje para seu universo idealizado, qual seja: caberá ao Estado social conduzir a transição, valendo-se da violência oficial para erradicar a parcela da população (burguesia) que não aderir à coletivização do capital.⁴⁵ Em síntese, a antítese à tese capitalista é um Estado opressor típico do 3º Quadrante, cujo propósito é conduzir – à força – a sociedade para o 4º Quadrante. Aqueles leitores mais crentes em distopias do que em utopias devem ter percebido que tal Estado social de transição tende muito mais a permanecer no 3º Quadrante como *Estado delinquente* do que qualquer outra coisa.

Consequentemente, segue-se uma paradoxal exaltação do direito penal, realizada sob a égide de uma explícita redução do direito à moral [marxista], com acentos integralistas dificilmente encontráveis em outras doutrinas, ainda que da mais rica tradição do moralismo jurídico e do direito penal máximo. (FERRAJOLI, 2002, p. 202).

A Análise Econômica do Direito Penal está orientada, segundo Richard Posner (2010a, p. 290), pela lógica utilitária de reprimir o menor delito ou sua tentativa eficazmente a fim de evitar a necessidade de reagir apenas nos graves delitos ou naqueles já consumados. Essa repressão com caráter preventivo deve partir de cominações penais mais brandas se comparadas aos delitos mais graves e consumados, observando-se, portanto, a proporcionalidade. A proposta é buscar erradicar permanentemente a impunidade de crimes de menor ofensividade ou meramente tentados, o que produziria uma eficiente política criminal,

⁴⁵ “A ditadura do proletariado acarreta uma série de restrições à liberdade dos opressores, dos exploradores, dos capitalistas. A estes, é necessário dominá-los a fim de libertar a humanidade da escravidão assalariada; é necessário que sua resistência pela força; e é evidente que, onde há repressão há violência, não há liberdade, não há democracia. (...) Democracia para a imensa maioria do povo e repressão pela força, isto é, exclusão da democracia para os exploradores, os opressores do povo; tal é a modificação por que passa a democracia aquando da transição do capitalismo para o comunismo”. (LENINE, 1977, p. 101).

⁴⁶ garantindo a proteção de bens jurídicos sem prejuízo da limitação do *jus puniendi*.

Em retorno ao 1º Quadrante, essa discussão trazida por Posner é eminentemente funcional-teleológica, porquanto, segundo Sánchez (2004, p. 4), “a própria dogmática da teoria do delito, em parte, tende a ser criada a partir de perspectivas teleológicas, muito propícias a acolher as considerações de eficiência”.

O estudo do comportamento desviante, dos indicadores socioeconômicos e da gestão administrativa da segurança pública não perdem relevância para a Economia do Crime. No entanto joga-se luz sobre o que se quer dizer de fato com Direito Penal ao promover-se uma abordagem econômica, isto é, a análise de um conjunto de normas jurídicas produzidas e aplicadas em função de objetivos constitucionais, frequentemente influenciadas por vieses ideológicos e apelos irracionais de vingança e justificação social.

Os estudos de Economia do Crime não são capazes de promover uma análise econômica do Direito Penal se deixarem à margem os institutos jurídico-criminais, desde os dispositivos constitucionais até as formalidades legais dos atos de persecução penal. É dizer: não convém a uma pesquisa interdisciplinar entre Direito e Economia estabelecer uma relação de subordinação de uma ciência pela outra, seja por explícita rejeição dos saberes alienígenas seja por implícita negligência dos limites metodológicos estabelecidos por cada área.⁴⁷

⁴⁶ “Cientificamente, prevenir é o conhecimento antecipado da probabilidade de uma conduta criminoso, empregando-se as medidas adequadas para evitá-la. E prevenção, portanto, aqui, significa não somente o conhecimento antecipado de um provável dano ou prejuízo ilegal ou criminoso como também a preparação, o aparelhamento e a disposição de providências ou medidas necessárias para obtenção de uma certa finalidade que, na hipótese, seria a de evitar a criminalidade”. (ALVES, 1998, p. 305).

⁴⁷ Busca-se evitar o mesmo equívoco dos cursos de Direito que se fecham para as ciências correlatas, só que em direção contrária, conforme pontua Salo de Carvalho (2015, p. 56-57): “o modelo oficial das ciências criminais vislumbra os demais saberes como servís, permitindo apenas que forneçam subsídios para a disciplina mestra do

Considerada a análise econômica como teoria interdisciplinar, funcional e teleológica, é indispensável a clareza no objeto investigado e a apropriação, pelo pesquisador, dos conhecimentos científicos tanto da Economia do Crime quanto da dogmática jurídica⁴⁸ caso pretenda promover uma *análise econômica do Direito Penal interpretativa*.

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho promoveu uma extensa revisão bibliográfica da doutrina brasileira e estrangeira de Direito Penal para identificar, como elemento comum em várias das obras consultadas, o esforço de equacionar a proteção de bens jurídicos dignos de intervenção penal (fragmentariedade) e o limite ao poder de punir estatal (intervenção mínima).

No ocidente, tais funções do Direito Penal constituem o paradoxo utilitarista-liberal do sistema punitivo contemporâneo, que deve funcionar em prol da maximização de liberdades individuais, conforme declarado na carta constitucional respectiva.

Assim, definiu-se a liberdade como recurso escasso e valioso nessa transação entre sua proteção pelo Estado através do Direito Penal e eventual abuso de poder por parte do próprio ente público titular da violência oficial.

A análise econômica de tipos e sanções penais passa a levar em consideração a eficiência da política criminal na proteção de liberdades, sem sacrificá-las em demasia. Surge, portanto, um conceito de eficiência penal ou ótimo de intervenção penal.

direito penal. A arrogância do direito penal, aliada à subserviência das áreas de conhecimento que são submetidas e se submetem a este modelo, obtém como resultados o reforço do dogmatismo, o isolamento científico e o natural distanciamento dos reais problemas da vida”.

⁴⁸ “A condição mínima para que se possam realizar investigações interdisciplinares é dotar os sujeitos interlocutores de condições similares de fala, ou seja, abdicar da ideia de estar um saber a serviço do outro” (CARVALHO, 2015, p. 55).

Firmados tais pressupostos, afastar eventual norma disfuncional, sem função protetora de bem jurídico fragmentário ou com sanção ineficiente, não descredencia o sistema punitivo como um todo, muito pelo contrário garante a observância recorrente dos princípios racionais da subsidiariedade e da proporcionalidade – o Direito Penal como *ultima ratio* eficaz e legítima.

Como foi demonstrado, essa avaliação exige saberes interdisciplinares de fato, uma espécie de interação não servil das ciências jurídico-criminais com a Economia do Crime, produzindo o que se entende por Análise Econômica do Direito Penal Interpretativa.

Não é de hoje que essa cooperação é reconhecida como salutar, havendo vários registros de desencontros e distanciamentos por motivações outras que não a salvaguarda de uma sociedade livre e pacífica, tratando-se, pois, de retomar a desejada ciência conjunta do direito penal.

É a Análise Econômica do Direito Penal um exemplo claro dessa interseção de saberes não hierarquizados e orientados pelo mesmo propósito liberal-funcional, cujo processo de integração foi apresentado em três etapas: (i) a definição do bem socialmente útil e fundamental para dada cultura (*Criminologia*); (ii) sua qualificação como bem jurídico constitucional sujeito à proteção penal (*Direito*); e (iii) a avaliação do custo-benefício de transgredir tais paradigmas – social e jurídico – frente às consequências dissuasórias eventualmente impostas (*Economia*).

A pesquisa se concentrou especialmente nas duas últimas etapas, Direito e Economia, reconhecendo três possíveis campos de pesquisa da microeconomia cujos objetos se relacionam com o fenômeno criminal: (i) análise econômica das normas penais, processuais penais e de execução penal; (ii) análise econômica da gestão de segurança pública; e (iii) análise econômica dos inibidores morais e sociais do crime.

Dessa forma, foi possível definir com clareza o alcance metodológico de uma análise econômica da linguagem jurídico-normativa, destinada a investigar, com ponto de vista imparcial sobre temas penais controvertidos, os tipos, sanções, institutos de execução e normas processuais penais, ficando os demais objetos sob os cuidados de outras pesquisas em Criminologia e Economia do Crime.

A decisão de delinquir, se considerada a partir das normas penais e processuais penais vigentes, é também objeto de tal teoria econômica do Direito Penal. Afinal, desde as obras de Cesare Beccaria e Jeremy Bentham, percebe-se a lógica utilitarista de escolha racional nos chamados mercados implícitos, a exemplo do *trade off* entre riscos e benefícios assumidos pelo criminoso.

Esse ponto de vista imparcial consegue revelar facetas e resolver antinomias entre correntes criminológicas diversas que costumam influenciar os juristas na aplicação das normas penais. Neste trabalho, por exemplo, foi possível contrastar tais correntes por meio do gráfico de intervenção penal ótima – sob o paradigma liberal-funcional –, e apontar uma metodologia de aferição de eficiência dinâmica penal, conforme o ótimo Kaldor-Hicks.

Há uma evidente aproximação entre o funcionalismo-teológico e a premissa do *homo economicus*, uma vez que possuem a mesma raiz filosófica no utilitarismo liberal. A contribuição pretendida, portanto, foi promover o recorte metodológico entre Economia do Crime e Direito Penal que implica uma *Análise Econômica do Direito Penal Interpretativa*.



REFERÊNCIAS

- ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de; GICO JR., Ivo. Corrupção e judiciário: a (in)eficácia do sistema judicial no combate à corrupção. *Revista Direito GV*, v. 7, n. 1, p. 75–98, jan. 2011.
- ALVES, Roque de Brito. *Ciência criminal*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- AMERICAN ECONOMIC ASSOCIATION. *Journal of economic literature codes*. Disponível em: <https://www.aeaweb.org/econlit/jelCodes.php>. Acesso em: 25 jul 2023.
- ANDRADE, Manuel da Costa. Métodos ocultos de investigação. In: MONTE, Mário Ferreira *et al.* *Que futuro para o direito processual penal: simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- ANTUNES, Maria João. A problemática penal e o tribunal constitucional. In: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- ARAÚJO JÚNIOR, Ari Francisco de; SHIKIDA, Claudio Djissey. Microeconomia. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e economia no brasil*. São Paulo: Atlas, p. 34-74, 2011.
- BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Milão: Renato Fabietti, 1973.
- BECKER, Gary Stanley. Crime and punishment: an economic approach. *Journal of political economy: Essays in the economics of crime and punishment*, National Bureau of Economic Research, p. 169-217, 1968.
- BENTHAM, Jeremy. *Principles of penal law*. Adelaide: University of Adelaide Library, 2012.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

- BOURDIEU, Pierre. *Economia das trocas simbólicas*. São Paulo: Perspectiva, 2007.
- BRASIL. *Lei Federal n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2006]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 25 jul. 2023.
- BRASIL. *Lei Federal n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2006]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 25 jul 2023.
- CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. *Derecho penal: parte general*. 6 ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2004.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- COUTINHO, Leonardo. *Hugo Chávez, o espectro: como o*

- president venezuelano alimentou o narcotráfico, financiou o terrorismo e promoveu a desordem global. São Paulo: Vestígio, 2018.
- CRUZ, Suélen Henriques da; AZEVEDO, Mario Renato; GONÇALVES, Helen. Vitimização por violência urbana em uma cidade de médio porte do sul do Brasil. *Revista Brasileira de Epidemiologia*, v. 14, n. 1, p. 15–26, mar. 2011.
- DELMANTO, Celso *et. al.* *Código penal comentado*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- DIAS, Augusto Silva. *Delicta in se e delicta mere prohibita: uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal parte geral: questões fundamentais, a doutrina geral do crime*. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa Andrade. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- EIDE, Erling. Economics of crime behavior. In: BOUCKAERT, Boudewijn; GEEST, Gerrit de. *Encyclopedia of law & economics*, n.º 8100, p. 345-389, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- GICO JR., Ivo. Bem-estar social e o conceito de eficiência. *Revista Brasileira de Direito*, v. 16, n.º 2, 2020.
- HASSEMER, Winfried. Características e Crises do Moderno Direito Penal. Trad. de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista síntese de direito penal e processual penal*, n.º 18, p. 144-157, 2003.
- JAKOBS, Günther. *Derecho penal parte general: fundamentos y teoria de la imputación*. Madri: Marcial Pons, 1995.
- JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho penal del*

- inimigo*. Madri: Civitas, 2003.
- JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. 5 ed. Granada: Comares, 2002.
- LENINE, Vladimir Ilitch. *O Estado e a revolução: a doutrina do marxismo sobre o estado e as tarefas do proletariado na revolução*. Lisboa: Editorial Avante, 1977.
- LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. *Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*. Trad. de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguet & C., 1899.
- MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Trad. Rachel Sztajn. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- MARINA, José Antonio. *Crónicas de la ultramodernidad*. Barcelona: Anagrama, 2000.
- MAULTASCH, Gustavo. *Contra toda censura: pequeno tratado sobre a liberdade de expressão*. São Paulo: Avis Rara, 2022.
- MELO, Omar Augusto Leite. *Análise econômica dos direitos fundamentais: consequencialismo e custo dos direitos na jurisdição (econ)stitucional do STF*. São Paulo: Dialética, 2023.
- MONTEIRO, Felipe Mattos; CARDOSO, Gabriela Ribeiro. A seletividade do sistema prisional brasileiro e o perfil da população carcerária: Um debate oportuno. *Civitas - Revista de Ciências Sociais*, v. 13, n. 1, p. 93–117, jan. 2013.
- MOSCOVICI, Serge. *La representación social: un concepto perdido*. Lima: IEP - Instituto de Estudios Peruanos, 2002.
- NERY, Felipe Souza; NADANOVSKY, Paulo. Homicide

- impunity in Brazil between 2006 and 2016. *Revista de Saúde Pública*, v. 54, p. 144, 2020.
- NORTH, Douglass. Institutions. *Journal of economic perspectives*, v. 5, n.º 1, p. 97-112, 1991.
- PANTHER, Sthephan M. The economics of crime and criminal law: an antithesis to sociological theories? *European Journal of Law and Economics*, 2(4), pp. 365-378.
- POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2010.
- POSNER, Richard. *Fronteiras da teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- RODRIGUES, Fillipe Azevedo. *Análise econômica da expansão do direito penal*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2021.
- RODRIGUES, Fillipe Azevedo. *O Juiz professor: uma investigação psicossociológica sobre a magistratura potiguar*. São Paulo: Dialética, 2022.
- RODRIGUES, Fillipe Azevedo; RODRIGUES, Liliana Bastos Pereira Santo de. *Lavagem de dinheiro e crime organizado: diálogo entre Brasil e Portugal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.
- RODRIGUES, Fillipe Azevedo; YEUNG, Luciana. Análise econômica do direito ou do judiciário brasileiro? Possíveis enfoques e distintas abordagens metodológicas. SILVA, Ana Marília Dutra Ferreira da. *II Seminário de Direito e Economia do Nordeste*. Natal: OAB-RN, 2021.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal parte general: fundamentos, la estructura de la teoria del delito*. Madri: Civitas, 1997.
- ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova. Trad. de Jorge de Figueiredo Dias. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 23. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal: aspectos de política criminal nas sociedades pós-*

- industriais. 2 ed. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *Eficiência e direito penal*. Barueri: Manole, 2004.
- SANTOS, Natália Batista da Costa; RODRIGUES, Fillipe Azevedo. Os jogos da leniência: uma análise econômica da Lei Anticorrupção. *Revista Direito Público*, v. 14, n.º 78, 2017, p. 54-71, nov-dez, 2017.
- SCHAEFER, Gilberto José; SHIKIDA, Pery Francisco de Assis. Economia do crime: elementos teóricos e evidências empíricas. *Revista análise econômica*, ano 18, n.º 33, p. 195-217, Porto Alegre, 2000.
- SHIKIDA, Pery Francisco Assis; BORILLI, Salete Polonia. Economia do crime: estudo de casos nas penitenciárias paranaenses. *Revista Análise Econômica*, v. 24, n. 46, p. 4-32, 2006.
- STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal parte general I: el hecho punible*. Navarra: Civitas, 2000.
- WENDEL, Travis; CURTIS, Ric. Tolerância zero: a má interpretação dos resultados. *Horizontes Antropológicos*, v. 8, n. 18, p. 267–278, dez. 2002.

A ABERTURA AO COMÉRCIO INTERNACIONAL DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL: ENTRE O ACORDO SOBRE COMPRAS GOVERNAMENTAIS (GPA) E O ACORDO EU/MERCOSUL

Nuno Cunha Rodrigues¹

Resumo: O artigo analisa a evolução histórica e o enquadramento jurídico atual do Acordo sobre Compras Governamentais (ACG / GPA) no contexto da Organização Mundial do Comércio.

É ainda descrito o processo de adesão ao ACG e feita referência ao capítulo sobre compras públicas constante do acordo EU / Mercosul. Conclui-se que a entrada em vigor, a curto prazo, do acordo EU/Mercosul pode representar uma antecâmara para a possível adesão futura ao ACG /GPA de outros países membros do Mercosul e, possivelmente, de mais países da América Latina.

A ser assim, cumprir-se-á um desígnio não-escrito da União Europeia: assegurar o relançamento do multilateralismo do comércio internacional através da aprovação de uma vasta rede de acordos bilaterais de nova geração.

Palavras-Chave: Acordo sobre Compras Governamentais; Acordo EU/Mercosul; Compras públicas;

OPENING PUBLIC PROCUREMENT IN BRAZIL TO INTERNATIONAL TRADE: BETWEEN THE GOVERNMENT PROCUREMENT AGREEMENT (GPA) AND THE

¹ Professor Associado com agregação da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Cátedra Jean Monnet. As opiniões expressas no presente artigo vinculam o autor a título estritamente pessoal.

EU/MERCOSUR AGREEMENT

Abstract: The article analyzes the historical evolution and current legal framework of the Agreement. Government Procurement Agreement (ACG / GPA) in the context of the World Trade Organization (WTO).

The process of a State joining the GPA is also described. Furthermore, reference is made to the chapter on public procurement contained in the EU/Mercosur agreement. It is concluded that the possible entry into force, in the short term, of the EU/Mercosur agreement may represent an antechamber for the possible future adhesion to the ACG/GPA of other Mercosur member countries and, possibly, of more Latin American countries.

If so, an unwritten plan of the European Union will be fulfilled: to ensure the relaunch of multilateralism in international trade through the approval of a vast network of new generation bilateral agreements.

Keywords: Government Procurement Agreement; EU/Mercosur Agreement; Public Procurement;

Sumário: 1. O Acordo sobre Compras Governamentais (ACG) / Government Procurement Agreement (GPA); 1.1. Enquadramento Geral; 1.2. Âmbito de aplicação; 1.3. O processo de adesão ao ACG / GPA; 1.4. Os acordos bilaterais puros e os acordos bilaterais mistos sobre contratação pública; 2. A possível adesão do Brasil ao GPA / ACG; 3. A contratação pública no acordo EU / Mercosul; 4. Conclusões;

1. O ACORDO SOBRE COMPRAS GOVERNAMENTAIS (ACG) / GOVERNMENT PROCUREMENT AGREEMENT (GPA)

1.1. ENQUADRAMENTO GERAL²:

O primeiro Acordo sobre Compras Governamentais (ACG / GPA)³ foi celebrado em 1979, na sequência da ronda ou rodada de Tóquio tendo sido fortemente inspirado na regulamentação europeia existente à época.

Em 1986, o acordo foi revisto tendo esta versão cessado a vigência com a entrada em vigor do ACG / GPA, aprovado na sequência das negociações do Uruguay Round.⁴ Este segundo ACG foi formalmente assinado, em 15 de Abril de 1994, em Marrakech, juntamente com a acta final da Ronda do Uruguai e entrou em vigor, em 1 de Janeiro de 1996, sendo então outorgantes vinte e oito Estados.⁵

O ACG / GPA, assinado em 1994, resultou da conjugação de vários fatores, como o reconhecimento da utilização dos contratos públicos enquanto obstáculo não pautal, a ponderação de ganhos de eficiência que a liberalização destes mercados

² A primeira parte do presente artigo segue, em grande medida e com as necessárias adaptações e atualizações NUNO CUNHA RODRIGUES, *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*, Almedina, Coimbra, Reimpressão, 2015, pp. 95-192.

³ O Acordo é também designado, na União Europeia, por Acordo sobre Compras Públicas (ACP). Assim, cfr. a versão em Português do acordo, constante do Protocolo que altera o Acordo sobre Contratos Públicos, publicada no JOUE, L 68/2, de 7.3.2014, disponível em [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:22014A0307\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:22014A0307(01)&from=EN)

No entanto o acordo tem vindo a ser designado, no Brasil, por Acordo sobre Compras Governamentais (ACG), razão pela qual optou-se por esta última designação para efeitos do presente artigo.

⁴ O ACG de 1986 sucedeu ao anterior acordo de 1979, verificando se uma continuidade quanto aos direitos e as obrigações resultantes do anterior Acordo sobre Contratação Pública (cfr. artigo XXIV:3(c) do ACG 1994).

⁵ O ACG constitui um dos dois atuais instrumentos plurilaterais do acordo que constituiu a OMC – juntamente com o Acordo sobre Aeronaves Civis –, constando como anexo IV a este acordo. Sendo plurilateral, o acordo vincula apenas os Estados que expressamente aderiram ao ACG e não todos os Estados-membros da OMC, como ocorre nos acordos multilaterais.

No entanto, a adesão à OMC constitui um pressuposto necessário para a adesão ao ACG.

poderia produzir na despesa pública nacional e a gradual integração económica regional que a contratação pública tinha evidenciado em diferentes zonas do mundo.

Em 2012 foi aprovada uma nova versão do ACG, que entrou em vigor em 6 de abril de 2014⁶, e que coexistiu com o ACG de 1994 até janeiro de 2021. A partir desse mês o ACG, aprovado em 1994, deixou de estar em vigor, mantendo-se apenas vigente a versão de 2012.

O ACG parte dos princípios do tratamento nacional e da não discriminação – mitigados relativamente a países em desenvolvimento que recebem tratamento especial e diferenciado, em resultado da elevada procura estatal⁷ - e prevê regras comuns em matéria de especificações técnicas, publicação de anúncios, procedimentos de adjudicação dos contratos, critérios de adjudicação, direito à informação⁸ e meios de resolução de litígios⁹ tendo por finalidade assegurar a transparência e a aplicação equitativa e eficaz das disposições internacionais em matéria de contratos públicos. Nessa medida, tenta remediar a exclusão que os acordos do GATT e do GATS assumiram relativamente à

⁶ Sobre a reforma do ACG introduzida pela versão de 2012, v. ROBERT D. ANDERSON; STEVEN SCHOONER E COLLIN D. SWAN, *The WTO's Revised Government Procurement Agreement- An Important Milestone Toward Greater Market Access And Transparency In Global Public Procurement Markets*. *The Government Contractor*, v. 54, n. 1, 2012, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1984216>.

⁷ O artigo V, n.º 8 e seguintes permite ainda aos países em desenvolvimento solicitar assistência técnica apropriada à resolução de problemas no domínio dos contratos públicos. Essa assistência, que deve ser concedida de acordo com o princípio da não discriminação, deve estar relacionada com a resolução de determinados problemas técnicos na atribuição de um específico contrato ou com outro qualquer problema que as partes acordem.

⁸ Os Estados partes devem cumprir, junto do Comité de Contratação Pública – órgão incumbido do acompanhamento da efetividade do ACG – um conjunto de obrigações, designadamente em matéria de relatórios e estatísticas (v. artigos XXI e XXII do ACG).

⁹ O ACG prevê também mecanismos de desenvolvimento e de evolução das regras internacionais de contratação pública, da responsabilidade do Comité de Contratação Pública, através da realização de consultas entre os Estados partes e da criação de grupos de trabalho, sobre matérias como a contratação eletrónica e a transparência nos procedimentos de contratação.

contratação pública.

De harmonia com o princípio de tratamento nacional, cada Estado, enquanto parte, obriga-se a conceder, a produtos, serviços e operadores de outros Estados partes, o mesmo tratamento que é dado aos produtos, serviços e operadores nacionais.

O princípio de não discriminação obriga, por isso, os Estados a tratarem de forma igual os produtos¹⁰, serviços e operadores (cfr. artigo IV do ACG¹¹).

¹⁰ Discute-se se o artigo IV do ACG é aplicável apenas a produtos ou também aos processos de produção.

Como observa STEFAN GRILLER, *International Economic Law as a means to further Human Rights? Selective purchasing under the WTO Agreement on Government Procurement*, in *International Economic Governance and Non-economic concerns*, Springer, Nova Iorque, 2003, p. 274, o problema reside em saber se a entidade adjudicante pode proceder à diferenciação entre produtos a partir dos respectivos processos de produção, o que, aparentemente, estará excluído.

¹¹ No caso *United States – Measure Affecting Government Procurement*, foi estabelecido um painel a pedido da União Europeia e do Japão em que foram apreciados os princípios de tratamento nacional e de não discriminação, previstos no (atual) artigo IV do ACG.

Estava em causa uma lei aprovada, pelo Estado do Massachussets, em 1996 (*Act regulating state contracts with companies doing business with or in Burma*) que obstava a que entidades públicas desse Estado contratassem com empresas que realizassem negócios com a Birmânia (Myanmar).

Em rigor, a “Lei Massachussets” não afastava as empresas com negócios com a Birmânia dos contratos públicos, naquele Estado norte-americano. Porém, estabelecia uma majoração automática de 10% nos preços apresentados por aquelas empresas (com base nos critérios definidos por aquele Estado ou, alternativamente, numa “lista negra” aprovada pelo mesmo).

A União Europeia e o Japão contestaram a “Lei Massachussets” com base no seguinte conjunto de argumentos:

- a) *As empresas que constavam da “lista negra” não beneficiavam do princípio do tratamento nacional e do princípio da não-discriminação previsto no artigo III do ACG (atual artigo IV);*
- b) *A “Lei Massachussets” impunha critérios de qualificação para a participação em contratos públicos que não eram indispensáveis para assegurar a execução do contrato, violando assim o disposto no artigo VIII, alínea b) do ACG;*
- c) *Os critérios definidos na lei eram de natureza política e não económica, contrariamente ao constante no artigo X do ACG;*
- d) *Ao impor uma majoração automática de 10% nas propostas apresentadas pelas empresas que tivessem negócios com a Birmânia, a lei não era*

Estes princípios aplicam-se a fornecedores estabelecidos localmente, independentemente do grau de controlo ou participação estrangeira detida (cfr. artigo IV, n.º 2, alíneas a) e b) do ACG).

1.2. ÂMBITO DE APLICAÇÃO;

O ACG abrange, fundamentalmente, dois tipos de normas: as que enunciam os princípios pelos quais as partes se devem reger – *maxime* os princípios do tratamento nacional e da não discriminação estabelecidos no artigo IV do ACG - e as que descrevem os procedimentos que as entidades adjudicantes devem observar.

O objetivo é limitar a instrumentalização dos contratos públicos, por parte dos governos, no pressuposto de que o bem-

conforme com o critério da proposta economicamente mais vantajosa resultante do artigo XIII, n.º 4, alínea b) do ACG;

- e) *A “Lei Massachussets” compromete a realização do ACG dado que obsta ao acesso de empresas a um mercado público incluído no perímetro do ACG (dado que aquele Estado integrava o anexo II do apêndice I apresentado pelos EUA) o que implica uma redução ipso facto dos compromissos assumidos pelos EUA em relação aos respectivos entes públicos infra-estaduais;*

Ao recorrer ao órgão de resolução de litígios, a União Europeia quis não apenas contestar a “Lei-Massachussets” mas também manifestar um sinal contrário a legislação de natureza idêntica, em vias de ser aprovada pelos diferentes Estados norte-americanos que mimetizava a Lei Federal “Helms-Burton” que criou entraves significativos às empresas que desenvolvessem relações comerciais com Cuba – em relação a outros Estados.

O litígio “Lei-Massachussets” acabou por ser solucionado, dado que o Supremo Tribunal Federal Norte-Americano declarou a “Lei-Massachussets” inconstitucional (*National Foreign Trade Council v. Charles D. Baker*) - na sequência de ação proposta pelo *National Foreign Trade Council*, representando um conjunto de empresas norte-americanas com investimentos no exterior tendo subsequentemente o painel suspenso os trabalhos. Efectivamente, nos termos do artigo 12.º, n.º 12 do *Memo-rando de entendimento sobre as regras e processos que regem a resolução de litígios*, os trabalhos podem ser suspensos, a qualquer momento, a pedido da parte queixosa, por um período não superior a 12 meses. O mesmo artigo determina que caso os trabalhos do painel tenham sido suspensos por mais de 12 meses, a autorização para o estabelecimento do painel caduca.

estar mundial será assegurado através da progressiva liberalização do comércio mundial.

Enquanto acordo plurilateral, o ACG tem duas características típicas que o distinguem de outros acordos:

- a) O âmbito de aplicação objetivo e subjetivo circunscreve-se a uma lista de entidades, bens, serviços e obras indicados nos anexos e definidos por cada Estado aderente;
- b) O acordo define procedimentos mínimos para a aplicação dos compromissos, diferenciados de acordo com a estrutura administrativa do Estado e a classificação do produto ou serviço;

Com esta finalidade, o ACG estrutura-se em duas partes:

- a) O âmbito objetivo e subjetivo de aplicação, previsto nos apêndices ao acordo (que fazem parte integrante deste, nos termos do artigo XXII, n.º 15)¹²;

¹² O ACG tem quatro apêndices:

Apêndice I – este apêndice é composto por sete anexos:

Anexo I – enuncia as entidades do governo central;

Anexo II – enuncia as entidades infra-estaduais (“*sub-central government entities*”);

Anexo III – enuncia todas as restantes entidades públicas que estão subordinadas ao acordo na contratação;

Anexo IV – especifica quais os bens que, de forma positiva ou negativa, encontram-se abrangidos pelo acordo;

Anexo V – especifica quais os serviços que, de forma positiva ou negativa, encontram-se abrangidos pelo acordo;

Anexo VI – especifica as empreitadas abrangidas pelo acordo;

Anexo VII – notas gerais

Apêndice II – enuncia os locais onde é publicada toda a legislação, regulamentação, decisões judiciais, decisões administrativas de aplicação geral e procedimentos (incluindo cláusulas contratuais tipo) relativas a contratos públicos abrangidos pelo acordo (v. artigo VI, n.º 1); Apêndice III – enuncia os locais onde é publicada a informação referente aos Artigos VII, IX:7 e XVI:2.

Apêndice IV – enuncia os locais onde são publicadas as informações relativas ao artigo XVI, n.º 6 e XVI, n.º 5.

Os apêndices e anexos do ACG são mantidos com base no sistema “*loose-leaf*”, previsto no artigo XIX do ACG – sendo as retificações, transferências ou alterações adicionadas às já existentes -, com base no qual vão sendo atualizados através de notificação ao Comité de Contratação Pública que produz efeitos no caso de não ser apresentada qualquer objeção, no prazo de 30 dias.

- b) As regras sobre os procedimentos a adotar na contratação pública, podendo aqui distinguir-se os seguintes três tipos:
- i. Concurso aberto (método de adjudicação de contratos pelo qual todos os fornecedores interessados podem apresentar uma proposta, cfr. artigo I, alínea m));
 - ii. Concurso seletivo (método de adjudicação de contratos pelo qual unicamente os fornecedores qualificados são convidados pela entidade adjudicante a apresentar uma proposta, cfr. artigos I, alínea q) e IX, n.º 4);
 - iii. Concurso limitado (método de adjudicação de contratos pelo qual a entidade adjudicante contacta um fornecedor ou fornecedores da sua escolha, cfr. artigos I, alínea h) e XIII);

Estes procedimentos podem ter outras designações nos Estados que fazem parte do ACG. Para efeitos do disposto no ACG, os procedimentos nacionais devem apenas *cabem* em qualquer dos procedimentos-tipo previstos no ACG.

De forma exemplificativa, o “concurso seletivo” corresponde, nas diretivas da União Europeia (*maxime* na Diretiva 2014/24/EU), a diferentes tipos de procedimentos pré-contratuais como o procedimento concorrencial com negociação; o concurso limitado, o diálogo concorrencial ou a parceria para a inovação. O concurso limitado corresponde, nas diretivas, ao procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio de concurso que, no Código dos Contratos Públicos vigente em Portugal, corresponde ao ajuste direto ou à consulta prévia.

Na verdade, o ACG não é aplicado uniformemente pelos Estados contratantes – ao contrário do que ocorre, por exemplo, com as diretivas da União Europeia sobre contratação pública.

O artigo II do ACG fixa o âmbito de aplicação, remetendo para o apêndice I (cfr. n.º 2) a qualificação dos contratos

celebrados por entidades públicas que estão sujeitos ao ACG. O apêndice I é, por sua vez, composto por sete anexos cujo conteúdo é determinado por cada uma das partes integrantes.

Vista a possibilidade de as partes definirem o conteúdo do apêndice I, tem sido utilizada a expressão “*geometria variável*”¹³ para designar os diferentes entendimentos que cada parte contratante pode ter relativamente à composição do referido apêndice a qual esteve na origem da recusa de reconhecimento da aplicação da cláusula da nação mais favorecida.

Procurou-se prevenir a existência de eventuais “*free-riders*”, em que Estados que tivessem limitado o acesso aos seus mercados – nomeadamente por terem a possibilidade de indicar um número reduzido de entidades abrangidas pelo âmbito subjetivo de aplicação, constante dos anexos I a III do apêndice I – pudessem, simultaneamente beneficiar de um acesso mais generoso a outros mercados, pela invocação da cláusula da nação mais favorecida.

Essa possibilidade, a ocorrer, conduziria à prática de políticas “*beggar-thy-neighbour*”.

Optou-se antes pelo princípio da reciprocidade sectorial o que explica que a extensão progressiva do âmbito de aplicação do ACG – feita, sobretudo, através de acordos bilaterais – e a uniformização do ACG tenham sido efetuadas, como referimos, com lentidão, o que, em parte, decorre da não aplicação da cláusula da nação mais favorecida.¹⁴

Cada parte contratante junta, no anexo VII ao apêndice I, as chamadas “*notas gerais e derrogações às disposições do artigo IV do ACG*”.¹⁵

¹³ Na expressão de EVELYNE CLERC, *La mondialisation des marchés publics: bilan et perspectives de l'accord OMC sur les marchés publics*, in D. BATSELÉ et al. (éd.), *Les marchés publics à l'aube du XXIe siècle*, Bruxelles, 2000, p. 152.

¹⁴ Como é sabido, a aplicação da cláusula da nação mais favorecida levaria à aplicação automática a todas as partes das vantagens concedidas a um deles o que, não ocorrendo no ACG, explica, em parte, a maior lentidão no processo de uniformização do ACG. Assim, v. EVELYNE CLERC, *La mondialisation ...*, p. 167.

¹⁵ Tradução livre dado que as línguas de trabalho da OMC são o inglês, o francês e o

Essas “*notas*” preveem exceções à abertura dos mercados permitida por cada Estado, na medida em que se verifique que os seus operadores económicos não beneficiam de idêntica liberdade de acesso aos mercados de outros Estados contratantes.

Emerge daqui o princípio da reciprocidade sectorial.

Ao contrário do que ocorre em blocos económicos regionais, como a União Europeia, em que a abertura de mercados decorre da construção de um verdadeiro mercado interno, a liberalização dos contratos públicos a nível mundial realiza-se numa lógica de reciprocidade.

A exigência de reciprocidade, associada à abertura internacional dos mercados, assenta, porém, mais numa ideia de comércio internacional justo e equilibrado (“*fair trade*”) do que numa ideia de comércio livre (“*free trade*”).¹⁶⁻¹⁷

Resulta, do princípio da reciprocidade sectorial, que a abertura dos contratos públicos constantes dos anexos ao apêndice I apenas se verificará em condições de reciprocidade para com outros Estados contratantes.

Quando estas não se verificarem, as partes contratantes podem estabelecer, nas “*notas gerais e derrogações às disposições do artigo IV do ACG*”, derrogações relativamente ao acesso aos mercados estabelecidos nos anexos ao apêndice I que

espanhol.

¹⁶ Estão em causa as conhecidas teorias Ricardianas que preconizam, à luz do ensinamento de David Ricardo e da teoria das vantagens comparativas, a liberalização unilateral do comércio por ser justificada economicamente mesmo quando outros países não trilharam caminho idêntico.

¹⁷ Se a ideia do comércio livre (“*free trade*”) constitui um objetivo, a liberalização do comércio mundial é um processo em curso inspirado numa ideia de reciprocidade.

Como refere EVELYNE CLERC, *La mondialisation des marchés ...*, p. 164, o maior sucesso do GATT, que se traduziu na redução dos obstáculos pautais, deveu-se à reciprocidade negociada, obtida ao longo de sucessivas rondas negociais.

De forma idêntica, informa a mesma Autora que a abertura internacional da contratação pública conheceu um progresso significativo desde a ronda negocial de Tóquio até ao ACG, nomeadamente quanto ao número de entidades abrangidas pelo ACG e dos contratos subordinados a tal acordo.

funcionam, assim, como causa de exclusão do acesso a determinado mercado.¹⁸

As derrogações são commumente divididas em dois tipos:

- a) Proibição de acesso ao mercado¹⁹;
- b) Acesso condicionado, sem possibilidade de recurso judicial, caso seja recusado o acesso ao mercado;

A derrogação utilizada no segundo caso (alínea b)) pode produzir, a final, um efeito útil idêntico à proibição absoluta.

Trata-se de conceder ao Estado discricionariedade de escolha de operadores económicos a quem facultar (ou não) o acesso a determinado mercado público. Em caso de recusa de acesso, a impossibilidade de recorrer aos tribunais, inviabiliza a efetividade de acesso que, aparentemente, se postula.²⁰

O *aparente* princípio da reciprocidade absoluta – que, sublinhe-se, não se encontra expressamente afirmado no ACG – abrange igualmente a abertura dos contratos públicos de serviços, numa lógica de igualdade absoluta.

Nesta ótica, o acesso a determinado mercado público de serviços, num certo local, por parte de operadores económicos de outro Estado, fica condicionado à abertura de idêntico

¹⁸ A inclusão nos anexos ao apêndice I funciona, assim, como condição positiva de acesso a mercados públicos.

Exemplificativamente, as notas apresentadas pela União Europeia revelam dezenas de exceções aplicáveis, *verbi gratia*, ao Canadá, aos Estados-Unidos, ao Japão ou à Coreia do Sul.

No caso do Canadá, a exceção resulta da circunstância de este Estado não ter incluído as suas províncias no conjunto de entidades que integram o anexo II do apêndice I pelo que, à luz do princípio de reciprocidade, os restantes Estados optaram por excluir o acesso de operadores económicos do Canadá aos contratos públicos de entidades infra-estaduais. V. parágrafo 1, 1.ª linha das “*notas gerais e derrogações às disposições do artigo IV depositadas pela União Europeia*” disponíveis em www.wto.org

¹⁹ Trata-se da derrogação mais utilizada nas “*notas gerais e derrogações às disposições do artigo IV do ACG*” apresentadas pelos Estados.

²⁰ É neste contexto que EVELYNE CLERC, *La mondialisation des marchés ...*, p. 155 explica que o acesso aos contratos públicos e a efetiva proteção jurisdicional constituem dois elementos cuja fusão é indispensável para assegurar o respeito e a efetiva abertura destes mercados.

mercado, por parte desse outro Estado, a operadores económicos do primeiro Estado.²¹

A reciprocidade *aparente* encontra-se igualmente limitada pelos apêndices ao ACG e pelas “*notas e derrogações às disposições do artigo IV*” apresentadas por cada Estado.

A *aparência* da reciprocidade resulta igualmente da circunstância de uma entidade adjudicante num Estado contratante não poder invocar a reciprocidade enquanto mecanismo tendente à aprovação de contra-medidas²² pelo que a inexistência de harmonização constitui, em si mesma, um obstáculo ao acesso ao mercado.

Neste caso, a entidade adjudicante apenas pode solicitar ao governo que acione o órgão de resolução de litígios da OMC.

É comum ainda dizer-se que existe um *deficit* de transparência no ACG.

Esta situação resulta, em primeiro lugar, do facto de, no passado, não haver um órgão central de publicação que permitisse a um operador aceder aos anexos.

Por outro lado, para além dos apêndices e anexos, o ACG prevê a possibilidade de serem celebrados verdadeiros acordos bilaterais - apesar de não o serem formalmente - resultantes da alteração dos apêndices (cfr. artigo XIX).

Nesta contingência, o Comité de Contratação Pública

²¹ Esta ideia de reciprocidade absoluta, aplicada igualmente aos serviços descritos no anexo 5 do apêndice I do ACG é desprovida de racionalidade económica. Como explica ARIE REICH, *The new GATT ...*, p. 137, pode dar-se a situação em que, apesar de um serviço não estar inscrito no anexo 5 – estando por isso vedado o acesso de operadores económicos estrangeiros a esse mercado público à luz do ACG – é, no entanto, mais relevante do ponto de vista económico mas, por não estar inscritos no anexo 5 do Estado de origem do prestador de serviços, e nesta ótica de reciprocidade absoluta, fica vedado aos operadores económicos estrangeiros.

²² Como ponderam DOMINIQUE CARREAU e PATRICK JUILLARD, *Droit International Droit Internacional Economique*, Dalloz, Paris, 2007, pp. 96 e 348, a expressão contra-medida ou represália económica é mais apropriada do que a retorsão uma vez que esta última sugere uma reação simplesmente *inamigável* quando se trata, em rigor, de uma medida que seria ilegal se não fosse adotada em reação a um ato originariamente ilegal.

decidiu construir o sistema “*loose-leaf*” (“*folhas soltas*”), revestido de força jurídica, mediante publicação num local da *internet*²³ com acesso irrestrito ao público. Desta maneira, tornou-se possível conhecer, com rigor e de forma transparente, o conteúdo dos apêndices, anexos e acordos.

Mas a falta de transparência do ACG resulta também, como vimos, da ideia de *geometria variável* e do princípio da reciprocidade sectorial, associada, respetivamente, ao conteúdo dos anexos e às “*notas e derrogações ao artigo IV*” que, em alguns casos, torna complexo verificar se um dado mercado faz ou não parte do ACG.²⁴

Por último, o *déficit* de transparência do ACG deriva da própria redação dos apêndices e anexos.

Quanto à redação, está em causa o facto de os apêndices e anexos terem valor constitutivo, na medida em que determinam, de forma taxativa, o âmbito de aplicação do ACG, ao contrário do que sucede, *verbi gratia*, com as diretivas europeias sobre contratação pública.²⁵

Por outro lado, a forma diversa com que as Partes outorgantes redigem os anexos²⁶ conduz a diferentes interpretações

²³ Esta informação pode ser consultada em http://www.wto.org/english/tra-top_e/gproc_e/gproc_e.htm. Pode ser igualmente consultada em papel, através de publicação regularmente difundida pela Organização Mundial do Comércio.

²⁴ Assim, NICOLA NOTARO, *L'integration de l'accord international sur les marchés publics dans l'ordre juridique communautaire: aboutissement ou commencement*, in *Revue de Merché Unique Européen*, n.º 2, 1998, p. 208.

²⁵ Os anexos a uma diretiva da União têm efeito meramente declarativo. Se uma determinada entidade não for incluída nos anexos pode, ainda assim, estar abrangida pela diretiva, na medida em que se enquadre na definição de poder adjudicante dela constante ou seja, desde que abrangida pelo âmbito subjetivo do diploma.

²⁶ Nuns casos, os anexos contêm uma lista exaustiva das entidades adjudicantes e noutros os anexos preveem uma definição genérica de entidade adjudicante, associada a uma lista meramente exemplificativa de entidades qualificadas como adjudicantes. A União Europeia, no anexo 3, recorre à segunda opção, definindo entidades adjudicantes e empresas públicas de harmonia com o artigo 2.º da Diretiva n.º 93/38/CE, sem proceder a qualquer elenco exemplificativo.

A Suíça optou por definir entidade adjudicante de forma idêntica à da União Europeia, acrescentando um elenco exemplificativo de entidades.

de conteúdo, suscetíveis de gerar litígios entre os Estados subscritores do ACG.²⁷

Em síntese, o ACG funciona *de facto*, no que respeita a acesso aos contratos públicos, como uma amálgama de acordos bilaterais²⁸ - face aos apêndices e às notas e interrogações - constituindo a matéria relativa a procedimentos a adotar, no âmbito da contratação pública, a única em que se verifica uma harmonização vinculativa para todos os Estados aderentes.

1.3. O PROCESSO DE ADESÃO AO ACG / GPA:

A adesão de um Estado ao ACG faz-se com base no princípio da reciprocidade o que implica que se verifique um

A ambiguidade da redação utilizada nos anexos foi assinalada pelo painel, no caso Korea – Measures Affecting Government Procurement, WT/DS163/R, p. 177: “*We must still note, however, the ambiguities in the wording of Note 1 to Annex 1 which were not fully resolved by a textual analysis and led us to refer already to one piece of the negotiating history of Korea’s accession to the GPA.*”

²⁷ Apresentou-se, a este propósito, um caso paradigmático.

Em 16 de Fevereiro de 1999, os Estados Unidos solicitaram à Coreia do Sul a realização de consultas, ao abrigo do artigo 4.º do *Memorando de entendimento sobre as regras e processos que regem a resolução de litígios* e do artigo XXII do ACG relacionadas com práticas de contratação no âmbito da construção do Aeroporto Internacional de Incheon (“IIA”) na Coreia do Sul.

A Comissão Europeia solicitou a junção às consultas em 8 de Março de 1999 e o Japão em 9 de Março de 1999, pedido que foi rejeitado pela Coreia do Sul.

Estava em causa a recusa da Coreia do Sul em sujeitar a entidade responsável pela construção do Aeroporto Internacional de Incheon (IIA) – a Autoridade Coreana para a Construção do Aeroporto, vulgarmente designada pela sigla em inglês por KOAKA - ao ACG.

Para os EUA, a KOAKA estava sujeita ao ACG dado que integrava o conjunto de entidades constante do anexo 1 apresentado pela Coreia do Sul.

O painel acabou por concluir a favor da Coreia do Sul, considerando que a KOAKA não estava abrangida pelo apêndice 1 do ACG nem por qualquer outra disposição (v. WT/DS163/R, p. 190, ponto 8.1).

Sobre este caso, v. os documentos WT/DS163/1 e GPA/D4/1 disponíveis no site www.wto.org

²⁸ Na expressão feliz de ARIE REICH, *The new GATT Agreement on Government Procurement: The Pitfalls of Plurilateralism and Strict Reciprocity*, in *Journal of World Trade*, nº 2, vol.31, Abril de 1997, p. 156.

compromisso suficiente do Estado aderente no que respeita à abertura dos seus contratos públicos.

Depois da apresentação da candidatura, o Comité de Contratação Pública analisa a oferta do Estado proponente e as possibilidades que decorrem da adesão, no que toca à exportação para os países aderentes e às potencialidades que o mercado desse país representa para os Estados contratantes.

Caso se verifique que o Estado reúne condições para integrar o ACG, este é convidado a alterar a oferta inicial (o que equivale a dizer, a modificar os anexos 1 a 7 apresentados), em função das questões colocadas pelas partes do ACG.

O número de países aderentes ao ACG, até ao momento, permite concluir que se trata de um acordo pouco atrativo para os países membros da OMC.

Na verdade, atualmente, dos 164 membros da OMC, apenas 48 assinaram o ACG, sendo a maioria destes Estados membros da OCDE podendo especular-se sobre as razões que conduziram à menor adesão dos Estados, comparativamente com outros acordos plurilaterais.

A primeira relaciona-se com a preferência doméstica na contratação pública e com a utilização dos contratos públicos, enquanto instrumento de política industrial e comercial e derradeiros obstáculos não-pautais que representam.²⁹

²⁹ Como sustenta EVELYNE CLERC, *La mondialisation des marchés ...*, p. 150, os Estados têm sempre grandes reticências em abandonar o “*livre-arbitrio*” nos contratos públicos, uma vez que o consideram como um dos derradeiros resguardos do protecçãoismo. Procedendo a análise idêntica e concluindo da mesma forma, v. DONG-HUN KIM, *Political institutions and the government procurement agreement of the WTO*, in PPLR, n.º 1, 2009, pp. 1-17 que acrescenta a manutenção de rendas por grupos de interesse como outro dos motivos para a não-adesão ao ACG e LINDA WEISS, *Global governance, national strategies: how industrialized states make room to move under the WTO*, in Review of International Political Economy, n.º 12, Dezembro 2005, p. 736.

Assinalando que na ronda de Tóquio foram classificadas cinco categorias de obstáculos não-pautais entre as quais as compras governamentais (5.ª), v. EDUARDO RAPOSO DE MEDEIROS, *Economia Internacional*, Livraria Petrony, Lisboa, 2007, pp. 185-186.

Uma segunda razão tem a ver com a escassa visibilidade do ACG, dado que as negociações do ACG decorreram paralelamente às do *Uruguay Round* mas nunca foram integradas nestas negociações.³⁰

A falta de adesão de novos Estados ao ACG encontra ainda explicação na resistência de grupos de pressão que não pretendem abdicar de rendas provenientes do exercício de políticas discriminatórias, através da abertura dos contratos públicos ao comércio internacional.

Existem outros motivos que fundamentam o escasso número de países aderentes ao ACG, tais como a falta de precisão e a consequente necessidade de simplificação e clarificação de alguns conceitos ou a ausência de harmonização do âmbito de aplicação – objetivo e subjetivo –, que tornam o Acordo menos transparente para empresas que pretendam operar em países estrangeiros.

Sem embargo, assiste-se a uma política dos Estados contratantes do ACG no sentido de pressionar os Estados candidatos à OMC a aderirem, simultaneamente, ao ACG³¹, na medida em que a adesão de um Estado à OMC deve ser aprovada pela Conferência Ministerial por uma maioria de dois terços dos Membros da OMC.³²

No ACG, a adesão de novos Estados fica sujeita ao

³⁰ Os contratos públicos não constavam formalmente do programa de negociação do *Uruguay Round*, tendo sido integrados *de facto*. Assim, v. ALEXANDRE KARRER, *La libéralisation des marchés publics dans le cadre du GATT*, in NICOLAS MICHEL (ed.), *Aspects du droit des marchés publics – Droit Suisse, droit européen et droit comparé*, Fribourg, 1992, p. 31.

O ACG foi negociado no seio do Comité dos Contratos públicos estabelecido pelo antigo Acordo sobre Contratos públicos (*Código de Tokyo*), com base na habilitação prevista no artigo IX, parágrafos 6, b) e 7 desse Código e não com base na declaração ministerial que esteve na base do *Uruguay Round*.

³¹ Neste sentido, HARVEY GORDON, SHANE RIMMER e SUE ARROWSMITH, *The Economic impact of the European Union Regime on Public Procurement: Lessons for the World Trade Organization*, in *The World Economy*, 1998, vol. 21, issue 2, p. 163.

³² V. artigo XII, n.º 2 do Acordo que cria a Organização Mundial do Comércio.

pagamento de uma espécie de direito de entrada, traduzido num número adequado de entidades nacionais que passam a estar vinculadas, dada a *geometria variável* que caracteriza o Acordo.³³

Ora apesar de a OMC ter reduzido a hipótese de um GATT “à la carte” manteve-se, relativamente a acordos plurilaterais – como é o caso do ACG –, a chamada “*code conditionality*”, uma variante da cláusula da nação mais favorecida, pela qual um tratamento mais favorável (resultante de códigos sobre subvenções, contratos públicos ou barreiras técnicas) apenas seria estendido a partes contratantes do GATT que garantissem a aplicação em condições de reciprocidade.

Isto deve-se igualmente à circunstância de alguns Estados terem optado por prosseguir a liberalização dos seus contratos públicos através de acordos bilaterais³⁴ ou regionais, em vez de aderirem ao ACG – ainda que esses acordos sejam, materialmente, muito semelhantes ao ACG – e outros, como a Austrália ou a Nova Zelândia, terem optado por seguir um caminho unilateral na liberalização de mercados, o que, podendo ter algumas vantagens, não lhes permite aceder a contratos públicos estrangeiros numa ótica de reciprocidade.³⁵

Em qualquer caso, tem-se assistido a um gradual, ainda que insuficiente, alargamento dos países aderentes ao ACG, pelas vantagens que este traz para os Estados³⁶ podendo a

³³ Neste sentido, v. ARIE REICH, *The new GATT ...*, p. 133 e EVELYNE CLERC, *La mondialisation des marchés ...*, p. 151.

³⁴ Como sucedeu com a União Europeia, que celebrou um conjunto de acordos bilaterais que abrangem igualmente a contratação pública. V. JOHANNES SIEGFRIED SCHNITZER, *The external sphere of public procurement: bi-regional trade relations from the perspective of the european community*, in PPLR, n.º 2, 2005, pp. 63-90.

³⁵ Caracterizando os acordos bilaterais, v. ROBERT A. ANDERSON e ANNA CAROLINE MULLER, *Market access for government procurement of services: comparing recent PTA's with WTO agreements*, in Martin Roy e Juan Marchetti (eds), *Services Trade Liberalization: preferential trade agreements vs. the GATS*, WTO and Cambridge University Press, 2008, capítulo 12, pp. 435-474.

³⁶ A este propósito, INBOM CHOI, *The long and winding road to the government procurement agreement: Korea's accession experience*, in WILL MARTIN e MARI PANJESTU (eds.), *Options for global trade reform: a view from the Asia-Pacific*,

previsível adesão, num futuro próximo, do Brasil ou, até da China conduzir à adesão de mais Estados.³⁷

Relativamente aos Estados contratantes, o âmbito de aplicação do acordo tem sido alargado com base na conclusão de acordos bilaterais, baseados no princípio da reciprocidade.

Foi o que sucedeu com os acordos bilaterais entre os EUA e a União Europeia – que ampliaram a aplicação do ACG a novas entidades – ou entre os EUA e o Japão –, relacionado com o aumento das entidades adjudicantes constantes dos anexos do ACG.³⁸

Face ao alargamento do seu âmbito objetivo e subjetivo, o ACG permitiu ampliar a concorrência internacional, nos contratos públicos.

Não obviou, contudo, à persistência de políticas discriminatórias nos contratos públicos, considerada a exceção ao princípio de tratamento nacional, prevista no artigo III, n.º 8 (a) do GATT. Tal circunstância verifica-se sem prejuízo de se saber que o ACG visa garantir o acesso não discriminatório,

Cambridge University Press, Cambridge, 2003, capítulo 11, pp. 249-269, considera que o processo de adesão ao ACG ajudou a Coreia do Sul a implementar reformas nos processos de contratação pública, servindo o interesse deste Estado.

³⁷ Tradicionalmente, são os países menos desenvolvidos que mostram maior resistência à multilateralização do ACG, pois consideram que, nesse cenário, as empresas nacionais ficarão em desvantagem face às empresas dos países desenvolvidos e, por outro lado, a multilateralização implicará a restrição da liberdade destes países prosseguirem políticas ambientais, sociais ou laborais através dos contratos públicos. Sobre o processo de adesão da China, v. ROBERT D. ANDERSON, *China's accession to the WTO agreement on government procurement: procedural considerations, potential benefits and challenges, and implications of the ongoing re-negotiation of the agreement*, Public Procurement Law Review, 2008, n.º 17, pp. 161-174.

³⁸ A emergência destes acordos explica-se, no caso dos EUA, porque os fornecedores estrangeiros são excluídos a não ser que: i) façam parte do ACG; ii) estejam abrangidos por um acordo de comércio com outro Estado ou iii) sejam um país em vias de desenvolvimento. V. CRISTOPHER YUKNIS e STEVEN SCHOONER, *Incrementalism: Eroding the impediments to a Global Public Procurement Market*, in Journal of International Law, vol. 38, n.º 529, Georgetown, 2007, referindo-se os autores à contratação pública norte-americana como um “jardim com muros” (*walled garden*) o que tem levado os Estados a procurarem aderir ao ACG, naquilo que YUKNIS e SCHOONER designam por incrementalismo.

procurando assegurar que as oportunidades de mercado não são afetadas por preferências domésticas ou outras formas de discriminação nos procedimentos de adjudicação.³⁹

Como vimos, o ACG não prevê a aplicação da cláusula da nação mais favorecida ou do princípio de tratamento nacional a contratos públicos em termos paralelos aos previstos no GATT tendo-se optado por um intrincado sistema negociado que fixa o âmbito de aplicação dos procedimentos de adjudicação.

Tudo isto traduz a duplicidade que o ACG representa para os Estados outorgantes.

É verdade que o ACG constitui um instrumento legal fundamental para a promoção da concorrência, transparência e integridade e para reforçar o *value for money* nos regimes de contratação pública.⁴⁰

Porém os Estados veem, nos contratos públicos, uma última trincheira de recurso a políticas protecionistas *aceitáveis* no plano internacional refugiando-se no complexo sistema de exceções resultantes do ACG e transformando-o, a final, num verdadeiro acordo bilateral, em que os princípios acabam por não ser respeitados face à complexidade de normas que desvirtuam, por completo, os objetivos pretendidos.

Por último o ACG prossegue ainda outro objetivo essencial, ao promover os benefícios da concorrência, no direito da contratação pública.⁴¹

³⁹ Esta exigência do ACG atenua a atração que políticas discriminatórias, em contratos públicos, exercem sobre os Estados, em resultado de duas circunstâncias essenciais:

- i) O poder de mercado resultante da procura pública, instrumentalizado pela política industrial pública;
- ii) A atuação do Estado enquanto detentor de um interesse próprio como adquirente;

⁴⁰ Como afirmam ROBERT D. ANDERSON e WILLIAM E. KOVACIC, *Competition Policy and International Trade Liberalisation: Essential Complements to Ensure Good Performance in Public Procurement Markets*, in PPLR, nº 18 (2), 2009, p. 74.

⁴¹ Assim, DIANE P. WOOD, *The WTO Agreement on Government Procurement: na antitrust perspective*, in Bernard M. Hoekman e Petros C. Mavroidis (eds.), *Law and Policy in Public Purchasing: the WTO agreement on government procurement*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1997, capítulo 14 e ARWEL DAVIES, *Tackling*

Fala-se, por isso, em quatro realidades em que essa promoção se torna mais evidente⁴²:

- i) Fornece um instrumento jurídico para a progressiva abertura dos mercados das partes à concorrência internacional, através do acesso ao mercado ou aos compromissos negociados constantes do apêndice I ao acordo;
- ii) Estabelece um quadro legal (*“level playing field”*) que assegura condições de transparência e a não-discriminação entre fornecedores nacionais e estrangeiros, o que obsta a pressões que os governos podem sofrer para restringirem a participação de concorrentes estrangeiros (*preferência doméstica*)⁴³;
- iii) Determina a criação de mecanismos de revisão dos procedimentos adotados (*“domestic review procedures”*) através dos quais os fornecedores podem questionar a adjudicação de contratos e outras decisões adotadas pelas entidades contratantes nacionais. Estes mecanismos constituem um instrumento essencial para assegurar a integridade e a manutenção de uma cultura de concorrência através do mérito (*“competition on the merits”*), reforçando a confiança e credibilidade dos mercados;
- iv) Possibilita o acesso ao órgão de resolução de litígios (ORL), em circunstâncias em que as partes considerem que a concorrência internacional tenha sido afetada por medidas tomadas por entidades nacionais⁴⁴:

private anti-competitive behaviour in public contract award under the WTO's agreement on government procurement”, in World Competition, 1998, n.º 21, p. 55.

⁴² V. ROBERT D. ANDERSON e WILLIAM E. KOVACIC, *Competition Policy* ..., pp. 72 e 73.

⁴³ Apontando este benefício, v. SUE ARROWSMITH, *Government procurement in the WTO*, Kluwer Law International, 2003, capítulos 1 e 2.

⁴⁴ Contendo uma descrição dos casos resolvidos ao abrigo do ORL no âmbito da aplicação do ACG, v. MITSUO MATSUSHITA, *Major WTO dispute cases concerning government procurement*, in Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy, vol. 1, n.º 2, 2006, p. 299 e CHRISTIAN SCHEDE, *The “Trondheim provision” in the WTO agreement on government procurement: does this “major revision” live up to the needs of the private sector?*, in PPLR, n.º 5, 1996, pp. 161-185.

Convém dizer, a este propósito, que a resolução de litígios relativos a contratos públicos internacionais, prevista no artigo XXII do ACG – de harmonia com o qual o órgão de resolução de litígios (ORL) será competente para resolver situações de conflito entre os Estados partes no acordo, nos termos das disposições do Memorando de Entendimento sobre a Resolução de Litígios no âmbito da OMC -, suscita vários problemas.

O ACG estabelece um mecanismo de resolução de diferendos entre Estados que pode culminar na possibilidade de uma das partes suspender total ou parcialmente o Acordo em relação a outro Estado.⁴⁵

É, todavia, de ponderar que o mecanismo de resolução de litígios só pode ser acionado por uma parte no Acordo (e não pelo Comité de Contratação Pública) (cfr. artigo XX, n.º 2 do ACG). A queixa será apresentada contra a outra parte – em regra um Estado, apesar de se saber que o ACG também foi subscrito por organizações como a União Europeia - e não contra a entidade adjudicante diretamente responsável pela violação.

Face à impossibilidade de recurso direto, interposto pelos particulares, pode dizer-se que o memorando de resolução de litígios não constitui, por si mesmo, um instrumento suficiente para sancionar as violações do ACG praticadas por entidades adjudicantes. Constitui apenas um complemento eficaz no controlo das obrigações internacionais, para contestar violações graves e repetidas ou quando está em causa um contrato público importante.

Esta circunstância foi posta em realce, na queixa apresentada pelos EUA contra a Coreia do Sul.⁴⁶ Uma das violações alegadas traduzia-se na ausência de vias de recurso, na Coreia do Sul, para contestar adjudicações efetuadas no âmbito da

⁴⁵ In CLÁUDIA VIANA, *Os princípios comunitários na contratação pública*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 78. A este propósito v. MARY FOOTER, *Remedies under the new GATT Agreement on Government Procurement*, in PPLR, n.º 2, 1995, pp. 80-93.

⁴⁶ V. WT/DS163/1 e WT/DS163/4.

construção do aeroporto de Inchon. Os concorrentes lesados não dispunham de alternativa que não fosse a de fazer prevalecer os seus direitos por intermédio de queixa do respetivo governo, no quadro da OMC.

Significava isto, de qualquer maneira, que os fornecedores e concorrentes lesados têm, em termos de fiscalização do ACG, um papel a desempenhar, por isso que podem alertar os governos nacionais para dificuldades colocadas no acesso a contratos públicos, noutros Estados. Acontece que esses fornecedores e concorrentes ficam subordinados a escrutínio prévio pelos seus próprios Estados que podem, nomeadamente por razões políticas, fazer abortar o recurso ao órgão de resolução de litígios da OMC.⁴⁷

Sem prejuízo da possibilidade de recorrerem ao ORL, as partes são obrigadas, pelo artigo XVIII do ACG, a criar uma via de recurso interna que permita aos particulares contestar as vinculações ao ACG.

Esta exigência constitui uma característica nova e única no sistema da OMC que se insere numa tendência de descentralização do controlo jurisdicional, semelhante à existente no direito da União Europeia, no qual os particulares desempenham um papel crescente.⁴⁸

Neste caso, o órgão de recurso deve ser um tribunal ou um órgão independente e imparcial que ofereça garantias de procedimento idênticas às de um órgão judicial (cfr. artigo XVIII, n.º 4 do ACG).

Nos termos do artigo XVIII, n.º 1 do ACG, os procedimentos de impugnação não devem ser discriminatórios e devem ser céleres, transparentes e eficazes, por forma a permitir aos fornecedores impugnar alegadas infrações ao Acordo ocorridas

⁴⁷ Assim, v. EVELYNE CLERC, *La mondialisation des marchés ...*, p. 190.

⁴⁸ Assim, EVELYNE CLERC, *La mondialisation des marchés ...*, p. 186 e ARWEL DAVIES, *Remedies for enforcing the WTO Agreement on Government Procurement from the perspective of the European Community a critical view*, in *World Competition*, Junho de 1997, vol. 20, n.º 4, pp. 123-130.

no contexto da celebração de contratos em que tenham ou tenham tido um interesse.

Os procedimentos de impugnação devem ainda prever a possibilidade de serem aplicadas medidas cautelares (provisórias) céleres em ordem a corrigir infrações ao Acordo e preservar oportunidades comerciais⁴⁹, a apreciação e possibilidade de adoção de uma decisão sobre a justificação da impugnação⁵⁰ e a correção da infração ao Acordo ou a compensação pelas perdas e danos.⁵¹

Esta exigência é idêntica à prevista nas diretivas sobre contratação pública e no artigo 6.º, n.º 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.⁵²

1.4. OS ACORDOS BILATERAIS PUROS E OS ACORDOS BILATERAIS MISTOS SOBRE CONTRATAÇÃO PÚBLICA:

De forma paralela aos acordos bilaterais que podem ser celebrados no âmbito do ACG, há regimes de contratação pública que, não estando abrangidos pelo ACG, são objeto de acordos entre dois Estados.

Referimo-nos a estes acordos como acordos bilaterais puros na medida em que escapam ao âmbito de aplicação do

⁴⁹ V. artigo XVIII, n.º 7, alínea a) do ACG.

⁵⁰ V. artigo XVIII, n.º 7, alínea b) do ACG.

⁵¹ V. artigo XVIII, n.º 7, alínea c) do ACG.

⁵² No caso *Clube de Futebol União de Coimbra c. Portugal*, de 30 de Julho de 1998, in *Récueil des arrêts et décisions*, 1998-V, p. 2119, Portugal foi condenado por atraso na justiça que, na sequência de decisão do Supremo Tribunal Administrativo, tinha anulado a decisão de adjudicação de uma sala de bingo. É um exemplo de aplicação da CEDH a contratação pública. A jurisprudência do TEDH relacionando a exigência do artigo 6.º, n.º 1 da CEDH com os contratos públicos é extensa.

Veja-se, *inter alia*, o caso *Tinelly & Sons et autres et McElduff et autres c/ Royaume Uni*, de 10 de Julho de 1998, *Récueil des arrêts et décisions*, 1998-V, p. 1633

A este propósito. NICOLAS MARTY, *Contracts Publics et Droit Européen des droits de l'homme*, in *Contrats Publics*, *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, volume I, Université Montpellier, 2006, pp. 321-344.

ACG.

Constituem exemplos destes acordos os celebrados entre a União Europeia e a Coreia do Sul⁵³ ou entre a União Europeia e Israel⁵⁴ este no âmbito dos mercados de telecomunicações.⁵⁵

Encontramos ainda um último tipo de acordos: os acordos bilaterais mistos em que está em causa a ampliação do âmbito de aplicação do ACG e a inclusão de matérias sobre contratos públicos que escapam ao ACG.⁵⁶

Tradicionalmente, estes acordos bilaterais não visam, em rigor, alargar os contratos públicos abrangidos pelo ACG.

Procuram, antes, proceder ao desmantelamento progressivo das exceções e derrogações incluídas pelas partes nas "*notas e derrogações ao artigo IV*".⁵⁷

Está-se, de certo modo, perante acordos bilaterais *negativos* (que visam suprimir derrogações ao ACG existentes entre Estados), em contraposição com acordos bilaterais *positivos* (através dos quais se ampliam as entidades adjudicantes e os contratos públicos sujeitos ao ACG).

⁵³ In JOCE L321/32, 1997.

⁵⁴ In JOCE L 202/74, 1997.

⁵⁵ Numa perspectiva bilateral pura, o acordo determinou a abertura recíproca dos contratos públicos no domínio das telecomunicações, dos mercados energéticos e de transportes ferroviários e de todos os mercados operados por privados, gozando de direitos especiais ou exclusivos em todos os sectores cobertos pela diretiva sectores especiais.

⁵⁶ Em 21 de Junho de 1999 a União Europeia e a Suíça celebraram um acordo bilateral misto, que entrou em vigor em 1 de Janeiro de 2002 e que implicou, no âmbito do ACG a ampliação, pela Suíça, das entidades abrangidas pelo anexo 2 – entes públicos infra-estaduais – e a eliminação, pela União Europeia, da derrogação prevista nas "*notas e derrogações*" que impedia o acesso às vias de recurso judicial, por parte de operadores económicos suíços, que atuassem em contratos públicos pertencentes a entes públicos infra-estaduais. O acordo encontra-se disponível em http://www.admin.ch/ch/f/rs/c0_172_052_68.html.

⁵⁷ Um exemplo significativo desta perspectiva *negativa* assumida nos acordos bilaterais – através da qual os Estados suprimem reciprocamente as restrições constantes das "*notas e derrogações*" é a Convenção de 16/19 de Dezembro de 1996, celebrada entre os EUA e a Suíça, sobre o âmbito de aplicação do ACG por meio da qual os EUA suprimiram a referência à Suíça constante da nota geral 5 e a Suíça eliminou a referência ao EUA da nota geral 1.

Ora a extensão progressiva do âmbito de aplicação do ACG feita, sobretudo, através de acordos bilaterais negativos tem sido efetuada de forma lenta, o que, em parte, se explica pela não aplicação a este acordo da cláusula da nação mais favorecida, prevista no artigo I do GATT 1994.⁵⁸

Este entendimento não é, no entanto, pacífico uma vez que para alguma doutrina, a cláusula da nação mais favorecida seria aplicável aos contratos públicos⁵⁹ o que seria sustentado na circunstância de o GATT 1994 excluir os contratos públicos do âmbito de aplicação do princípio de tratamento nacional, como decorre do disposto nos artigos III, n.º 8, alínea a) e XVII, n.º 2 do GATT 1994.

Ora, esta exclusão não ocorreria com nenhuma das exceções previstas para a cláusula da nação mais favorecida⁶⁰ mais a mais quando o artigo XIII do Acordo sobre o Comércio de Serviços (GATS) dispõe que a cláusula da nação mais favorecida (cfr. artigo II do GATS) e o princípio de tratamento nacional (cfr. artigo XVII do GATS) são inaplicáveis a contratos públicos.⁶¹

Neste entendimento, o artigo I do GATT 1994 deveria excluir expressamente os contratos públicos do âmbito de aplicação da cláusula da nação mais favorecida.

O que não sucede.

Mas estamos perante uma posição minoritária que não

⁵⁸ Como é sabido, a aplicação da cláusula da nação mais favorecida levaria à aplicação automática a todas as partes das vantagens concedidas a uma delas, o que, não ocorrendo no ACG, explicaria, em parte, a maior lentidão no processo de uniformização do ACG. Assim, v. EVELYNE CLERC, *La mondialisation des marchés* ..., p. 167.

⁵⁹ Neste sentido, ARIE REICH, *The new GATT* ..., pp. 142 e segs.

⁶⁰ V. artigo I, n.ºs 2 a 4 do GATT 1994.

⁶¹ O artigo XIII, n.º 1 do GATS dispõe da seguinte forma:

“Os artigos II, XVI e XVII não serão aplicáveis às disposições legislativas e regulamentares, nem aos requisitos que regem os contratos públicos celebrados por organismos públicos e referentes a serviços adquiridos para dar resposta a necessidades dos poderes públicos, e não com vista à revenda numa perspectiva comercial ou com vista à sua utilização no âmbito da prestação de serviços para venda numa perspectiva comercial.”

partilhamos.⁶²

Na verdade, os contratos públicos foram expressamente afastados pelas partes outorgantes no GATT 1947 tendo a exclusão perdurado até à adoção, na Ronda de Tóquio, do Código sobre contratos públicos.

Ora a aplicação da cláusula da nação mais favorecida prevista no GATT a contratos públicos iria desvirtuar a aplicação do ACG, enquanto acordo plurilateral, ou seja, enquanto acordo que vincula apenas os Estados-membros da OMC que expressamente desejaram aderir. Levaria, assim também, a que os Estados signatários do ACG devessem permitir o acesso aos seus mercados a países não signatários - membros da OMC – sem reciprocidade⁶³ e ao arrepio do princípio da reciprocidade sectorial que caracteriza o acordo pelo que, em nosso entender, a aplicação da cláusula da nação mais favorecida prevista no GATT ao ACG encontra-se naturalmente afastada.

2. A POSSÍVEL ADESAO DO BRASIL AO GPA / ACG:

No passado foi realizada, no Brasil, uma reforma profunda do regime das licitações com a aprovação da Lei nº 14.133/2021, de 1 de abril, que revogou a Lei de Licitações (8.666/93), a Lei do Pregão (10.520/02) e o Regime Diferenciado de Contratações (RDC – Lei 12.462/11).

De forma paralela, o Brasil iniciou um processo de adesão ao ACG / GPA no dia 19 de maio de 2020, através do envio do pedido de adesão pela delegação brasileira ao Comitê do GPA da OMC.

⁶² V. ARIE REICH, *The new GATT Agreement* ..., pp. 142 e seguintes. Considerando que a cláusula não é aplicável ao ACG, v. JOHN H. JACKSON, in JOHN H. JACKSON, W. DAVEY e A. SYKES, *Legal Problems of International Relations*, West Publishing Co., 1995, 3ª edição, p. 550 e EVELYNE CLERC, *La mondialisation des marchés* ..., p. 171.

⁶³ Assim, EVELYNE CLERC, *La mondialisation des marchés* ..., p. 149 e NICOLA NOTARO, *L'intégration de l'accord* ..., pp. 217 e segs.

Caso o processo venha a ser concluído de forma positiva, o Brasil será o primeiro dos chamados BRICS a aderir formalmente ao ACG / GPA, dando uma enorme visibilidade mundial a esta adesão, sabendo-se que o processo relativo à possível adesão da China se tem vindo a arrastar ao longo dos anos e está longe de ser concluído.⁶⁴

Há inegáveis vantagens na possível integração do Brasil no Acordo.

Desde logo porque a abertura da contratação pública a operadores económicos de países terceiros trará mais concorrência, com evidentes benefícios para a despesa pública e para uma ideia de *value for Money* subjacente à contratação pública.

Por outro lado, a possibilidade de ter operadores económicos de países terceiros a executar contratos públicos no Brasil pode permitir aceder à transferência de tecnologia e não inviabiliza que empresas locais continuem a participar na execução desses contratos, nomeadamente através da subcontratação.

Acresce que eventuais receios de que a abertura da contratação pública possa implicar uma inundação dos mercados públicos domésticos tem-se revelado, em alguns casos, totalmente infundada.⁶⁵

De forma equivalente, as empresas brasileiras poderão ter novas oportunidades de negócio em países que integram o ACG / GPA⁶⁶, evitando a possibilidade de serem excluídas no contexto de medidas protecionistas (“buy national”) ou de

⁶⁴ A este propósito v. NUNO CUNHA RODRIGUES, *The Use of Public Procurement as a Non-Tariff Barrier: Relations between the EU and the BRICS in the Context of the New EU Trade and Investment Strategy*, in *Public Procurement Law Review*, Issue 3, 2017, pp. 135-149.

⁶⁵ Estudos relativos à adesão da Coreia do Sul ao ACG/GPA, em 1997, concluíram esta trouxe melhorias importantes na intensidade da concorrência, governança e eficiência dos mercados públicos na Coreia, sem que tal tenha resultado num aumento significativo de importações.

⁶⁶ Taiwan passou a ser membro do ACG/GPA em julho de 2009, Mais tarde informou que, no final de 2010, as empresas locais já haviam garantido contratos públicos no exterior no valor de aproximadamente US \$ 491 milhões.

retaliação (como poderá suceder face à previsível aprovação do *International Procurement Instrument* pela União Europeia⁶⁷) que esses Estados possam assumir.

Note-se que a circunstância de um Estado fazer parte do ACG/GPA é entendida, a nível internacional, como um sinal de boa governação e positivo para a concretização de Investimento Direto Estrangeiro Direto (FDI).

Por outro lado, a adesão permite transmitir a operadores económicos de países terceiros maior segurança e certeza jurídica quanto ao sistema jurídico brasileiro – uma vez que este deverá estar harmonizado com o ACG / GPA.

Será assegurada, desta forma, uma convergência do direito brasileiro com os sistemas de contratação pública dos países que aderiram ao ACG / GPA.⁶⁸

Como tal, o regime jurídico brasileiro deverá acolher preocupações centrais prevista no ACG / GPA como sejam a redução da corrupção⁶⁹; a eliminação de possíveis conflitos de

⁶⁷ O *International Procurement Instrument* (IPI) corresponde a uma proposta de Regulamento que confirma o princípio da abertura dos mercados de contratos públicos. Ao mesmo tempo, visa fortalecer a posição da UE ao negociar o acesso das empresas da UE aos mercados de contratos públicos de países terceiros e clarificar a situação jurídica dos licitantes, bens e serviços estrangeiros que participam no mercado da UE. Reafirmando a necessidade de assegurar a reciprocidade no acesso aos mercados públicos, cfr. Comunicação da Comissão Europeia Trade Policy Review - An Open, Sustainable and Assertive Trade Policy, Brussels, 18.2.2021, COM(2021) 66 final, p. 21: “To enhance reciprocal access for EU operators in public procurement the Commission will seek to advance the *International Procurement Instrument* and calls on the Council to finalise its work as a matter of urgency”.

Sobre o IPI cfr. o documento do Parlamento Europeu *EU international procurement instrument*, disponível em [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/649403/EPRS_BRI\(2020\)649403_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/649403/EPRS_BRI(2020)649403_EN.pdf) e NUNO CUNHA RODRIGUES, *The Use of Public Procurement as a Non-Tariff Barrier: Relations between the EU and the BRICS in the Context of the New EU Trade and Investment Strategy*, in *Public Procurement Law Review*, Issue 3, 2017, pp. 135-149.

⁶⁸ Assim, v. NUNO CUNHA RODRIGUES, *As relações entre a União Europeia e o Brasil no contexto da internacionalização de contratos*, in *Revista de Direito Público da Economia*, ano 12, n.º 45, Janeiro-Março 2014, editora Forum, Belo Horizonte, Brasil.

⁶⁹ Cfr. preâmbulo e artigo IV, n.º 4, (c).

interesse nos procedimentos adjudicatórios⁷⁰; a maior transparência⁷¹; ou a existência de mecanismos internos de recurso judicial.⁷²

Por outro lado o Brasil poderá, de forma excecional, adotar medidas que sejam necessárias para proteger a moral, a ordem ou a segurança públicas; para proteger a saúde ou a vida humana, animal e vegetal; para proteger a propriedade intelectual ou relacionadas com bens ou serviços de pessoas com deficiência, de instituições de beneficência ou de trabalho penitenciário, nos termos previstos no artigo III, n.º 2 do ACG.⁷³

Há, no entanto, desvantagens na possível adesão do Brasil ao ACG / GPA.

Desde logo porque a adesão a este acordo não permite, *per se*, resolver problemas estruturais da contratação pública no Brasil. De certa forma, a adesão ao ACG / GPA representa um sinal político que não elimina muitos dos problemas existentes.

Por outro lado, os eventuais regimes protecionistas existentes terão de ser eliminados – como o critério de desempate usado na Lei Brasileira ou a exigência de que os líderes de consórcios sejam empresas nacionais.

É certo que o Brasil poderá – e deverá⁷⁴ – invocar o artigo V do GPA/ACG que permite assegurar um período transitório de adaptação a países em vias de desenvolvimento, mantendo em vigor regimes relativos nomeadamente a margens de

⁷⁰ Cfr. artigo IV, n.º 4, (b).

⁷¹ Cfr. artigos XVI e XVII.

⁷² Cfr. artigo XVIII.

⁷³ Sobre a possibilidade de invocação destas exceções, v. Robert D. Anderson / Anna Caroline Müller, *Keeping Markets Open While ensuring Due Flexibility for Governments in a Time of Economic and Public Health Crisis: The Role of the WTO Agreement on Government Procurement (GPA)*, in PPLR, 29, Issue 4, 2020, pp. 189-198.

⁷⁴ Defendendo que seria salutar que o Brasil utilizasse o artigo V do acordo para, “na qualidade de nação em desenvolvimento, beneficiar-se das prerrogativas previstas no ajuste para esses países” v. RAFAEL SÉRGIO LIMA DE OLIVEIRA e CRISTIANA FORTINI, *A adesão brasileira ao acordo de compras governamentais da Organização Mundial de Comércio*, in R. Opin. Jur., Fortaleza, ano 18, n. 29, set./dez. 2020, pp. p.120-151, disponível em doi:10.12662/2447-6641oj.v18i29.p120-151.2020.

preferência (*price preferences*); contrapartidas (*off-sets*); limiares financeiros (*thresholds*).

Não há, para o efeito, uma noção jurídica de *pais em vias de desenvolvimento* podendo a invocação desta exceção, teoricamente, ser feita por qualquer Estado. Até ao momento tal sucedeu no caso de Israel⁷⁵ e de Taiwan.

A duração deste período transitório também terá de ser negociada, podendo especular-se que será de cinco anos.

Adicionalmente, o Brasil terá de negociar, entre outros aspectos, o âmbito subjetivo de aplicação do ACG / GPA relativamente a entidades adjudicantes brasileiras, nomeadamente percebendo quais as entidades de âmbito infra-estadual que estarão abrangidas pelo acordo.

O processo negocial tem vindo a decorrer, sendo de esperar que dure cerca de dois a três anos no total.

Em 3 de fevereiro de 2021, o Brasil apresentou a oferta inicial de acesso a mercado aos membros permanentes do Comitê do GPA, detalhando as compras públicas brasileiras que propõe serem abertas à concorrência internacional. Em março de 2021 foi dado início às negociações de adesão com base na proposta brasileira.

Se o Comité do GPA / ACG concordar com a adesão do Brasil, irão decorrer dois processos em paralelo: (i) no âmbito da OMC, o Comité do GPA / ACG fixará um prazo ao Brasil apresentar os documentos definitivos de adesão ao Diretor-Geral (geralmente, entre 3 e 6 meses); e (ii) no âmbito doméstico/nacional, caberá a edição de decreto legislativo pelo Congresso Nacional, a quem cabe ratificar internamente as adesões do Brasil a acordos internacionais.

Até ao momento registaram-se dificuldades que tornam imprevisível a conclusão do processo de adesão do Brasil ao

⁷⁵ Cfr. WTO, Trade Policy Review – Israel, WT/TPR/S/58, 13 August 1999, disponível em https://www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/tpriar.pdf, parágrafo 115: “the GPA allows developing countries to deviate from this rule (Article XVI). Israel has invoked developing-country status in the GPA”.

ACG / GPA. Em todo o caso, a adesão pode ter em consideração o período transitório caso, eventualmente, este venha a ser invocado ao abrigo do artigo V do ACG / GPA.

3. A CONTRATAÇÃO PÚBLICA NO ACORDO EU / MERCOSUL:

O momento em que o Brasil discutiu a eventual adesão ao GPA / ACG é igualmente aquele em que, depois de vinte anos de negociação, entrou em vigor o acordo EU/Mercosul.

Este é um acordo de nova geração, que se segue a outros acordos bilaterais concluídos pela União Europeia – como os acordos comerciais de nova geração celebrados com países como o Canadá (CETA); o Japão (JETA ou o Vietname. Através da celebração destes acordos a União Europeia visa, de alguma forma, contornar o congelamento de uma abordagem multilateral do comércio internacional causada pela paralisia da rodada de Doha, no âmbito da OMC, e, bem-assim, pela auto-exclusão dos Estados Unidos da América, assumida durante a presidência Trump.

Todos estes acordos incluem capítulos dedicados à abertura recíproca da contratação pública que copiam, em grande medida, o disposto no ACG / GPA.⁷⁶

Na América Latina, a União Europeia celebrou dois grandes acordos de comércio que beneficiam de capítulos dedicados à abertura recíproca dos mercados públicos.

No caso da Colômbia, Perú e Equador, o acordo de comércio livre outorgado com a União Europeia desde 2013⁷⁷

⁷⁶ O acordo de princípio, disponível em https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/june/tradoc_157964.pdf, reconhece esta circunstância na p. 11: “*The EU and Mercosur agreed to apply modern disciplines based on the principles of non-discrimination, transparency and fairness (and the detailed rules as set out in the revised version of the WTO’s Government Procurement Agreement).*”

⁷⁷ O Equador aderiu a este acordo em 1 de janeiro de 2017. O texto do acordo está publicado no JOUE, L 356/3, de 24.12.2016.

contém um anexo – XII - dedicado à abertura da contratação pública entre os Estados outorgantes.

O Acordo de Associação UE-América Central⁷⁸ estabelece, no título V (cfr. artigo 209.º e seguintes) e no anexo XVI, princípios e procedimentos gerais compatíveis com o ACG da OMC.

Prevê-se que o acordo de parceria EU-México, em vigor desde o ano 2000, e o acordo de Associação EU-Chile, celebrado em 2002, venham igualmente a contemplar disposições idênticas relativas a mercados públicos.

Também o acordo EU/Mercosul contém um capítulo – o nono - dedicado à contratação pública.⁷⁹

Tal significa que os países membros do Mercosul – Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai - terão de se preparar para abrir a contratação pública a vinte e sete Estados (todos os Estados-membros da União Europeia) dos quarenta e oito que fazem parte do GPA / ACG.

Esta circunstância implicará a abertura da contratação pública no Brasil – e, bem-assim, nos restantes países que compõem o Mercosul – à concorrência internacional ainda que, noutra plano, estejam a decorrer negociações tendo em vista a possível adesão do Brasil ao ACG / GPA.⁸⁰

É certo que, neste momento, verifica-se um impasse em torno da entrada em vigor do acordo EU/Mercosul que decorre,

⁷⁸ Este acordo tem sido aplicado a título provisório desde 1 de agosto de 2013 com as Honduras, a Nicarágua e o Panamá, desde 1 de outubro de 2013 com a Costa Rica e El Salvador, e desde 1 de dezembro de 2013 com a Guatemala.

⁷⁹ O acordo é composto por 17 capítulos subordinados aos seguintes temas: 1. Trade in Goods; 2. Rules of Origin; 3. Customs and Trade Facilitation; 4. Trade Remedies; 5. Sanitary and Phytosanitary Measures (SPS); 6. Dialogues; 7. Technical Barriers to Trade (TBT); 8. Services and Establishment; 9. Public Procurement; 10. Competition; 11. Subsidies; 12. State-owned Enterprises; 13. Intellectual Property Rights, including Geographical Indications; 14. Trade and Sustainable Development; 15. Transparency; 16. Small and Medium-sized Enterprises; 17. Dispute Settlement.

⁸⁰ Alguns têm criticado o capítulo referente a contratação pública do acordo EU/Mercosul por limitar o futuro do desenvolvimento local, nomeadamente limitando os programas de apoio ao comércio justo e sustentável.

essencialmente, de questões ambientais – face à deflorestação da amazónia - e agrícolas - nomeadamente pelo receio que agricultores europeus têm dos produtos agrícolas da América Latina, mais baratos e, em muitos casos, com mais qualidade

O impasse está associado à circunstância de ser necessário que os vinte e sete Estados-membros ratifiquem o acordo. Com efeito, em 2020, alguns parlamentos de Estados-membros da União Europeia recusaram a ratificação do acordo – como a Áustria; a Holanda ou Irlanda – e em 7 de outubro de 2020, o Parlamento Europeu manifestou oposição aos termos em que o acordo está redigido.

Porém, no momento em que tais obstáculos sejam ultrapassados, todos os países do Mercosul terão de abrir a contratação pública aos Estados-membros da União Europeia o que, em nosso entender, não pode deixar de corresponder a uma antecâmara para a possível adesão futura ao ACG /GPA de outros países membros do Mercosul e, possivelmente, de mais países da América Latina, considerando que, como vimos, muitos desses Estados já celebraram acordos comerciais com a União Europeia que acolhem, em grande medida, os princípios e regras do ACG.

A ser assim, cumprir-se-á um desígnio não-escrito da União Europeia: assegurar o relançamento do multilateralismo do comércio internacional através da aprovação de uma vasta rede de acordos bilaterais de nova geração.

4. CONCLUSÕES:

A contratação pública encontra-se inserida num complexo sistema jurídico internacional multinível, no qual o ACG aparece como referência para os países que, integrando a OMC, a ele aderiram.

Trata-se de um acordo que consagra princípios estruturantes da contratação pública, os quais devem ser importados para as organizações internacionais de que fazem parte os

Estados em causa (v.g. a União Europeia) e para o direito interno de cada Estado.

Apesar de o ACG prever, no artigo V, uma exceção para os países em vias de desenvolvimento a verdade é que, até ao momento, apenas os chamados países desenvolvidos aderiram ao acordo.

A possível adesão do Brasil ao ACG representará, por tudo isto, uma oportunidade para relançar o acordo e abrir a contratação pública a países que, historicamente, tem resistido à integração no acordo – como os chamados BRICS – harmonizando, cada vez mais, a contratação pública a nível mundial.

Sabendo-se que o processo de adesão poderá demorar alguns anos espera-se, no entanto, que a entrada em vigor do acordo de comércio entre a União Europeia e o Mercosul acelere o processo de harmonização do direito da contratação pública entre estes dois blocos económicos regionais e, atendendo à semelhança do capítulo sobre mercados públicos deste acordo de comércio com o ACG, antecipe a eventual necessidade de adaptação do direito brasileiro ao ACG.

A circunstância de o acordo EU/Mercosul envolver outros países da América Latina possibilitará que estes, de forma indireta, venham a acolher a maioria das regras do ACG e será apta a gerar um efeito *spill-over* dos princípios e regras de contratação pública identificadas no ACG sobre países vizinhos na América Latina podendo, também estes, vir, no futuro, a aderir ao ACG.



BIBLIOGRAFIA CITADA

ANDERSON, ROBERT A. / MULLER, ANNA CAROLINE,
Market access for government procurement of services:

comparing recent PTA's with WTO agreements, in Martin Roy e Juan Marchetti (eds), *Services Trade Liberalization: preferential trade agreements vs. the GATS*, WTO and Cambridge University Press, 2008, capítulo 12, pp. 435-474.

ANDERSON, ROBERT D., China's accession to the WTO agreement on government procurement: procedural considerations, potential benefits and challenges, and implications of the ongoing re-negotiation of the agreement, *Public Procurement Law Review*, 2008, n.º 17, pp. 161 174.

ANDERSON, ROBERT D. / KOVACIC, WILLIAM E., Competition Policy and International Trade Liberalisation: Essential Complements to Ensure Good Performance in Public Procurement Markets, in *PPLR*, n.º 18 (2), 2009, pp. 67-101.

ANDERSON, ROBERT D.; SCHOONER, STEVEN L.; SWAN, COLLIN D. The WTO's Revised Government Procurement Agreement- An Important Milestone Toward Greater Market Access And Transparency in Global Public Procurement Markets. *The Government Contractor*, v. 54, n. 1, 2012, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1984216>.

ANDERSON, ROBERT D. / MÜLLER, ANNA CAROLINE, Keeping Markets Open While ensuring Due Flexibility for Governments in a Time of Economic and Public Health Crisis: The Role of the WTO Agreement on Government Procurement (GPA), in *PPLR*, 29, Issue 4, 2020, pp. 189-198.

ARROWSMITH, SUE, *Government procurement in the WTO*, Kluwer Law International, 2003

CARREAU, DOMINIQUE / JUILLARD, PATRICK, *Droit International Economique*, Dalloz, Paris, 2007

CHOI, INBOM, *The long and winding road to the government*

- procurement agreement: Korea's accession experience, in WILL MARTIN e MARI PANJESTU (eds.), *Options for global trade reform: a view from the Asia-Pacific*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, capítulo 11, pp. 249-269
- CLERC, EVELYNE, *La mondialisation des marchés publics: bilan et perspectives de l'accord OMC sur les marchés publics*, in D. BATSELÉ et al. (éd.), *Les marchés publics à l'aube du XXIe siècle*, Bruxelles, 2000, pp. 141-194
- DAVIES, ARWEL, *Tackling private anti-competitive behaviour in public contract award under the WTO's agreement on government procurement*", in *World Competition*, n° 21, 1998, pp. 55-57
- DAVIES, ARWEL, *Remedies for enforcing the WTO Agreement on Government Procurement from the perspective of the European Community a critical view*, in *World Competition*, Junho de 1997, vol. 20, n.º 4, pp. 123-130.
- FOOTER, MARY *Remedies under the new GATT Agreement on Government Procurement*, in *PPLR*, n.º 2, 1995, pp. 80-93.
- GORDON, HARVEY, RIMMER, SHANE / ARROWSMITH, SUE, *The Economic impact of the European Union Regime on Public Procurement: Lessons for the WTO*, in *The World Economy*, 1998, vol. 21, issue 2, pp. 159-187
- GRILLER, STEFAN, *International Economic Law as a means to further Human Rights? Selective purchasing under the WTO Agreement on Government Procurement*, in *International Economic Governance and Non economic concerns*, Springer, Nova Iorque, 2003
- JACKSON, JOHN H., DAVEY, WILLIAM E SYKES, ALAN, *Legal Problems of International Relations*, West Publishing Co., 1995, 3ª edição
- KARRER, ALEXANDRE, *La libéralisation des marchés publics dans le cadre du GATT*, in Nicolas Michel (ed.),

- Aspects du droit des marchés publics – Droit Suisse, droit européen et droit comparé, Fribourg, 1992, pp. 31 e segs.
- KIM, DONG-HUN, Political institutions and the government procurement agreement of the WTO, in PPLR, n° 1, 2009, pp. 1-17
- MARTY, NICOLAS, Contracts Publics et Droit Européen des droits de l'homme, in Contrats Publics, Melanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal, volume I, Université Montpellier, 2006, pp. 321 344.
- MATSUSHITA, MITSUO, Major WTO dispute cases concerning government procurement, in Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy, vol. 1, n.º 2, 2006
- MEDEIROS, EDUARDO RAPOSO DE, Economia Internacional, Livraria Petrony, Lisboa, 2007
- OLIVEIRA, RAFAEL SÉRGIO LIMA DE / FORTINI, CRISTIANA, A adesão brasileira ao acordo de compras governamentais da Organização Mundial de Comércio, in R. Opin. Jur., Fortaleza, ano 18, n. 29, set./dez. 2020, pp. p.120-151, disponível em doi:10.12662/2447-6641oj.v18i29.p120-151.2020
- RODRIGUES, NUNO CUNHA, A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica, Almedina, Coimbra, Reimpressão, 2015
- RODRIGUES, NUNO CUNHA, As relações entre a União Europeia e o Brasil no contexto da internacionalização de contratos, in Revista de Direito Público da Economia, ano 12, n.º 45, Janeiro-Março 2014, editora Forum, Belo Horizonte, Brasil.
- RODRIGUES, NUNO CUNHA, The Use of Public Procurement as a Non-Tariff Barrier: Relations between the EU and the BRICS in the Context of the New EU Trade and Investment Strategy, in Public Procurement Law

- Review, Issue 3, 2017, pp. 135-149.
- NOTARO, NICOLA, L'intégration de l'accord international sur les marchés publics dans l'ordre juridique communautaire: aboutissement ou commencement, in *Revue de Marché Unique Européen*, n° 2, 1998, pp. 203-227
- REICH, ARIE, The new GATT Agreement on Government Procurement: The Pitfalls of Plurilateralism and Strict Reciprocity, in *Journal of World Trade*, n° 2, vol.31, Abril de 1997
- SCHNITZER, JOHANNES SIEGFRIED, The external sphere of public procurement: bi-regional trade relations from the perspective of the european community, in *PPLR*, n° 2, 2005, pp. 63-90
- SCHEDE, CHRISTIAN, The "Trondheim provision" in the WTO agreement on government procurement: does this "major revision" live up to the needs of the private sector?, in *PPLR*, n.º 5, 1996, pp. 161-185.
- VIANA, CLÁUDIA, Os princípios comunitários na contratação pública, Coimbra Editora, Coimbra, 2006,
- WEISS, LINDA, Global governance, national strategies: how industrialized states make room to move under the WTO, in *Review of International Political Economy*, n° 12, Dezembro 2005, pp. 723-749
- WOOD, DIANE P., The WTO Agreement on Government Procurement: an antitrust perspective, in Bernard M. Hoekman e Petros C. Mavroidis (eds.), *Law and Policy in Public Purchasing: the WTO agreement on government procurement*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1997
- YUKNIS, CRISTOPHER R. / SCHOONER, STEVEN L., Incrementalism: Eroding the impediments to a Global Public Procurement Market, in *Journal of International Law*, vol. 38, n° 529, Georgetown, 2007

REGULAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL POR ADJACÊNCIA: TRANSPLANTE SEMÂNTICO E CUSTOS REGULATÓRIOS

Regina Linden Ruaro¹

Juliano Heinen²

Resumo: A tese de que as jurisdições convergem para um modelo comum de regulação da inteligência artificial, ancorado na abordagem baseada em risco, tornou-se lugar-comum no debate jurídico. Este artigo submete essa tese a um teste documental e a uma análise de incentivos, e sustenta que o que circula entre os ordenamentos é um vocabulário, e não uma gramática regulatória. A partir de um corpus de cinquenta e dois documentos normativos e para-normativos de oito jurisdições, codificado segundo protocolo replicável, constrói-se um índice ordinal de densidade operacional que decompõe a etiqueta comum em cinco variáveis: a definição de sistema de inteligência artificial, a titularidade do limiar de risco, o momento da intervenção, a forma jurídica vinculante e o mecanismo de tutela individual. A adoção lexical do vocabulário do risco aparece nas oito jurisdições, e a densidade operacional varia de um a dez pontos na escala construída. O resultado se confirma no período de 2024 a 2026, em que a União Europeia adiou as obrigações de alto risco, os Estados Unidos revogaram a ordem executiva de 2023 e

¹ Doutora em Direito pela Universidad Complutense de Madrid e Pós doutorado pela Universidad San Pablo de Madri/Espanha. Professora Titular da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil. Endereço eletrônico para contato: ruaro@pucrs.br.

² Doutor e Pós-Doutor em Direito pela UFRGS. Professor permanente da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil. Procurador do Estado. Endereço eletrônico para contato: juliano.heinen@pucrs.br.

passaram a litigar contra leis estaduais, e o Colorado revogou a primeira lei estadual de risco antes de sua vigência. A explicação proposta é econômica: adotar o rótulo custa pouco e sinaliza alinhamento, ao passo que fixar limiares, alocar competência e financiar fiscalização custa muito e é internamente disputado. Daí decorre que a regulação efetiva migra para instrumentos adjacentes, hipótese examinada no caso brasileiro, para o qual se comparam três opções.

Palavras-Chave: regulação da inteligência artificial; análise econômica do direito; transplante semântico; regulação por adjacência; abordagem baseada em risco.

REGULATION OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE BY ADJACENCY: SEMANTIC TRANSPLANT AND REGULATORY COSTS

Abstract: The claim that jurisdictions are converging on a common model of artificial intelligence regulation, anchored in the risk-based approach, has become a commonplace of legal debate. This article submits that claim to a documentary test and to an analysis of incentives, and argues that what travels between legal orders is a vocabulary rather than a regulatory grammar. Drawing on a corpus of fifty-two normative and para-normative documents from eight jurisdictions, coded under a replicable protocol, it builds an ordinal index of operational density that decomposes the shared label into five variables: the breadth of the definition of an artificial intelligence system, who sets the risk threshold, the moment of intervention, the binding legal form and the mechanism of individual redress. Lexical adoption of the vocabulary of risk appears in all eight jurisdictions examined, while operational density ranges from one to ten points on the scale built here. The finding holds when the period from 2024 to 2026 is examined, during which the European Union

postponed its high-risk obligations, the United States revoked the 2023 executive order and began litigating against state statutes, and Colorado repealed the first state risk-based statute before it took effect. The explanation offered is economic: adopting the label is cheap and signals alignment, whereas setting thresholds, allocating competence and funding enforcement is expensive and domestically contested. Effective regulation therefore migrates to adjacent instruments, a hypothesis examined in the Brazilian case, for which three design options are compared with their expected costs.

Keywords: artificial intelligence regulation; law and economics; semantic transplant; regulation by adjacency; risk-based approach.

Sumário: 1. Introdução. 2. Estado da arte e lacuna de pesquisa. 3. Percurso metodológico: corpus, esquema de codificação e protocolo de replicação. 4. O transplante semântico como modelo operacional: variáveis, indicadores e matriz comparativa. 5. Economia da estratificação de risco: incentivos, custos e erro regulatório. 6. Hipóteses concorrentes e testes de refutação. 7. O caso brasileiro: regulação por adjacência e opções de desenho. 8. Limites do estudo. 9. Conclusões. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Entre agosto de 2024 e agosto de 2026, quatro decisões desmentiram a narrativa da convergência regulatória em inteligência artificial. A União Europeia, que havia fixado em lei uma estratificação de risco com prazos definidos, adiou por regulamento próprio a aplicação das obrigações de alto risco para dezembro de 2027, no caso dos sistemas autônomos, e para agosto de 2028, no caso dos sistemas incorporados a

produtos regulados.³ Os Estados Unidos revogaram, em janeiro de 2025, a ordem executiva de 2023 sobre desenvolvimento seguro de inteligência artificial e, em dezembro do mesmo ano, determinaram ao Departamento de Justiça que constituísse força-tarefa para impugnar leis estaduais consideradas onerosas.⁴ O Colorado, primeiro estado norte-americano a importar a arquitetura europeia para uma lei sobre discriminação algorítmica, revogou-a em maio de 2026, antes que sua vigência, já adiada duas vezes, chegasse a produzir qualquer efeito.⁵ O Brasil, cujo projeto de marco legal aguarda parecer do relator na Câmara dos Deputados desde março de 2025, viu entrar em vigor no mesmo intervalo um estatuto de proteção de crianças e adolescentes em ambientes digitais que impõe avaliação de risco e deveres de desenho a fornecedores de tecnologia, e converteu sua autoridade de proteção de dados em agência reguladora com receitas vinculadas e carreira própria.

Todas essas ordens jurídicas declaram adotar uma abordagem baseada em risco, apesar de, na essência, deterem divergências cruciais. Então, a pergunta que orienta o artigo nasce dessa pretensa coexistência: quando ordenamentos distintos afirmam adotar a mesma abordagem, o que exatamente se transfere

³ UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2026/1744 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de julho de 2026, que altera os Regulamentos (UE) 2024/1689, (UE) 2018/1139 e (UE) 2023/1230 no que respeita à simplificação da execução das regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial (Digital Omnibus on AI). *Jornal Oficial da União Europeia*, L, 2026/1744, 24 jul. 2026. Sobre as novas datas de aplicação, ver CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. *Artificial Intelligence: Council gives final green light to simplify and streamline rules*. Comunicado de imprensa, 29 jun. 2026.

⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Executive Order 14179, of January 23, 2025: Removing Barriers to American Leadership in Artificial Intelligence*. Washington, DC: The White House, 2025; e ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Executive Order of December 11, 2025: Ensuring a National Policy Framework for Artificial Intelligence*. Washington, DC: The White House, 2025.

⁵ COLORADO. *Senate Bill 24-205: Consumer Protections for Artificial Intelligence*. Denver: Colorado General Assembly, 2024; e COLORADO. *Senate Bill 26-189*. Denver: Colorado General Assembly, 2026, que revoga e reedita o diploma anterior com vigência a partir de 1º de janeiro de 2027.

entre eles, e quais consequências econômicas decorrem de transferir o rótulo sem transferir as decisões operacionais que lhe dariam conteúdo?

A literatura comparada sobre regulação da inteligência artificial descreve regimes e os agrupa em famílias, mas oferece poucos instrumentos que permitam medir quanto de um regime baseado em risco efetivamente se transferiu de um ordenamento para outro. A análise econômica do direito, por sua vez, dispõe de ferramentas consolidadas para tratar a escolha entre regras e standards e a escolha entre intervenção anterior ao dano e responsabilização posterior, sem que essas ferramentas tenham sido mobilizadas para explicar a difusão internacional de uma categoria regulatória. A lacuna que este trabalho busca ocupar está no encontro dessas duas linhas: falta um modelo operacional que torne comparável, variável a variável, o que cada ordenamento de fato decidiu, e falta uma explicação de incentivos capaz de dar conta do padrão observado.

A tese sustentada é a de que a difusão da abordagem baseada em risco opera como transplante semântico, tanto que o termo viaja porque sua adoção tem custo marginal próximo de zero e retorno de sinalização positivo, ao passo que as decisões que lhe dariam conteúdo têm custo elevado, incidem sobre beneficiários domésticos identificáveis e, por isso, são disputadas. Do desacoplamento entre um rótulo barato e uma operação cara decorre uma previsão verificável: onde o rótulo é adotado sem as decisões operacionais, a disciplina efetiva dos sistemas algorítmicos migra para instrumentos que não se anunciam como lei de inteligência artificial. A esse fenômeno se dá o nome de regulação por adjacência, e o caso brasileiro figura como manifestação intensa desse padrão, e não como exceção nacional.

A contribuição é, em primeiro lugar, metodológica: o artigo converte a intuição do transplante semântico em instrumento mensurável, o índice de densidade operacional, cujas regras de codificação são publicadas por inteiro, de modo que

possam ser replicadas e contestadas. Com ele, a comparação deixa de ser taxonomia e passa a funcionar como teste. Em seguida, a contribuição é teórica, ao distinguir o transplante semântico das tradições vizinhas dos transplantes jurídicos, do isomorfismo institucional e da transferência de políticas, e ao enunciá-lo de forma falseável. Por fim, a contribuição é aplicada, na análise de incentivos que explica por que o rótulo viaja e a operação fica para trás, e na tradução dessa análise em opções concretas de desenho para o legislador brasileiro, com custos e riscos identificados.

Para um país que ainda não legislou, o que está em jogo é a ordem de prioridades. Se a etiqueta é barata e a camada operacional é cara, importar a taxonomia europeia resolve pouco, e a agenda legislativa relevante desloca-se para a alocação de competência, a fixação de limiares verificáveis e o financiamento da capacidade de fiscalizar.

2. ESTADO DA ARTE E LACUNA DE PESQUISA

2.1 O QUE A TEORIA DA REGULAÇÃO CHAMA DE REGULAÇÃO BASEADA EM RISCO

Na literatura regulatória, a expressão tem sentido preciso e restrito, na medida em que ela descreve o modo como uma autoridade aloca recursos limitados de fiscalização em função da probabilidade e da gravidade dos danos que pretende evitar. Black e Baldwin identificam como traço comum a todos os arranjos desse tipo o gesto de começar pelos riscos, e não pelas regras, de sorte que o regulador identifica primeiro aquilo que quer prevenir para só depois desenhar deveres e priorizar alvos.⁶ Esse gesto, porém, esgota o que os arranjos compartilham. A partir dele as escolhas se abrem, e os autores demonstram que

⁶ BLACK, Julia; BALDWIN, Robert. Really responsive risk-based regulation. *Law & Policy*, v. 32, n. 2, p. 181-213, 2010, p. 181-183.

um sistema baseado em risco só funciona quando é responsivo ao comportamento e à cultura das empresas reguladas, ao ambiente institucional em que a autoridade atua, à interação entre diferentes controles regulatórios, ao desempenho do próprio regime e à mudança das condições ao longo do tempo.⁷ Um regime que copie a etiqueta sem calibrar esses elementos tende a mirar baixo e a falhar exatamente onde deveria proteger.

Baldwin, Cave e Lodge acrescentam que a estratificação de risco carrega sempre uma decisão política prévia, com frequência invisível, que é a de definir quais danos contam como risco relevante.⁸ Um mesmo sistema de reconhecimento facial pode ser lido como risco à segurança pública, como risco à privacidade ou como risco à igualdade, e cada leitura conduz a desenho normativo distinto. A escolha do dano a ser evitado antecede a técnica e a condiciona, razão pela qual a estratificação nunca é neutra: ela embute uma hierarquia de valores que a linguagem técnica costuma dissimular.

É nesse ponto que a categoria revela comportamento peculiar quando migra entre ordenamentos, ou seja, ela funciona como aquilo que Star e Griesemer chamaram de objeto de fronteira, isto é, uma construção robusta o bastante para manter identidade ao atravessar comunidades distintas e plástica o bastante para ser reinterpretada por cada uma delas segundo os próprios fins.⁹ O reconhecimento internacional de que a inteligência artificial deve ser regulada por risco é real, e é justamente a plasticidade do conceito que o torna possível.

2.2 O QUE A LITERATURA DA DIFUSÃO EXPLICA E O QUE DEIXA EM ABERTO

⁷ BLACK; BALDWIN, op. cit.

⁸ BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding regulation: theory, strategy, and practice*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

⁹ STAR, Susan Leigh; GRIESEMER, James R. Institutional ecology, translations and boundary objects: amateurs and professionals in Berkeley's Museum of Vertebrate Zoology, 1907-39. *Social Studies of Science*, v. 19, n. 3, p. 387-420, 1989, p. 393.

A ideia de que uma categoria jurídica viaja entre ordenamentos não é nova. Watson descreveu a migração de regras e institutos de um sistema para outro, muitas vezes por prestígio ou conveniência, com foco na norma que se desloca e no seu ajuste ao direito receptor.¹⁰ DiMaggio e Powell explicaram por que organizações submetidas a um mesmo campo tendem a se parecer, por pressões coercitivas, miméticas e normativas, com atenção à homogeneização das formas organizacionais.¹¹ Dolowitz e Marsh sistematizaram a transferência de políticas, rastreando como conhecimento sobre arranjos e ideias circula de um contexto para outro.¹² Bradford, por sua vez, mostrou como o tamanho do mercado europeu permite que padrões da União se tornem padrões globais sem cooperação internacional, porque empresas multinacionais preferem adotar um único padrão a manter vários.¹³

Cada uma dessas lentes observa uma unidade de análise diferente, e nenhuma delas observa a que interessa aqui. Por exemplo, Watson observa a regra que migra; já DiMaggio e Powell focam na forma organizacional que se homogeneiza; e Dolowitz e Marsh calculam o conteúdo de política que se transfere; Bradford empresta o padrão técnico que a empresa internaliza para vender no mercado europeu. O que este artigo investiga é anterior a todos esses movimentos, porque diz respeito ao próprio termo que atravessa a fronteira mantendo a grafia e

¹⁰ WATSON, Alan. *Legal transplants: an approach to comparative law*. 2. ed. Athens: University of Georgia Press, 1993, p. 21-30.

¹¹ DIMAGGIO, Paul J.; POWELL, Walter W. The iron cage revisited: institutional isomorphism and collective rationality in organizational fields. *American Sociological Review*, v. 48, n. 2, p. 147-160, 1983, p. 150-156.

¹² DOLOWITZ, David P.; MARSH, David. Learning from abroad: the role of policy transfer in contemporary policy-making. *Governance*, v. 13, n. 1, p. 5-24, 2000, p. 5-24.

¹³ BRADFORD, Anu. The Brussels effect. *Northwestern University Law Review*, v. 107, n. 1, p. 1-67, 2012; e BRADFORD, Anu. *The Brussels effect: how the European Union rules the world*. New York: Oxford University Press, 2020.

perdendo o conteúdo operacional.

A distinção tem consequência empírica e torna a proposição falseável, tendo em vista que, diante de um transplante jurídico bem-sucedido, esperar-se-iam as mesmas regras operacionais nos ordenamentos receptores. Também, frente a isomorfismo, esperar-se-iam estruturas de fiscalização equivalentes. A de transferência de política tende a angariar desenho substantivo semelhante. Diante do efeito Bruxelas em sua versão de direito, esperar-se-ia a reprodução legislativa do padrão europeu com estabilidade. Portanto, bastaria demonstrar que a operacionalização do risco converge junto com a palavra para que a tese do transplante semântico ruísse. A seção 4 submete a categoria a esse teste.

2.3 O QUE A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO OFERECE E AINDA NÃO APLICOU

A economia da regulação dispõe de ferramentas maduras para tratar precisamente as escolhas que a etiqueta esconde. Kaplow formulou a distinção entre regras e *standards* em termos de custo: a regra é cara de produzir e barata de aplicar, porque o conteúdo normativo é determinado antes do fato, ao passo que o *standard* é barato de produzir e caro de aplicar, porque o conteúdo é determinado depois, caso a caso.¹⁴ A escolha entre eles depende, sobretudo, da frequência da conduta regulada e da heterogeneidade das situações a que a norma se aplica, o que fornece um critério verificável para decidir quando um limiar de risco deve ser fixado em lei e quando deve ser deixado à autoridade.

Shavell tratou da escolha entre responsabilização posterior ao dano e regulação anterior a ele, e identificou quatro determinantes: (i) a diferença de conhecimento sobre a atividade

¹⁴ KAPLOW, Louis. Rules versus standards: an economic analysis. *Duke Law Journal*, v. 42, n. 3, p. 557-629, 1992.

arriscada entre a autoridade e as partes privadas, ou seja, quem entende mais do assunto?¹⁵; (ii) possibilidade de que o causador não tenha patrimônio suficiente para reparar integralmente, afinal, de nada adianta processar alguém “depois do estrago” se a pessoa for falida ou não tiver dinheiro para cobrir o prejuízo¹⁶; (iii) a chance de que sequer venha a ser demandado, a punição “depois do dano” só funciona como ameaça se o causador souber que *com certeza* será pego. Se for fácil esconder o erro, a ameaça de responder na justiça não assusta ninguém¹⁷; e (iv) os custos administrativos de cada instrumento. Criar leis, contratar fiscais e fazer inspeções diárias (regulação anterior) custa muito dinheiro público¹⁸. Por outro lado, manter juízes, perícias longas e advogados para julgar processos (responsabilização posterior) também é caro.¹⁹ O jurista e economista Steven Shavell analisou essa exata escolha: quando vale mais a pena esperar o dano acontecer para punir/cobrar, e quando vale mais a pena criar regras e proibições antes que o dano ocorra?²⁰ Aplicado à inteligência artificial, o critério não produz resposta única, e é esse resultado que interessa: a superioridade informacional das empresas

¹⁵ Uma grande empresa de tecnologia criando novo *software*. O governo não entende a fundo o código para criar leis detalhadas antes. Nesse caso, faz mais sentido usar a *responsabilização posterior* (deixar eles inovarem, mas cobrar caro se o sistema vazar dados de usuários). Já se a atividade envolve riscos conhecidos por especialistas padrão (ex: construir um prédio), o governo pode *regular antes*, exigindo alvarás e laudos de engenharia.

¹⁶ Imagine uma pequena fábrica de tintas no centro da cidade. Se ela pegar fogo e queimar o bairro inteiro, o prejuízo será de \$ 50 milhões, mas o dono só tem \$ 200 mil no banco. Processar essa fábrica depois do incêndio não vai indenizar as vítimas.

¹⁷ Exemplo: uma usina despeja de madrugada um produto químico em um rio gigante, e o peixe morre quilômetros abaixo. É muito difícil provar *de qual* fábrica veio a poluição. Se a chance de ser processado é baixa, as empresas vão arriscar poluir.

¹⁸ Imagine criar uma fiscalização pública que vá à casa de todo cidadão para checar se ele instalou a mangueira do botijão de gás corretamente. O custo disso para o Estado seria astronômico (*regulação anterior inviável*). É mais barato deixar as pessoas instalarem e responsabilizar civil e criminalmente quem agir com negligência e causar uma explosão (*responsabilização posterior*).

¹⁹ SHAVELL, Steven. Liability for harm versus regulation of safety. *The Journal of Legal Studies*, v. 13, n. 2, p. 357-374, 1984.

²⁰ Idem.

desenvolvedoras milita em favor da responsabilização posterior, enquanto a dispersão de danos de baixo valor individual, a dificuldade probatória de estabelecer nexo causal em sistemas opacos e a insuficiência patrimonial de fornecedores menores militam em favor da intervenção anterior.

A economia política da regulação, por fim, explica por que a fixação de limiares tende a ser adiada. Stigler sustentou que a regulação é frequentemente adquirida pela indústria e desenhada e operada em seu proveito.²¹ Laffont e Tirole formalizaram a captura em chave de teoria da agência e mostraram que o poder de um grupo de interesse é maior quando o seu interesse está na regulação ineficiente, e que a ineficiência se mede pelo grau de assimetria informacional entre a indústria regulada e o principal político.²² A consequência para o desenho de regimes de risco é direta: delegar a fixação do limiar para regulamentação futura transfere a decisão exatamente para a arena em que a assimetria informacional é maior.

A tramitação de propostas normativas sobre tecnologia revela com clareza o dilema enfrentado pelo legislador contemporâneo: a busca pelo equilíbrio entre a celeridade do avanço técnico e a firmeza das salvaguardas institucionais. Ao optar pela promulgação de normas de contornos gerais, delegando a especificação dos limiares de risco a atos infralegais subsequentes, o Poder Legislativo tenta contornar o chamado *pacing problem*. Todavia, essa estratégia de postergação transfere o eixo decisório da arena parlamentar, notadamente exposta ao debate público, para o âmbito estritamente administrativo e regulatório, onde a assimetria informacional entre o Estado e os agentes regulados se manifesta de forma acentuada. Dessa forma, o adiamento da fixação dos parâmetros quantitativos e qualitativos de

²¹ STIGLER, George J. The theory of economic regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 2, n. 1, p. 3-21, 1971.

²² LAFFONT, Jean-Jacques; TIROLE, Jean. The politics of government decision-making: a theory of regulatory capture. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 106, n. 4, p. 1089-1127, 1991.

risco cria um cenário propício para a preservação de vantagens estruturais. Na ausência de critérios objetivos postos na lei primária, a autoridade reguladora arrisca tornar-se refém das métricas, vocabulários e diagnósticos fornecidos pelos próprios atores dominantes do mercado. O resultado desse processo é um regime regulatório que, sob a justificativa de proteger a sociedade e incentivar a inovação, acaba por consolidar posições de domínio e enfraquecer os mecanismos de tutelas dos direitos fundamentais afetados.

2.4 A LACUNA

Nenhuma dessas duas literaturas conversa com a outra no ponto que importa. Os estudos comparados de regulação da inteligência artificial mapeiam regimes e param na taxonomia, sem instrumento que permita ordenar as jurisdições segundo o quanto efetivamente decidiram. A análise econômica do direito dispõe do instrumental para avaliar essas decisões, mas o aplica ao desenho interno de um regime, e não à sua difusão internacional. Então, pretende-se ocupar esse espaço ao construir um índice ordinal que decompõe a etiqueta em variáveis observáveis nos textos, e ao usar o resultado para formular e testar uma explicação de incentivos sobre por que a difusão se dá no plano lexical e não no operacional.

3. PERCURSO METODOLÓGICO: CORPUS, ESQUEMA DE CODIFICAÇÃO E PROTOCOLO DE REPLICAÇÃO

A pesquisa é qualitativa, documental e comparada, e adota como técnica a análise de conteúdo de textos regulatórios com codificação orientada por variáveis fixadas a priori. O objetivo não foi medir a frequência de cláusulas em amostra representativa, o que exigiria desenho probabilístico, e sim reconstruir como a categoria risco é definida e operacionalizada em

cada regime, de modo que os resultados sejam comparáveis entre jurisdições e auditáveis por terceiros. Logo, a exposição que segue foi construída para permitir replicação: os critérios de seleção, o esquema de codificação, os exemplos de trechos codificados e o protocolo de leitura estão publicados por inteiro nos quadros desta seção.

3.1 COMPOSIÇÃO DO *CORPUS* E CRITÉRIOS DE SELEÇÃO

O corpus reúne cinquenta e dois documentos de oito jurisdições, coletados até 15 de agosto de 2026. A seleção obedeceu a três critérios cumulativos de inclusão: o documento deveria tratar expressamente da regulação ou da governança de sistemas algorítmicos ou de inteligência artificial; deveria emanar de autoridade pública competente, entendida como legislador, chefe de Estado ou de governo, autoridade administrativa com competência normativa ou tribunal; e deveria estar acessível em fonte oficial no momento da coleta. Foram excluídos textos de natureza estritamente acadêmica, documentos inacessíveis em fonte oficial, instrumentos que apenas tangenciavam o tema sem dispor sobre sistemas algorítmicos e normas de contratação pública sem conteúdo algorítmico específico, ainda que citadas em versões anteriores desta pesquisa.

A escolha das oito jurisdições segue lógica de sistemas mais diferentes, e não de sistemas mais semelhantes, de modo que o objetivo não foi comparar casos próximos para isolar uma variável, e sim reunir contextos que maximizassem a variação em família jurídica e em filosofia regulatória, de modo a verificar se o vocabulário do risco resiste a diferenças estruturais profundas. O conjunto abrange um sistema de direito codificado com lei específica em vigor, dois sistemas de *common law* com regulação fragmentada ou principiológica, um Estado de partido único com forte controle estatal, dois sistemas de *common law*

que recorrem a diretrizes administrativas e dois grandes países em desenvolvimento que ainda constroem seus marcos. Se, mesmo entre casos tão distantes, a mesma palavra recobre operações divergentes, a tese ganha robustez por sobreviver ao desenhos mais adverso.

Duas limitações de amostragem devem ficar expressas para que o leitor calibre o alcance das conclusões. A primeira é de escopo geográfico, porque a seleção privilegia o Norte global somado a três economias emergentes e deixa de fora casos relevantes da Ásia regulatória, entre eles o Japão e a Coreia do Sul, cujas trajetórias, mais próximas de modelos orientados à inovação, enriqueceriam o contraste. A segunda é de estatuto documental, e comanda o modo de leitura. Como o *corpus* mistura direito vigente, propostas em tramitação e discurso regulatório não vinculante, a análise não trata esses materiais como equivalentes: afirmações sobre o que já obriga apoiam-se apenas em normas vinculantes em vigor; projetos de lei e estratégias entram como indício de intenção regulatória, nunca como direito aplicável; e orientações e frameworks valem como leitura oficial do problema, não como comando.

Quadro 1 - Composição do corpus por jurisdição, com natureza normativa dos documentos

Jurisdição	Documentos que compõem o corpus	Natureza predominante	N
União Europeia	Regulamento (UE) 2024/1689; Regulamento (UE) 2026/1744; Regulamento (UE) 2016/679; COM(2021) 206 final; Resolução do Parlamento Europeu TA-9-2020-0275; Guidelines 3/2020 do EDPB; comunicação da Comissão sobre a abordagem europeia para a IA	Lei vinculante em vigor, proposta legislativa e orientações	7
Estados Unidos	Executive Order 14110 (2023, revogada); Executive Order 14179 (2025); Executive Order de 11 de dezembro de 2025; America's AI Action Plan (2025); NIST AI RMF 1.0 (2023); relatórios e orientações da FTC; Colorado SB 24-205 (2024); Colorado SB 25B-004 (2025); Colorado SB 26-189 (2026)	Atos do Executivo, framework voluntário e leis estaduais	9

Jurisdicção	Documentos que compõem o corpus	Natureza predominante	N
China	Medidas Provisórias para serviços de IA generativa (2023); Provisões sobre deep synthesis (2022); Normas Éticas para IA de nova geração (2021); Lei de Proteção de Informações Pessoais (2021); Lei de Segurança Cibernética (2017); diretrizes do MOST para zonas-piloto (2021)	Regulamentos setoriais vinculantes e diretrizes	6
Reino Unido	A Pro-Innovation Approach to AI Regulation (2023); Bletchley Declaration (2023); Data Protection Act 2018; orientações do ICO sobre IA e proteção de dados; decisão sancionatória do ICO no caso Clearview AI (2021)	Princípios, soft law e enforcement setorial	5
Canadá	Directive on Automated Decision-Making (2020); PIPEDA (2000); consulta do ISED sobre IA e governança de dados (2023); orientações do OPC sobre privacidade e IA (2023)	Diretriz administrativa vinculante e consultas	4
Índia	Digital Personal Data Protection Act 2023; Estratégia Nacional de IA (2018); Estratégia Nacional de IA, parte 2 (2023); IT Intermediary Guidelines and Digital Media Ethics Code Rules (2021)	Lei de dados e estratégias setoriais	4
Austrália	Safe and Responsible AI in Australia (2023); Privacy Act Review Report (2019); orientações do OAIC sobre privacidade e IA (2023)	Framework de princípios e orientações	3
Brasil	Constituição de 1988 (arts. 3º, IV, e 5º); Lei 12.965/2014; Lei 13.709/2018; Lei 13.853/2019; Lei 15.211/2025; Lei 15.352/2026; Decreto 12.880/2026; Decreto 12.881/2026; Resolução CD/ANPD 1/2022; Resolução CD/ANPD 33/2026; Edital ANPD 2/2025; orientações preliminares da ANPD sobre aferição de idade (2026); PL 2.338/2023; decisão do STF nos Temas 987 e 533 (2025)	Regulação por adjacência e projeto em tramitação	14
Total			52

Fonte: elaborado pelos autores. As referências completas constam ao final, separadas em legislação, documentos

normativos e jurisprudência.

3.2 ESQUEMA DE CODIFICAÇÃO

A codificação seguiu procedimento misto, porque as categorias iniciais foram derivadas da discussão teórica da seção 2, com atenção às escolhas que Black e Baldwin identificam como determinantes do funcionamento de um regime baseado em risco, e foram refinadas durante a leitura, quando os próprios textos sugeriram distinções que a literatura não antecipava, como a diferença entre transparência do sistema e explicação da decisão individual. Cada documento foi lido integralmente ou, quando muito extenso, nas seções pertinentes às variáveis, e os trechos relevantes foram anotados e agrupados por variável, o que permitiu comparar não o que cada regime diz sobre si mesmo, mas o que efetivamente prescreve.

O Quadro 2 apresenta as cinco variáveis, suas definições operacionais, as categorias de pontuação e um exemplo de trecho codificado para cada uma. As pontuações vão de zero a dois pontos por variável, de modo que o índice de densidade operacional varia entre zero e dez pontos. Registre-se desde já o que o índice mede e o que não mede: ele afere a densidade operacional de um regime especificamente dirigido a sistemas de inteligência artificial, e nada diz sobre a qualidade geral da regulação digital de um país nem sobre o mérito dos interesses que o regime protege.

Quadro 2 - Esquema de codificação: variáveis, definições operacionais, categorias e exemplos

Variável	Definição operacional	Categorias e pontuação	Exemplo de trecho codificado
V1. Definição de sistema de IA	Existência, alcance e força vinculante da definição normativa do objeto regulado	0 = inexistente 1 = presente em instrumento não vinculante ou setorialmente restrita 2 = presente em norma vinculante de alcance geral	Regulamento (UE) 2024/1689, art. 3º, 1: definição geral de sistema de IA em norma vinculante, alinhada à formulação da OCDE. Codificado como 2. Estratégia Nacional de IA da Índia: caracterização em

Variável	Definição operacional	Categorias e pontuação	Exemplo de trecho codificado
			documento de discussão. Codificado como 1.
V2. Titularidade do limiar de risco	Órgão que decide quais sistemas são de alto risco e sob quais critérios	0 = limiar inexistente ou remetido a regulamentação futura indeterminada 1 = fixado por regulador setorial ou ato administrativo 2 = fixado no próprio texto legal	Regulamento (UE) 2024/1689: práticas vedadas no texto e domínios de alto risco em anexo. Codificado como 2. Directive on Automated Decision-Making do Canadá: níveis de avaliação de impacto definidos em ato do Executivo. Codificado como 1.
V3. Momento da intervenção	Posição temporal do dever em relação à colocação do sistema no mercado ou à decisão que afeta o indivíduo	0 = exclusivamente posterior ao dano 1 = misto, ou anterior restrito a um setor 2 = anterior e de alcance geral	Lei 15.211/2025 e Decreto 12.880/2026: deveres de desenho e aferição de idade anteriores à oferta, restritos a produtos de acesso provável por menores. Codificado como 1.
V4. Forma jurídica	Natureza do instrumento que veicula o regime específico de IA e existência de sanção própria	0 = soft law, estratégia ou princípios 1 = híbrida: ato administrativo vinculante, ou lei vinculante adjacente sem rótulo de IA 2 = lei vinculante específica com sanção própria	Medidas Provisórias chinesas para IA generativa: regulamento vinculante com sanção. Codificado como 2. A Pro-Innovation Approach do Reino Unido: documento de política sem força vinculante. Codificado como 0.
V5. Tutela individual	Existência de posição jurídica acionável pelo indivíduo diante da decisão automatizada	0 = inexistente 1 = tutela indireta, procedimental ou por lei adjacente sem conteúdo próprio 2 = direito subjetivo expresso de obter explicação e contestar a decisão	Lei 13.709/2018, art. 20 e § 1º: direito de solicitar revisão e de obter informações sobre critérios e procedimentos. Codificado como 2. PIPL chinesa, art. 24: direito de exigir explicação e recusar decisão exclusivamente automatizada, sem articulação com regime de IA. Codificado como 1.

Fonte: elaborado pelos autores a partir da leitura do corpus e das categorias derivadas de Black e Baldwin (2010) e Baldwin, Cave e Lodge (2012).

3.3 PROTOCOLO DE LEITURA E REPLICAÇÃO

Para que a codificação possa ser reproduzida e contestada, o Quadro 3 registra a sequência de operações executadas sobre cada documento, com as regras de decisão adotadas nos casos de dúvida. A regra geral, aplicada sempre que o texto não permitia enquadramento seguro, foi a de pontuar para baixo, o que torna o índice conservador em relação à tese defendida: como a tese sustenta que a densidade operacional é menor do que a retórica sugere, pontuar para baixo em caso de dúvida poderia ser lido como viés favorável. Por isso, cada atribuição de pontuação inferior ao máximo está justificada no texto da seção 4, com indicação do documento que a sustenta, de modo que o leitor possa refazer o julgamento.

Quadro 3 - Protocolo de leitura e replicação

Etapas	Operação executada	Regra de decisão adotada
1	Verificação de elegibilidade do documento segundo os três critérios cumulativos de inclusão	Na ausência de fonte oficial acessível na data da coleta, o documento é excluído e a exclusão é registrada
2	Classificação do documento por estatuto normativo: lei vinculante, ato administrativo, proposta, orientação ou framework	Documento cuja força vinculante seja controversa é classificado no estatuto inferior
3	Leitura integral ou, em documentos extensos, das seções pertinentes às cinco variáveis	Seções pertinentes são localizadas por busca das expressões risco, sistema de inteligência artificial, decisão automatizada e seus equivalentes na língua original
4	Anotação dos trechos relevantes e agrupamento por variável	Trecho que informe mais de uma variável é anotado em cada uma delas
5	Atribuição de pontuação por variável, no nível da jurisdição e não do documento	Prevalece o documento de maior estatuto normativo em vigor; propostas não elevam a pontuação
6	Consolidação do índice e conferência das pontuações contra a justificação escrita	Em caso de dúvida entre duas categorias, atribui-se a inferior, e a atribuição é justificada no corpo do texto
7	Registro da situação temporal e das alterações verificadas no período de observação	Alteração posterior à data de encerramento da coleta não é incorporada

Fonte: elaborado pelos autores.

Um esclarecimento sobre a natureza das afirmações comparativas é necessário e responde a objeção legítima.

Sempre que o texto registra que determinado dever é recorrente no *corpus*, trata-se de constatação qualitativa sobre a presença desse dever nos documentos analisados, e não de medida estatística sobre uma população de legislações, afinal, o *corpus* é heterogêneo e não amostral, e por isso não comporta inferência de frequência. Aliás, o índice de densidade operacional, do mesmo modo, é ordinal e heurístico: ele ordena as jurisdições segundo regras explícitas, sem pretender que a distância entre cinco e seis pontos tenha o mesmo significado que a distância entre um e dois.

4. O TRANSPLANTE SEMÂNTICO COMO MODELO OPERACIONAL: VARIÁVEIS, INDICADORES E MATRIZ COMPARATIVA

A aplicação do esquema de codificação aos cinquenta e dois documentos produz o resultado sintetizado no Quadro 4. Antes dele, vamos justificar cada atribuição de pontuação, porque é nessa justificação que a comparação se torna verificável.

4.1 APLICAÇÃO DO ÍNDICE, JURISDIÇÃO A JURISDIÇÃO

A União Europeia é o único caso do *corpus* que pontua o máximo em todas as variáveis. O Regulamento (UE) 2024/1689 define sistema de inteligência artificial em norma vinculante de alcance geral, alinhando-se à formulação da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico, classifica os sistemas em faixas cujos limiares são fixados no próprio texto legal e em anexo, submete os sistemas de alto risco a exigências anteriores à colocação no mercado e prevê sanções próprias.²³ Quanto à tutela individual, o regulamento assegura o

²³ UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2024/1689 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de junho de 2024, que estabelece regras harmonizadas em matéria de

direito de apresentar reclamação à autoridade de fiscalização do mercado e o direito de obter explicação sobre decisão individual tomada com base em sistema de alto risco, o que se soma às garantias do artigo 22 do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados.²⁴ Dez pontos, portanto, na arquitetura vigente. A ressalva temporal que o Regulamento (UE) 2026/1744 introduziu não altera essa pontuação, porque adia a aplicação das obrigações sem retirá-las do texto, mas é decisiva para a leitura do Quadro 5.

A China pontua seis, porque a definição de inteligência artificial nos instrumentos mais salientes gravita em torno da capacidade de gerar conteúdo, e não constitui definição vinculante de alcance geral, o que rende um ponto. O limiar é fixado por autoridade administrativa central, e não pelo legislador, o que rende outro ponto. Veja bem: o momento é misto, porque as Medidas Provisórias para a Gestão de Serviços de Inteligência Artificial Generativa combinam exigências anteriores à oferta do serviço com fiscalização e sanção posteriores.²⁵ A forma é concretamente vinculante, com sanção própria, o que rende dois pontos. Quanto à tutela individual, a Lei de Proteção de Informações Pessoais assegura ao indivíduo, no artigo 24, o direito de exigir explicação e de recusar decisão tomada exclusivamente por meios automatizados quando ela tenha impacto significativo sobre seus direitos e interesses, mas essa posição jurídica não se articula com um regime específico de inteligência artificial, o que rende um ponto.²⁶

O Brasil também pontua seis, e esse resultado é o mais

inteligência artificial. *Jornal Oficial da União Europeia*, L, 2024/1689, 12 jul. 2024. A versão consolidada em vigor incorpora as alterações do Regulamento (UE) 2026/1744.

²⁴ Regulamento (UE) 2024/1689, arts. 85 e 86; e UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016. *Jornal Oficial da União Europeia*, L 119, 4 maio 2016, art. 22.

²⁵ CHINA. Cyberspace Administration of China. *Interim Measures for the Management of Generative Artificial Intelligence Services*. Pequim: CAC, 13 jul. 2023.

²⁶ CHINA. National People's Congress. *Personal Information Protection Law of the People's Republic of China*. Pequim: NPC, 20 ago. 2021, art. 24.

contraintuitivo da matriz, porque o país é rotineiramente descrito como ordenamento que ainda não regulou inteligência artificial. A definição de sistema de inteligência artificial existe apenas em projeto de lei, instrumento não vinculante para os fins da codificação, o que rende um ponto, e o limiar de risco é fixado, na prática, por instrumento adjacente, uma vez que o Estatuto Digital da Criança e do Adolescente gradua obrigações conforme o risco que o produto ou serviço represente para menores, com fiscalização atribuída à autoridade de proteção de dados, o que rende um ponto.²⁷ O momento é misto, porque o mesmo estatuto impõe deveres anteriores à oferta do serviço, ao passo que a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e a jurisdição constitucional operam predominantemente depois do dano. A forma é híbrida, porque há direito vinculante com sanção, mas em instrumento que não se anuncia como lei de inteligência artificial. Quanto à tutela individual, o artigo 20 da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais assegura direito subjetivo expresso de solicitar revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado, acompanhado do dever de informar critérios e procedimentos, o que rende dois pontos.²⁸

A pontuação máxima nessa última variável merece qualificação, e ela reforça o argumento central em vez de enfraquecê-lo. Veja que o § 3º do artigo 20, que exigia revisão por pessoa natural, foi vetado quando da conversão da medida que criou a autoridade nacional, e o veto foi mantido pelo Congresso Nacional em outubro de 2019, sob o argumento de que a revisão humana obrigatória inviabilizaria modelos de negócio e afetaria

²⁷ BRASIL. Lei nº 15.211, de 17 de setembro de 2025. Dispõe sobre a proteção de crianças e de adolescentes em ambientes digitais. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 18 set. 2025; e BRASIL. Decreto nº 12.880, de 18 de março de 2026. Regulamenta a Lei nº 15.211, de 2025, e institui a Política Nacional de Promoção e Proteção dos Direitos da Criança e do Adolescente no Ambiente Digital. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 18 mar. 2026, edição extra.

²⁸ BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 15 ago. 2018, art. 20, caput e § 1º.

a análise de risco de crédito.²⁹ Aliás, o direito subjetivo permaneceu no texto, e por isso a codificação atribui dois pontos, mas o conteúdo operacional da revisão, isto é, quem revisa, foi retirado precisamente na etapa em que o custo recairia sobre agentes econômicos identificáveis. Ao fim, cumpre dizer que o episódio é uma ilustração doméstica e verificável do mecanismo que a seção 5 descreve.

O Canadá pontua cinco, dado que a Directive on Automated Decision-Making define os sistemas alcançados e estabelece níveis de avaliação de impacto algorítmico com deveres proporcionais, o que configura limiar fixado por ato do Executivo e intervenção anterior à decisão, ainda que restrita ao setor público federal.³⁰ A forma é vinculante para as instituições federais, mas não alcança o setor privado, o que rende um ponto em cada variável, e a tutela individual opera por mecanismos de recurso previstos na própria diretriz e pela legislação de privacidade.

O Reino Unido pontua três, tendo em vista que o documento de política de 2023 caracteriza a inteligência artificial por adaptabilidade e autonomia, sem definição vinculante, e confia a regulação a princípios aplicados pelos reguladores setoriais existentes, em vez de instituir lei única com faixas de risco.³¹ A intervenção é posterior ao dano, a forma é principiológica e a tutela individual opera pela legislação de proteção de dados, e não por regime próprio, o que não impede sanção efetiva, como demonstrou a atuação do Information Commissioner's Office no caso *Clearview*.³²

²⁹ BRASIL. Lei nº 13.853, de 8 de julho de 2019, que alterou a Lei nº 13.709/2018 e vetou o § 3º do art. 20. O veto foi apreciado e mantido em sessão conjunta do Congresso Nacional em 2 de outubro de 2019.

³⁰ CANADÁ. Treasury Board of Canada Secretariat. *Directive on Automated Decision-Making*. Ottawa: Treasury Board, 2020.

³¹ REINO UNIDO. Department for Science, Innovation and Technology. *A pro-innovation approach to AI regulation*. Londres: DSIT, 2023.

³² REINO UNIDO. Information Commissioner's Office. *ICO fines Clearview AI Inc for breaking UK data protection laws*. Londres: ICO, 2021.

A Austrália pontua dois e a Índia pontua um. No caso australiano, o *framework* de 2023 e as orientações da autoridade de privacidade caracterizam a inteligência artificial sem fixar limiar próprio nem estabelecer forma vinculante específica, restando a tutela individual ancorada na legislação de privacidade preexistente. Já no caso indiano, a Estratégia Nacional define inteligência artificial em instrumento não vinculante e desloca o centro de gravidade do problema para inclusão digital e desenvolvimento econômico, sem que o *Digital Personal Data Protection Act* de 2023 institua posição jurídica específica contra decisão automatizada.³³

Os Estados Unidos pontuam um, e a trajetória que conduziu a esse resultado é a mais instrutiva do *corpus*. Em 2023, a ordem executiva 14110 e o *framework* de gestão de risco do *National Institute of Standards and Technology* forneciam vocabulário e método voluntário, sem estratificação vinculante.³⁴ Em janeiro de 2025, a ordem executiva 14179 revogou a de 2023 e determinou a revisão de todos os atos praticados sob sua vigência. Em dezembro de 2025, nova ordem executiva instruiu o Procurador-Geral a constituir força-tarefa para impugnar leis estaduais e determinou ao Departamento de Comércio que identificasse, em noventa dias, os diplomas estaduais tidos por onerosos, além de condicionar o acesso a financiamento federal de banda larga ao alinhamento das políticas estaduais. Ao fim desse percurso, a definição de inteligência artificial subsiste apenas em instrumentos não vinculantes, não há limiar de risco fixado por autoridade federal, a intervenção é posterior e setorial, a forma é *soft law* e não existe posição jurídica individual específica contra a decisão algorítmica no plano federal.

Quadro 4 - Matriz comparativa: índice de densidade operacional (IDO) por jurisdição

³³ ÍNDIA. NITI Aayog. *National Strategy for Artificial Intelligence*: discussion paper. Nova Délhi: NITI Aayog, 2018; e ÍNDIA. Ministry of Electronics and Information Technology. *Digital Personal Data Protection Act 2023*. Nova Délhi: MeitY, 2023.

³⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. National Institute of Standards and Technology. *AI Risk Management Framework (AI RMF 1.0)*. Gaithersburg: NIST, 2023.

Jurisdição	V1	V2	V3	V4	V5	IDO	Leitura
União Europeia	2	2	2	2	2	10	Densidade alta. Limiar em lei, dever anterior ao mercado, sanção própria e tutela individual expressa
China	1	1	1	2	1	6	Densidade intermediária. Limiar fixado por autoridade central, interesse protegido é o controle de conteúdo
Brasil	1	1	1	1	2	6	Densidade intermediária produzida integralmente por instrumentos adjacentes, sem lei de IA em vigor
Canadá	1	1	1	1	1	5	Densidade intermediária restrita ao setor público federal, por ato do Executivo
Reino Unido	1	1	0	0	1	3	Densidade baixa. Princípios aplicados por reguladores setoriais, tutela pela lei de dados
Austrália	1	0	0	0	1	2	Densidade baixa. Framework de princípios sobre legislação preexistente
Estados Unidos	1	0	0	0	0	1	Densidade baixa e decrescente. Revogação do instrumento federal e impugnação de leis estaduais
Índia	1	0	0	0	0	1	Densidade baixa. Prioridade deslocada para inclusão digital e desenvolvimento

Fonte: elaborado pelos autores a partir da codificação do corpus. V1, definição de sistema de IA; V2, titularidade do limiar de risco; V3, momento da intervenção; V4, forma jurídica; V5, tutela individual. Escala de 0 a 2 pontos por variável, com IDO máximo de 10 pontos. Situação em 15 de agosto de 2026.

4.2 O QUE A MATRIZ MOSTRA

A adoção lexical é uniforme e a densidade operacional é dispersa, uma vez que as oito jurisdições empregam o vocabulário do risco em documentos oficiais, e nesse plano a convergência é real e verificável. Quando se desce às decisões que dão conteúdo ao vocabulário, a dispersão vai de um a dez pontos, e

o agrupamento resultante não coincide com as famílias jurídicas nem com o nível de desenvolvimento econômico. A União Europeia forma um grupo isolado no topo. China, Brasil e Canadá formam um grupo intermediário, com pontuações entre cinco e seis, embora protejam interesses distintos e recorram a instrumentos distintos. Reino Unido, Austrália, Índia e Estados Unidos formam o grupo de baixa densidade, com pontuações entre um e três.

O empate entre China e Brasil em seis pontos merece comentário, porque expõe o que o índice mede e o que ele deliberadamente ignora. Os dois regimes têm densidade operacional semelhante e finalidades opostas: na China, o limiar é fixado pelo poder central e o interesse protegido é a segurança estatal e o controle de conteúdo; no Brasil, o limiar emerge de instrumentos voltados à proteção de dados pessoais e de crianças, e o interesse protegido são direitos fundamentais. Densidade não é direção, e um índice que confundisse as duas coisas seria inútil para a comparação. A leitura correta é a de que a etiqueta comum recobre, com igual densidade operacional, projetos regulatórios incompatíveis entre si, o que constitui a evidência mais direta do transplante semântico.

O segundo resultado contraintuitivo diz respeito ao Brasil e aos Estados Unidos. O ordenamento descrito como aquele que ainda não regulou inteligência artificial pontua seis, ao passo que o ordenamento sede das principais empresas do setor pontua um. A explicação não está em qualquer superioridade regulatória brasileira, e sim no fato de que a densidade operacional brasileira foi produzida por instrumentos que não se anunciam como lei de inteligência artificial. A ver que é esse achado que a seção 7 desenvolve.

4.3 A INSTABILIDADE TEMPORAL COMO SEGUNDO TESTE

Uma matriz estática poderia sugerir que a dispersão observada é apenas efeito do calendário, com jurisdições em estágios distintos de um mesmo percurso. Por isto que o Quadro 5 afasta essa leitura ao registrar o que ocorreu com a camada operacional de cada regime entre agosto de 2024 e agosto de 2026, período em que o vocabulário do risco permaneceu inalterado em todos os documentos oficiais examinados.

Quadro 5 - Estabilidade do rótulo e instabilidade da operação, agosto de 2024 a agosto de 2026

Jurisdição	Situação em agosto de 2024	Alteração verificada no período	Situação em agosto de 2026	Rótulo
União Europeia	Regulamento em vigor, obrigações de alto risco previstas para 2 de agosto de 2026	Regulamento (UE) 2026/1744 adia as obrigações para 2 de dezembro de 2027 e 2 de agosto de 2028, exclui produtos do regulamento de máquinas da aplicação direta, flexibiliza o dever de literacia e adia a instituição de ambientes de teste nacionais	Regulamento em vigor com obrigações centrais suspensas	Mantido
Estados Unidos	Ordem executiva de 2023 e framework voluntário do NIST	Revogação da ordem de 2023 em janeiro de 2025; plano de ação em julho de 2025; ordem executiva de dezembro de 2025 instituindo força-tarefa para impugnar leis estaduais e condicionando financiamento federal	Ausência de regime federal e política ativa de preempção	Mantido
Colorado	Primeira lei estadual de risco aprovada em maio de 2024, vigência prevista para fevereiro de 2026	Adiamento para junho de 2026 por lei de agosto de 2025; suspensão judicial da execução em abril de 2026; revogação e reedição pelo SB 26-189 em maio de 2026	Regime de informação sobre decisão automatizada, com vigência em janeiro de 2027	Mantido
Brasil	Projeto de marco legal em votação no Senado Federal	Aprovação no Senado em dezembro de 2024 e remessa à Câmara em março de 2025, sem votação concluída; entrada em vigor do ECA Digital e do Decreto 12.880/2026; conversão da autoridade de proteção de dados em agência reguladora	Camada operacional construída por instrumentos adjacentes, sem lei de IA	Mantido

Fonte: elaborado pelo autor a partir dos documentos do corpus.

A trajetória do Colorado é o teste mais severo a que a tese poderia ser submetida, dado que o estado adotou, em maio de 2024, a primeira lei estadual norte-americana de proteção do consumidor contra discriminação algorítmica, com arquitetura reconhecidamente inspirada no modelo europeu, incluindo dever de cuidado, avaliações de impacto e presunção relativa de conformidade para quem seguisse *frameworks* de gestão de risco. A vigência, prevista para fevereiro de 2026, foi adiada para junho de 2026 por lei aprovada em sessão legislativa extraordinária de agosto de 2025. Em abril de 2026, magistrado federal suspendeu a execução do diploma no curso de impugnação constitucional apoiada pelo Departamento de Justiça. Em maio de 2026, o Senate Bill 26-189 revogou e reeditou a disciplina, substituindo a arquitetura de risco por deveres de informação sobre tecnologia de decisão automatizada, com vigência deslocada para janeiro de 2027. Portanto, pode-se dizer que uma jurisdição que adotou o rótulo e a arquitetura, portanto, desfez a camada operacional antes que ela chegasse a produzir efeito, mantendo intacto o vocabulário.

A mesma leitura se aplica, com sinal invertido, ao caso brasileiro. Entre 2024 e 2026, o projeto que anuncia a estratificação de risco não avançou, ao passo que a camada operacional foi construída fora dele, por meio do estatuto de proteção de crianças em ambientes digitais, de seu decreto regulamentador, da conversão da autoridade de proteção de dados em agência reguladora e da fixação, pela própria agência, de um cronograma faseado de fiscalização. Rótulo e operação seguiram trajetórias independentes, e foi a operação, não o rótulo, que produziu obrigações exigíveis.

5. ECONOMIA DA ESTRATIFICAÇÃO DE RISCO: INCENTIVOS, CUSTOS E ERRO REGULATÓRIO

Descrever a convergência como nominal deixa em aberto

a pergunta que interessa a um periódico de direito e economia: por que o vocabulário se difunde com tanta facilidade justamente quando o seu conteúdo diverge? A resposta proposta aqui é econômica e repousa sobre a assimetria entre o custo de adotar um rótulo e o custo de operacionalizá-lo.

5.1 A ASSIMETRIA DE CUSTOS ENTRE RÓTULO E OPERAÇÃO

Adotar o vocabulário do risco em documento oficial tem custo marginal próximo de zero, pois não exige orçamento, não redistribui rendas, não cria perdedores identificáveis e produz retorno imediato de sinalização, seja perante organismos internacionais, seja perante investidores, seja perante a opinião pública doméstica. Fixar limiares, ao contrário, exige decidir quais setores suportarão deveres reforçados, quais atividades ficarão de fora e qual autoridade arcará com o ônus de fiscalizar. Cada uma dessas decisões produz beneficiários e prejudicados perfeitamente identificáveis, e é exatamente por isso que se torna disputada.

A estrutura de incentivos daí resultante é a de um problema clássico de ação coletiva, na formulação de Olson: os custos de um regime denso concentram-se em um número reduzido de agentes com alta capacidade organizativa, ao passo que os benefícios se dispersam por um universo amplo de titulares de direitos com baixo incentivo individual para se organizar.³⁵ Grupos pequenos e concentrados atuam sobre a camada operacional, que é onde o custo se materializa, e têm pouco motivo para atuar sobre a camada lexical, que nada lhes custa. A regulação pesada vai doer no bolso de um grupo pequeno de empresas. Como o prejuízo individual delas é milionário, elas têm todo o incentivo do mundo para se unir, contratar os melhores advogados e fazer

³⁵ OLSON, Mancur. *The logic of collective action: public goods and the theory of groups*. Cambridge: Harvard University Press, 1965, cap. I.

pressão (*lobby*) para barrar a fiscalização na prática. De outro lado, os benefícios de ter um mercado regulado e seguro dividem-se entre milhões de pessoas. Como o ganho individual de cada cidadão é pequeno ou invisível no dia a dia, ninguém vai faltar ao trabalho ou gastar dinheiro do próprio bolso para ir ao Congresso pressionar os políticos a fiscalizarem as empresas.

A previsão que decorre dessa assimetria é a de que a difusão internacional avançará no plano do vocabulário e se deterá no plano das decisões operacionais, que é precisamente o padrão registrado no Quadro 4. Em outras palavras, os governos adoram falar que seguem regras rígidas, mas demoram tanto para colocar essas regras em prática de verdade.

Quando o governo lança uma lei ou documento dizendo que vai adotar a “gestão de riscos”, o custo é praticamente zero. Não precisa gastar dinheiro público, ninguém perde nada no momento e o governo ganha “pontos” de imagem com o mercado, com a imprensa e com organismos internacionais, criando o famoso *marketing regulatório*. O problema começa quando o governo precisa fixar as regras de verdade (exemplo: “*A partir de qual tamanho uma empresa precisa pagar auditoria cara?*” ou “*Quem vai fiscalizar e multar?*”). Aqui, a conta chega, porque a decisão cria ganhadores e perdedores claros, de modo que quem vai ter que gastar dinheiro com burocracia vai lutar para não ser afetado.

Essa leitura permite qualificar o efeito Bruxelas. Bradford demonstrou que o tamanho do mercado europeu leva empresas multinacionais a adotar o padrão da União como padrão global, porque manter regimes distintos custa mais do que uniformizar pelo mais exigente.³⁶ O mecanismo é de mercado e recai sobre a empresa, que internaliza o custo de conformidade para conservar acesso. Nada garante, porém, que o legislador estrangeiro internalize o mesmo custo, porque ele não enfrenta a restrição de acesso ao mercado europeu, e sim a restrição política

³⁶ BRADFORD, op. cit.

doméstica. Daí decorre que o efeito Bruxelas de facto, sobre empresas, pode conviver com um efeito Bruxelas de jure meramente lexical, em que o legislador copia a terminologia sem copiar as obrigações. O *corpus* registra exatamente essa dissociação.

5.2 REGRAS E *STANDARDS* APLICADOS AO LIMIAR DE RISCO

A escolha entre inscrever o limiar de risco na lei ou remetê-lo a regulamentação posterior é, em termos econômicos, a escolha entre regra e standard. Kaplow situa a diferença no momento em que o conteúdo normativo é determinado: a regra é produzida antes do fato, com custo elevado para o legislador e custo reduzido para quem a aplica e a cumpre, ao passo que o *standard* é produzido depois, com custo reduzido na promulgação e elevado na aplicação.³⁷ O critério de escolha depende da frequência com que a conduta ocorre e da heterogeneidade das situações reguladas, porque o custo de produzir a regra é fixo e se dilui quanto maior for o número de casos a que ela se aplica.

Aplicado à inteligência artificial, o critério produz resposta diferenciada por domínio, e essa diferenciação é o que o rótulo esconde. Em decisões de crédito, seleção de pessoal e triagem de acesso a serviços públicos, a conduta é de altíssima frequência, a situação é razoavelmente homogênea e os danos são recorrentes e tipificáveis, o que recomenda regra fixada previamente, com limiar verificável. Em usos emergentes, de baixa frequência e alta heterogeneidade, o *standard* é preferível, porque o custo de antecipar hipóteses supera o benefício da previsibilidade. Um regime que adote uma taxonomia genérica de risco sem fazer essa distinção incorre no pior dos dois mundos: assume o custo político de anunciar uma regra e entrega, na prática, um standard cujo conteúdo será determinado depois.

³⁷ KAPLOW, op. cit.

A comparação entre dois instrumentos brasileiros ilustra o ponto com clareza, na medida em que o Estatuto Digital da Criança e do Adolescente identificou um dano recorrente e bem especificado, a exploração algorítmica da vulnerabilidade infanto-juvenil, e escreveu uma regra, com deveres de desenho, aferição de idade e avaliação de risco, atribuindo a fiscalização a uma autoridade determinada. Já o projeto de marco legal de inteligência artificial, ao contrário, anuncia faixas de risco e remete a critérios concretos de classificação para momento posterior. Logo, o primeiro produziu obrigações exigíveis em menos de dois anos; o segundo, em mais de três anos de tramitação, ainda não produziu nenhuma.

5.3 INTERVENÇÃO ANTERIOR E RESPONSABILIZAÇÃO POSTERIOR

A segunda escolha que o rótulo esconde é a do momento da intervenção. Shavell identificou quatro determinantes da preferência relativa entre responsabilização posterior e regulação anterior: a diferença de conhecimento sobre a atividade arriscada entre autoridade e partes privadas, a insuficiência patrimonial do causador para reparar integralmente o dano, a probabilidade de que ele sequer venha a ser demandado e os custos administrativos de cada instrumento.³⁸ A aplicação desses determinantes a sistemas algorítmicos não conduz a solução única, e é isso que interessa.

A superioridade informacional dos desenvolvedores sobre qualquer autoridade é acentuada e favorece a responsabilização posterior, que economiza o custo de o regulador aprender aquilo que o regulado já sabe, e, claro, os demais determinantes apontam em sentido contrário. Danos algorítmicos costumam ser de baixo valor individual e ampla dispersão, o que reduz drasticamente a probabilidade de que sejam levados a juízo, uma

³⁸ SHAVELL, op. cit.

vez que o custo de litigar supera o proveito esperado do lesado individual. Essa situação é agravada pela opacidade dos modelos, o que eleva o custo probatório de demonstrar nexo causal e reduz ainda mais essa probabilidade. Também fornecedores de menor porte podem não ter patrimônio suficiente para responder por danos agregados. Portanto, sob esses três determinantes, a intervenção anterior é preferível.

O resultado é uma indicação de complementaridade, e não de substituição, o que ajuda a explicar por que quase todos os regimes examinados são híbridos. Mais importante, esse resultado demonstra que a expressão abordagem baseada em risco não determina a escolha do instrumento. Dois ordenamentos podem adotá-la de boa-fé e chegar a arranjos opostos, um deles apostando na fiscalização anterior ao mercado e outro na responsabilização judicial posterior, sem que nenhum dos dois esteja em desacordo com o rótulo. A etiqueta é compatível com o conjunto inteiro das soluções possíveis, e por isso não informa nada sobre o desenho efetivo.

5.4 CUSTOS DE CONFORMIDADE E A CONTROVÉRSIA SOBRE SUA MAGNITUDE

A camada operacional é cara, e a magnitude desse custo é objeto de disputa metodológica que convém expor em vez de resolver por autoridade. O estudo contratado para subsidiar a avaliação de impacto da proposta europeia estimou que a implantação de um sistema de gestão da qualidade inteiramente novo custaria entre 193 mil e 330 mil euros para empresas de maior porte, e entre 144 mil e 247 mil euros para pequenas e médias empresas, com custo anual de supervisão e auditoria da ordem de 71 mil euros.³⁹

³⁹ CENTRE FOR EUROPEAN POLICY STUDIES; ICF; WAVESTONE. *Study to support an impact assessment of regulatory requirements for artificial intelligence in Europe*: final report. Bruxelas: relatório para a Comissão Europeia, 2021. Os valores são retomados e esclarecidos em CENTRE FOR EUROPEAN POLICY STUDIES.

A partir desses números, o *Center for Data Innovation* sustentou que o regulamento custaria 31 bilhões de euros à economia europeia em cinco anos, reduziria os investimentos em inteligência artificial em quase vinte por cento e imporia a uma pequena empresa que ofertasse um sistema de alto risco custos de conformidade de até 400 mil euros, com queda de quarenta por cento nos lucros de uma empresa com faturamento de dez milhões.⁴⁰ Os autores do estudo original responderam que a projeção incorreu em erros de método: o percentual de sobrecarga não se aplica a todo o investimento em inteligência artificial, mas apenas à parcela sujeita aos requisitos; os custos de sistema de gestão da qualidade só são integralmente incorridos por quem não dispõe de sistema algum, e diluem-se nos sistemas subsequentes; e a soma que produziu a cifra de 400 mil euros agregou de forma indevida o custo de implantação e o custo anual de manutenção.⁴¹

Mais do que tentar dar uma resposta definitiva para um debate que os dados ainda não resolvem, vale a pena olhar para a sua dinâmica. A verdade é que ninguém sabe ao certo quanto custará se adequar às novas regras, e essa própria incerteza vira uma peça do jogo político. Quando as estimativas apontam para todos os lados, abre-se brecha para que cada grupo use os números que bem entende, tornando o aditamento da decisão a saída mais confortável para o regulador. Foi exatamente isso que se viu na recente reforma europeia: a promessa oficial era simplificar processos e trazer clareza, mas o projeto acabou atrasado no meio do caminho pela falta de consensos mínimos sobre os padrões técnicos.⁴²

Clarifying the costs for the EU's AI Act. Bruxelas: CEPS, 2021.

⁴⁰ MUELLER, Benjamin. *How much will the Artificial Intelligence Act cost Europe?* Washington, DC: Center for Data Innovation, 2021.

⁴¹ CENTRE FOR EUROPEAN POLICY STUDIES, *Clarifying the costs*, op. cit.

⁴² CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, *Artificial Intelligence: Council gives final green light*, op. cit.

5.5 O CUSTO SOCIAL DO ERRO REGULATÓRIO

Um regime baseado em risco é, em essência, um classificador, e todo classificador pode errar no mínimo de duas maneiras. O erro de sobreinclusão submete a deveres reforçados sistemas que não os justificam, e seu custo social se manifesta como encargo administrativo desnecessário, retardo na oferta de aplicações benéficas e, o que é menos notado, elevação de barreira à entrada. Como os custos fixos de conformidade não escalam com o faturamento, eles pesam proporcionalmente mais sobre entrantes e empresas menores, o que produz efeito concentrador em mercados já concentrados. Veja que um regime desenhado para proteger o cidadão pode, por essa via, favorecer o incumbente, e essa consequência não é hipótese remota, porque a própria previsão de medidas de mitigação para pequenas empresas nos regimes examinados reconhece o problema. Já o erro de subinclusão deixa fora do regime sistemas que causam danos relevantes, e seu custo social se manifesta como dano não reparado, e também como erosão da confiança, que reduz a adoção da tecnologia por quem dela se beneficiaria.

Ambos os erros, portanto, deprimem a difusão da tecnologia, ainda que por caminhos opostos, o que desfaz a oposição corrente entre proteger e inovar. Então, a pergunta correta não é qual dos dois valores prevalece, e sim qual combinação de limiar e instrumento minimiza a soma dos custos esperados dos dois erros, ponderados por sua probabilidade.

Essa formulação tem consequência prática imediata para o desenho institucional, dado que a minimização da soma dos custos esperados exige capacidade de reclassificar sistemas à medida que a informação melhora, o que só é possível se o regime prever mecanismo institucional de revisão periódica com base em evidência. Regimes que fixam limiar em lei sem cláusula de revisão tendem a errar por sobreinclusão à medida que a tecnologia se desloca; regimes que remetem tudo ao regulador

tendem a errar por subinclusão, porque a autoridade capturada ou subfinanciada não classifica. O desenho eficiente combina limiar legal para danos já conhecidos com competência regulamentar delimitada para danos emergentes, acompanhada de obrigação de revisão em prazo determinado.

5.6 CAPTURA E A ECONOMIA POLÍTICA DO ADIAMENTO

Resta explicar por que o adiamento é a solução politicamente dominante. Laffont e Tirole mostraram que o poder de um grupo de interesse cresce com o grau de assimetria informacional entre a indústria regulada e o principal político.⁴³ Ora, a fixação de limiares técnicos para sistemas algorítmicos é justamente o domínio em que essa assimetria alcança seu ponto máximo, porque o conhecimento sobre arquitetura de modelos, dados de treinamento e desempenho está concentrado em quem será regulado. Deslocar a decisão do parlamento, onde a deliberação é pública e a assimetria é parcialmente compensada pela visibilidade, para a regulamentação infralegal, onde a deliberação é técnica e o acesso é desigual, aumenta o retorno esperado da atuação do grupo concentrado.

Convém marcar com precisão o alcance dessa afirmação. Registrar que o adiamento desloca a decisão para a arena de maior assimetria informacional é uma proposição sobre estrutura de incentivos, verificável na literatura citada. Afirmar que determinado adiamento concreto resultou da atuação de determinada empresa seria proposição causal, que este desenho de pesquisa não autoriza e que exigiria rastreamento de processo legislativo, análise de consultas públicas e exame de contribuições setoriais. Tanto que o *corpus* permite registrar que a reforma europeia de 2026 foi precedida de manifestações de setores econômicos e de Estados-membros sobre o ritmo de

⁴³ LAFFONT; TIROLE, op. cit.

implementação, e que a revogação da lei do Colorado foi antecedida de impugnação judicial promovida por empresa do setor com intervenção do Departamento de Justiça. Registram-se os fatos documentados, sem convertê-los em inferência causal.

5.7 DOIS EXERCÍCIOS APLICADOS AO CASO BRASILEIRO

O primeiro exercício trata do custo da indeterminação, enquanto se considera uma empresa que, diante de um regime que anuncia faixas de risco mas remete os critérios de classificação a regulamentação futura, decide quanto investir hoje em conformidade. O investimento é em boa medida específico, porque documentação, governança de dados e procedimentos de supervisão são desenhados para atender a critérios determinados. A empresa compara o custo de investir agora com o valor de esperar, e esse valor de espera cresce com a probabilidade de que o critério futuro seja diferente daquele que ela hoje antecipa, de modo que, quanto mais indeterminado o critério, maior a probabilidade de mudança e, portanto, maior o retorno de adiar. O resultado previsível é subinvestimento em conformidade durante todo o período de indeterminação, ainda que o regime já esteja formalmente anunciado. Trata-se de exercício conceitual, sem estimativa numérica, e sua utilidade está em produzir uma previsão contrastável: onde a etiqueta foi adotada sem critérios, o comportamento efetivo dos regulados deve responder aos instrumentos que já têm critérios determinados, e não ao regime anunciado. Logo, é exatamente o que se observa quando se examina qual norma vem orientando programas de conformidade no Brasil.

O segundo exercício trata do custo marginal de uma autoridade adicional, porque o projeto brasileiro estrutura um sistema nacional de regulação e governança com competências distribuídas entre múltiplos órgãos. Do ponto de vista dos custos de

transação, acrescentar um ente coordenador a um campo já povoado pela autoridade de proteção de dados, pelo órgão de defesa do consumidor, pelos reguladores financeiros, pelas agências setoriais de saúde e de comunicações e pelo Conselho Nacional de Justiça eleva os custos de coordenação mais rapidamente do que eleva a capacidade agregada de fiscalizar, salvo se a competência for atribuída por matéria em termos excludentes. A alternativa observável é a rota seguida pelo estatuto de proteção de crianças, que concentrou a competência em uma autoridade determinada e, no mesmo movimento, financiou a sua capacidade: a autoridade foi convertida em agência reguladora, com receitas vinculadas e carreira própria de especialista em regulação de dados pessoais, com duzentos cargos a serem providos por concurso público, contando hoje com aproximadamente quinhentas pessoas entre servidores, colaboradores e estagiários.⁴⁴

A comparação entre as duas rotas é instrutiva porque ambas ocorreram no mesmo país e no mesmo período. Veja que a rota que anunciou o rótulo produziu, até agosto de 2026, um projeto sem votação concluída, e a rota que dispensou o rótulo e resolveu as decisões operacionais produziu lei em vigor, decreto regulamentador, autoridade fortalecida, cronograma de fiscalização e orientações técnicas publicadas. Do ponto de vista do custo de produzir obrigações exigíveis por unidade de tempo, a segunda rota foi consideravelmente mais eficiente, e essa constatação orienta as opções de desenho examinadas na seção 7.

6. HIPÓTESES CONCORRENTES E TESTES DE REFUTAÇÃO

⁴⁴ BRASIL. Agência Nacional de Proteção de Dados. *ANPD ganha nova estrutura e se consolida como agência reguladora*. Brasília, DF: ANPD, 8 abr. 2026. A transformação decorreu da Medida Provisória nº 1.317, de 17 de setembro de 2025, convertida na Lei nº 15.352, de 25 de fevereiro de 2026, e foi concluída pelo Decreto nº 12.881, de 18 de março de 2026, e pela Resolução CD/ANPD nº 33, de 6 de abril de 2026.

Uma tese que só encontra confirmação não foi testada, e por isto aqui se enfrentam as duas explicações rivais mais fortes para o padrão observado, e uma terceira objeção dirigida especificamente ao conceito de regulação por adjacência.

6.1 PRIMEIRA HIPÓTESE RIVAL: CONVERGÊNCIA REAL COM ATRASO DE IMPLEMENTAÇÃO

A objeção mais séria sustenta que a divergência observada é transitória e reflete apenas estágios distintos de um mesmo percurso. Segundo essa leitura, a União Europeia teria chegado primeiro, os demais ordenamentos chegariam depois, e a dispersão do Quadro 4 mediria tempo, e não substância. A hipótese tem apoio empírico parcial: a definição de sistema de inteligência artificial adotada pelo regulamento europeu alinha-se à formulação construída em foro internacional, e essa mesma formulação tem servido de referência para textos de outras jurisdições, o que indica harmonização genuína na camada conceitual.

A hipótese, porém, é incompatível com algumas observações do *corpus*. Primeiro, a alteração europeia de 2026 não se limitou a mover datas: reduziu o alcance da classificação de alto risco ao excluir da aplicação direta produtos abrangidos pelo regulamento de máquinas, flexibilizou o dever relativo à literacia em inteligência artificial e criou mecanismo para limitar a aplicação do regulamento quando legislação setorial contiver exigências equivalentes. Houve, portanto, movimento de substância, e no sentido de reduzir densidade operacional, não de aumentá-la. Por conseguinte, percebeu-se que os Estados Unidos se moveram na direção oposta à do suposto ponto de chegada comum, revogando o instrumento de 2023 e passando a impugnar judicialmente a regulação estadual. Convergência com atraso não prevê reversão deliberada. Outra observação é a do Colorado, que percorreu o caminho inteiro, adotou o rótulo e a

arquitetura, e desfez a camada operacional antes de qualquer vigência efetiva.

A conclusão que se extrai é de acolhimento parcial, quando se nota convergência real e mensurável na camada conceitual, isto é, sobre como se nomeia o objeto, e essa concessão deve ser feita sem reservas. O que os dados não sustentam é a extensão dessa convergência à camada operacional, e concordar sobre o que é um sistema de inteligência artificial não implica concordar sobre quais sistemas são de alto risco, quem decide isso, quando e com que consequência. A tese, por isso, enuncia-se com a qualificação devida: a convergência é predominantemente nominal, e não absolutamente nominal, e é no contraste entre a camada conceitual, onde há alguma harmonização, e a camada operacional, onde ela se dissolve, que o transplante semântico se deixa observar.

6.2 SEGUNDA HIPÓTESE RIVAL: A DIVERGÊNCIA SE EXPLICA POR CAPACIDADE ESTATAL

A segunda explicação rival é mais econômica e, por isso, mais incômoda para a tese aqui defendida. Ela sustenta que a densidade operacional é função da capacidade fiscal e técnica do Estado: ordenamentos ricos e dotados de burocracia especializada operacionalizam o risco, ordenamentos com restrição orçamentária adotam o rótulo porque não podem custear a operação. Se essa explicação fosse suficiente, o transplante semântico seria um epifenômeno da escassez, e não um mecanismo autônomo.

A hipótese explica parte da variância e falha justamente nos casos extremos. Ela dá conta razoavelmente bem da posição da Índia, cuja estratégia nacional desloca o centro de gravidade para inclusão digital e desenvolvimento, e da posição intermediária do Canadá, que operacionalizou o risco no setor público federal, onde o custo de fiscalizar é menor porque o regulado é o próprio Estado. O que ela não explica é a volatilidade nos casos

de alta capacidade. Os Estados Unidos dispõem da maior capacidade técnica e fiscal do conjunto e pontuam um. A União Europeia dispõe de capacidade elevada e ainda assim adiou por dezesseis meses e por vinte e quatro meses a aplicação de obrigações que já havia promulgado, invocando, entre outras razões, a indisponibilidade de normas técnicas harmonizadas. O Colorado é um dos estados mais ricos da federação norte-americana e revogou a sua lei. A restrição relevante nesses casos não foi a capacidade de fiscalizar, e sim a disposição política de suportar o custo concentrado da fiscalização, que é precisamente a variável que a análise de incentivos da seção 5 isola.

O resultado, portanto, é de complementaridade e não de substituição. A capacidade estatal condiciona o teto da densidade operacional possível; a estrutura de incentivos determina quanto desse teto é efetivamente utilizado. Claro que as duas explicações operam em níveis distintos, e nenhuma delas dispensa a outra.

6.3 TERCEIRA OBJEÇÃO: A ADJACÊNCIA SERIA PECULIARIDADE BRASILEIRA

Objeta-se, por fim, que a regulação por adjacência descreveria uma contingência do direito brasileiro, sem valor comparativo. Pode-se dizer com franqueza que o fenômeno aparece, em graus distintos, nas demais jurisdições examinadas. Na União Europeia, o artigo 22 do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados disciplinava decisões tomadas exclusivamente por meios automatizados anos antes de existir um regulamento de inteligência artificial, de modo que a proteção contra a decisão algorítmica nasceu adjacente, na lei de dados. Nos Estados Unidos, a ordem executiva de dezembro de 2025 buscou preempção de leis estaduais por via de instrumento adjacente, ao determinar que o presidente da *Federal Trade Commission* editasse manifestação sobre a aplicação da vedação de práticas

desleais e enganosas aos modelos de inteligência artificial. E no Reino Unido, a sanção mais expressiva contra um sistema de reconhecimento facial veio da autoridade de proteção de dados, no exercício de competência preexistente.

O que distingue o Brasil não é possuir regulação adjacente, e sim o grau em que ela concentra hoje quase todo o peso regulatório efetivo, na exata medida em que a lei específica ainda não existe. Nessa leitura, o país não é anomalia, e sim caso intenso de um padrão mais amplo, o que converte a regulação por adjacência de curiosidade nacional em categoria analítica transferível, útil para descrever como ordenamentos disciplinam sistemas algorítmicos no intervalo entre a emergência da tecnologia e a chegada da lei que a nomeia.

7. O CASO BRASILEIRO: REGULAÇÃO POR ADJACÊNCIA E OPÇÕES DE DESENHO

7.1 O QUE O PROJETO DECIDE E O QUE REMETE A MOMENTO POSTERIOR

O Projeto de Lei nº 2.338, de 2023, dispõe sobre o desenvolvimento, o fomento e o uso ético e responsável da inteligência artificial com base na centralidade da pessoa humana. Foi aprovado pelo Plenário do Senado Federal em 10 de dezembro de 2024, remetido à Câmara dos Deputados em março de 2025 e distribuído a comissão especial sob relatoria do deputado Aguinaldo Ribeiro, que realizou audiências públicas ao longo de 2025 sem que a votação fosse concluída até o encerramento desta pesquisa.⁴⁵ O texto adota estratificação de inspiração europeia, com sistemas de risco excessivo, vedados, e sistemas de alto risco, submetidos a deveres reforçados de avaliação de

⁴⁵ BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 2.338, de 2023*. Dispõe sobre o desenvolvimento, o fomento e o uso ético e responsável da inteligência artificial com base na centralidade da pessoa humana. Brasília, DF: Senado Federal, 2023. Situação de tramitação verificada em 15 ago. 2026.

impacto, governança, transparência e supervisão humana, e assegura aos afetados direitos de informação, de explicação e de contestação de decisões automatizadas.

Duas características do projeto interessam à moldura deste artigo. Ele importa a etiqueta europeia e remete a regulamentação posterior as decisões operacionais mais delicadas, entre elas os critérios concretos de classificação e boa parte do desenho institucional. Além disso, a parte do projeto que cria estruturas de governança esbarra em exigência constitucional de iniciativa, porque a criação de órgãos e de despesas cabe ao Poder Executivo, o que levou o próprio governo federal a encaminhar proposição específica para estruturar a governança do setor. O desenho institucional da regulação de inteligência artificial no Brasil está sendo montado, portanto, em frentes legislativas paralelas, o que agrava a fragmentação descrita a seguir.

7.2 A CAMADA OPERACIONAL QUE JÁ EXISTE

Enquanto o marco legal não é aprovado, seria equivocado concluir que o Brasil não regula sistemas algorítmicos. Ele o faz por instrumentos que não se anunciam como lei de inteligência artificial, e é neles que as decisões operacionais vêm sendo tomadas.

O primeiro instrumento é a *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais*, cujo artigo 20 assegura ao titular o direito de solicitar revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado que afetem seus interesses, e cujo § 1º impõe ao controlador o dever de fornecer informações claras sobre os critérios e os procedimentos utilizados, observados os segredos comercial e industrial. É esse dispositivo, e não uma lei de inteligência artificial, que fornece hoje o direito subjetivo mobilizável diante de decisão automatizada lesiva, com a limitação já apontada quanto à modalidade da revisão.

O segundo é a jurisdição constitucional. Ao julgar

conjuntamente os Temas 987 e 533 da repercussão geral, em 26 de junho de 2025, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade parcial do artigo 19 do *Marco Civil da Internet* e redesenhou o regime de responsabilidade dos provedores por conteúdo de terceiros.⁴⁶ O que interessa a este artigo não é a responsabilidade em si, e sim o conteúdo dos deveres que a tese fixada impõe: autorregulação obrigatória contendo sistema de notificações e devido processo, relatórios anuais de transparência sobre notificações extrajudiciais, anúncios e impulsioneamentos, canais de atendimento acessíveis e representação no país com poderes para prestar informações sobre regras de moderação, gestão de reclamações e gestão de riscos sistêmicos. Em suma, são deveres de governança de sistemas algorítmicos de moderação e recomendação, formulados por via judicial, e a Corte apelou ao legislador para que edite norma capaz de sanar a deficiência de proteção identificada.

O terceiro é o *Estatuto Digital da Criança e do Adolescente*, em vigor desde 17 de março de 2026 e regulamentado pelo Decreto nº 12.880, de 18 de março de 2026, que instituiu a Política Nacional de Promoção e Proteção dos Direitos da Criança e do Adolescente no Ambiente Digital. Trata-se, para os fins deste artigo, de regulação algorítmica que dispensa o rótulo: a lei alcança produtos e serviços de tecnologia da informação direcionados a crianças e adolescentes ou de acesso provável por eles, gradua obrigações conforme o risco que o serviço representa e impõe deveres de privacidade e segurança desde a concepção, aferição confiável de idade, supervisão parental, transparência e avaliação de risco. Do ponto de vista da operacionalização, o estatuto faz aquilo que o projeto de marco legal ainda promete: identifica um dano concreto e impõe deveres anteriores proporcionais a ele.

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 1.037.396/SP* (Tema 987), Rel. Min. Dias Toffoli, e *Recurso Extraordinário nº 1.057.258/MG* (Tema 533), Rel. Min. Luiz Fux. Tribunal Pleno. Julgamento concluído em 26 jun. 2025.

O quarto é a própria autoridade reguladora. A Medida Provisória nº 1.317, de 17 de setembro de 2025, convertida na Lei nº 15.352, de 25 de fevereiro de 2026, inseriu a autoridade de proteção de dados no rol das agências reguladoras da Lei nº 13.848, de 2019, e o Decreto nº 12.881, de 18 de março de 2026, aprovou a nova estrutura regimental, concluindo a transformação e ampliando a autonomia de gestão e orçamentária.⁴⁷ Em 20 de março de 2026, a agência publicou orientações preliminares sobre mecanismos confiáveis de aferição de idade e divulgou cronograma faseado de fiscalização, com etapa inicial voltada a lojas de aplicativos e sistemas operacionais proprietários e etapa seguinte prevista para agosto de 2026. A esses instrumentos soma-se o ambiente regulatório experimental instituído pelo Edital nº 2/2025, dedicado a inteligência artificial e proteção de dados, com foco em transparência algorítmica.

Derradeiramente, o lastro constitucional completa o quadro. O combate à discriminação algorítmica encontra fundamento no objetivo republicano de promover o bem de todos sem preconceitos, previsto no artigo 3º, inciso IV, e no princípio da igualdade do artigo 5º da Constituição da República, o que oferece base normativa direta para exigir testes de equidade e mitigação de vieses, independentemente de lei específica. Vistos em conjunto, esses instrumentos respondem, hoje, às perguntas que a etiqueta esconde: quem define o limiar, quando se intervém, sob qual forma e a serviço de qual interesse. A resposta brasileira é dispersa, e não é vazia. Reconhecê-la altera o que se deve pedir à futura lei.

7.3 TRÊS OPÇÕES DE DESENHO

A constatação de que o Brasil já regula por adjacência

⁴⁷ BRASIL. Decreto nº 12.881, de 18 de março de 2026. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança da Agência Nacional de Proteção de Dados. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 18 mar. 2026, edição extra.

não torna dispensável a lei de inteligência artificial, e sim redefine a sua tarefa. Daí que é o Quadro 6 quem compara três opções de desenho abertas ao legislador, com vantagens, desvantagens, custos previstos e critérios de implementação. As opções não são exaustivas, mas cobrem o espectro relevante entre codificação horizontal e consolidação incremental.

Quadro 6 - Opções de desenho regulatório para o Brasil, com vantagens, desvantagens e custos previstos

Dimensão	Opção A. Codificação horizontal com taxonomia fechada	Opção B. Lei-quadro de princípios com delegação setorial	Opção C. Consolidação por adjacência com competência concentrada
Descrição	Aprovação do projeto na forma atual, com faixas de risco inscritas em lei e critérios de classificação remetidos a regulamentação da autoridade	Lei curta de princípios e direitos, com aplicação confiada aos reguladores setoriais existentes, cada qual definindo limites em seu domínio	Lei curta que define sistema de IA em termos interoperáveis, não cria taxonomia nova e vincula deveres reforçados a lista de decisões consequentes já reconhecidas pelo direito brasileiro, concentrando a fiscalização na autoridade de proteção de dados
Vantagens	Sinaliza alinhamento internacional; oferece arquitetura reconhecível a quem já se adequa ao regime europeu; reduz custo de conformidade de multinacionais	Preserva a expertise setorial acumulada; adapta-se com rapidez à mudança tecnológica; evita duplicação de exigências sobre setores já regulados	Produz critérios verificáveis desde a vigência; aproveita autoridade já constituída e financiada; reduz o custo de coordenação; alinha instrumento e frequência da conduta
Desvantagens	Transfere a decisão sobre limites para a arena de maior assimetria informacional; risco de sobreinclusão em setores heterogêneos; prolonga o período de indeterminação	Fragmenta o limiar entre reguladores com capacidades desiguais; produz insegurança sobre quem decide o quê; tende à subinclusão onde não há regulador setorial	Risco de subinclusão por lista fechada; concentração de poder em autoridade única; menor legibilidade internacional por não reproduzir a taxonomia europeia
Custos previstos	Alto custo de montagem institucional somado a custo de conformidade concentrado em pequenas empresas;	Baixo custo de promulgação e alto custo de aplicação, disperso entre reguladores; custo de coordenação	Custo de promulgação moderado; custo de aplicação concentrado em uma autoridade, com ganho de escala;

Dimensão	Opção A. Codificação horizontal com taxonomia fechada	Opção B. Lei-quadro de princípios com delegação setorial	Opção C. Consolidação por adjacência com competência concentrada
	custo de indeterminação elevado enquanto os critérios não são editados	crescente com o número de órgãos envolvidos	custo de indeterminação reduzido
Crítérios de implementação	Prazo legal para edição dos critérios de classificação, sob pena de suspensão dos deveres correspondentes; avaliação de impacto regulatório prévia; medidas de mitigação de custo para pequenas empresas	Repartição de competências por matéria em termos excludentes; instância formal de solução de conflitos de competência; obrigação de publicação dos limites adotados por cada regulador	Lista de decisões consequentes com cláusula de revisão periódica fundamentada em evidência; consulta pública obrigatória antes da edição de normas; ambiente regulatório experimental permanente com dever de publicar os parâmetros aprendidos; prestação de contas periódica ao Congresso Nacional
Recomendação	Não recomendada isoladamente; parte de seu conteúdo é aproveitável na opção C	Recomendada de forma subsidiária, caso não sejam adotadas as salvaguardas contra concentração de poder	Recomendada, condicionada às salvaguardas indicadas nos critérios de implementação

Fonte: elaborado pelo autor. Os custos previstos são qualitativos e comparativos entre opções, sem estimativa monetária, que exigiria avaliação de impacto regulatório própria.

A opção recomendada é a terceira, e se justifica por conta de ela alinhar o instrumento ao critério de Kaplow, ao adotar regra onde a conduta é frequente e homogênea, isto é, nas decisões consequentes já reconhecidas pelo direito brasileiro, e *standard* onde a conduta é emergente e heterogênea. Reduz também o custo de coordenação, porque concentra competência em autoridade já constituída, financiada e dotada de carreira própria, em vez de criar arquitetura nova cujo custo de montagem se soma ao custo de operar. Minimiza, por fim, o custo de indeterminação identificado no primeiro exercício da seção 5, uma vez que produz critérios verificáveis desde a entrada em vigor, e não remetidos a regulamentação futura.

A recomendação deve vir acompanhada daquilo que

poderia derrotá-la, sob pena de ser mera preferência. Mas a opção recomendada é vulnerável, porque há uma lista fechada de decisões consequentes deixa de fora usos que se tornem danosos após a promulgação, e a mitigação depende de cláusula de revisão periódica com prazo determinado e obrigação de fundamentação em evidência, cuja eficácia é incerta e depende de disciplina institucional. Por conseguinte, o risco de concentração excessiva de poder em autoridade única, que a análise de captura recomenda tratar com transparência procedimental, consulta pública obrigatória antes da edição de normas relevantes e prestação de contas periódica ao Congresso Nacional. Se essas salvaguardas não forem adotadas, a segunda opção, mais fragmentada, torna-se preferível, porque a dispersão de competências, embora custosa, dificulta a captura concentrada.

Duas lacunas transversais permanecem fora do alcance de qualquer das opções. A governança de sistemas que operam globalmente sob regulação territorial gera arbitragem regulatória que nenhum ordenamento resolve isoladamente, e a lei brasileira pode, no máximo, evitar dissonâncias gratuitas com padrões consolidados, reduzindo o custo de conformidade de quem opera em várias jurisdições. A capacidade técnica de fiscalizar depende de investimento sustentado em pessoal e conhecimento, e a experiência recente sugere que esse investimento tem sido viabilizado por instrumentos adjacentes, e não pelo debate sobre o marco legal.

8. LIMITES DO ESTUDO

Os limites desta pesquisa delimitam também a sua ambição, e enunciá-los é condição para que as conclusões sejam lidas na medida do que os dados permitem. O primeiro limite é de amostragem geográfica, já registrado na seção 3: a seleção privilegia o Norte global somado a três economias emergentes e deixa de fora ordenamentos asiáticos cujas trajetórias

enriqueceriam o contraste, entre eles o Japão e a Coreia do Sul. A inclusão desses casos poderia deslocar a fronteira inferior do índice, sem afetar, na avaliação aqui defendida, a constatação de dispersão.

O segundo limite é de codificação, tendo em vista que ela foi executada pelos autores, sem segunda leitura independente e sem cálculo de concordância entre codificadores. O esquema do Quadro 2 e o protocolo do Quadro 3 foram publicados justamente para tornar possível essa verificação por terceiros, mas ela não foi realizada aqui. Em consequência, o índice deve ser tratado como instrumento heurístico e ordinal, e não como medida com propriedades psicométricas estabelecidas. A ordenação é robusta nos extremos, isto é, na posição isolada da União Europeia no topo e das jurisdições de baixa densidade na base, e é sensível a alterações de regra na faixa intermediária, em que Brasil e China empatam em seis pontos e o Canadá figura com cinco. Uma regra de codificação que atribuísse peso distinto à variável relativa à forma jurídica reordenaria esses três casos.

O terceiro limite é temporal, já que a coleta encerrou-se em 15 de agosto de 2026, e o objeto se move com rapidez incommum, como demonstra o próprio percurso descrito no Quadro 5. Alterações posteriores não estão refletidas, e o desenho da pesquisa, ao tomar a instabilidade como dado a explicar, torna previsível que novas alterações ocorram.

O quarto limite é de inferência. A análise de incentivos da seção 5 explica um padrão e não estabelece causalidade sobre episódios concretos. Afirmar que determinada empresa ou determinado setor produziu determinado adiamento exigiria rastreamento de processo legislativo, análise sistemática de consultas públicas e exame de contribuições setoriais, desenho que este trabalho não executou.

O quinto limite é de transferibilidade dos dados de custo. As estimativas de custo de conformidade discutidas na seção 5 foram produzidas para o contexto europeu, com estrutura de

custos, salários e capacidade de certificação próprios. Não existe, no corpus, estimativa equivalente para o Brasil, e nenhuma avaliação de impacto regulatório com essa finalidade foi localizada em fonte oficial. A ausência é relevante e deve ser registrada como lacuna documental: a discussão brasileira sobre o custo de um regime de risco vem sendo travada sem base empírica nacional, e produzir essa base é tarefa anterior à escolha entre as opções do Quadro 6.

9. CONCLUSÕES

A análise de cinquenta e dois documentos de oito jurisdições, codificados segundo protocolo publicado, sustenta que a convergência regulatória em inteligência artificial é predominantemente nominal. As oito jurisdições empregam o vocabulário do risco, e a densidade operacional dos respectivos regimes varia de um a dez pontos na escala construída. Sob a mesma etiqueta convivem projetos que fixam limiares em lei e projetos que não fixam limiar algum, regimes que intervêm antes da colocação do sistema no mercado e regimes que só reagem depois do dano, ordenamentos que asseguram direito subjetivo de contestar a decisão automatizada e ordenamentos que nada asseguram.

O exame do período de 2024 a 2026 afasta a leitura de que a dispersão seria efeito de calendário. Nesse intervalo, a União Europeia adiou obrigações que havia promulgado e reduziu o alcance de sua classificação de alto risco, os Estados Unidos revogaram o instrumento federal de 2023 e passaram a impugnar leis estaduais, o Colorado revogou a primeira lei estadual de risco antes que ela produzisse efeito, e o Brasil construiu obrigações exigíveis por instrumentos que não se anunciam como lei de inteligência artificial. O vocabulário permaneceu estável em todos os casos, e a operação se moveu em direções incompatíveis entre si.

A explicação proposta é econômica e dispensa a hipótese de má-fé dos legisladores. Adotar o rótulo tem custo marginal próximo de zero, não cria perdedores identificáveis e produz retorno de sinalização. Fixar limiares, alocar competência e financiar fiscalização impõe custos concentrados sobre agentes organizados e produz benefícios dispersos entre titulares de direitos com baixo incentivo para se organizar. A assimetria prevê o desacoplamento observado, e prevê também o adiamento, porque deslocar a decisão do parlamento para a regulamentação infralegal a transfere para a arena em que a assimetria informacional favorece o regulado.

Do desacoplamento decorre a regulação por adjacência. Onde a etiqueta foi adotada sem as decisões operacionais, a disciplina efetiva dos sistemas algorítmicos migra para instrumentos que não se anunciam como lei de inteligência artificial, e o comportamento dos regulados responde a esses instrumentos, porque são eles que têm critérios determinados. No Brasil, o direito de solicitar revisão de decisões automatizadas veio da lei de proteção de dados; os deveres de transparência e de gestão de riscos sistêmicos vieram de decisão do Supremo Tribunal Federal; a avaliação de risco, a aferição de idade e os deveres de desenho vieram do estatuto de proteção de crianças em ambientes digitais; e a capacidade institucional de fiscalizar veio da conversão da autoridade de proteção de dados em agência reguladora, com receitas vinculadas e carreira própria. Nenhum desses instrumentos se apresenta como lei de inteligência artificial, e todos produzem obrigações exigíveis.

Para o legislador brasileiro, a consequência é uma inversão de prioridades. A tarefa da futura lei não é importar uma taxonomia, e sim ordenar o que já existe e decidir aquilo que os instrumentos adjacentes deixaram indeterminado. O desenho aqui recomendado adota regra verificável onde a conduta é frequente e homogênea, mantém competência regulamentar delimitada para usos emergentes, concentra a fiscalização em

autoridade já financiada, converte a experimentação regulatória em instrumento permanente com obrigação de publicar os parâmetros aprendidos e submete o conjunto a revisão periódica fundamentada em evidência. As salvaguardas contra a concentração de poder em autoridade única são condição da recomendação, e não ornamento: sem transparência procedimental, consulta pública obrigatória e prestação de contas ao Congresso Nacional, a alternativa fragmentada torna-se preferível.

Uma tarefa anterior a todas essa permanece pendente e cabe registrá-la. Não existe, em fonte oficial, estimativa do custo de conformidade de um regime de risco para a economia brasileira. Enquanto essa estimativa não for produzida, a escolha entre as opções de desenho continuará sendo feita com números importados de outro contexto ou sem número algum, o que é a condição ideal para que a etiqueta continue a viajar sem a operação.



REFERÊNCIAS

DOUTRINA

- BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding regulation: theory, strategy, and practice*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- BLACK, Julia; BALDWIN, Robert. Really responsive risk-based regulation. *Law & Policy*, v. 32, n. 2, p. 181-213, 2010. DOI: 10.1111/j.1467-9930.2010.00318.x.
- BRADFORD, Anu. The Brussels effect. *Northwestern University Law Review*, v. 107, n. 1, p. 1-67, 2012.
- BRADFORD, Anu. *The Brussels effect: how the European Union rules the world*. New York: Oxford University Press,

2020.

- CENTRE FOR EUROPEAN POLICY STUDIES. *Clarifying the costs for the EU's AI Act*. Bruxelas: CEPS, 2021. Disponível em: <https://www.ceps.eu/clarifying-the-costs-for-the-eus-ai-act/>. Acesso em: 15 ago. 2026.
- CENTRE FOR EUROPEAN POLICY STUDIES; ICF; WAVESTONE. *Study to support an impact assessment of regulatory requirements for artificial intelligence in Europe: final report*. Bruxelas: relatório elaborado para a Comissão Europeia, 2021.
- DIMAGGIO, Paul J.; POWELL, Walter W. The iron cage revisited: institutional isomorphism and collective rationality in organizational fields. *American Sociological Review*, v. 48, n. 2, p. 147-160, 1983.
- DOLOWITZ, David P.; MARSH, David. Learning from abroad: the role of policy transfer in contemporary policy-making. *Governance*, v. 13, n. 1, p. 5-24, 2000. DOI: 10.1111/0952-1895.00121.
- KAPLOW, Louis. Rules versus standards: an economic analysis. *Duke Law Journal*, v. 42, n. 3, p. 557-629, 1992. DOI: 10.2307/1372840.
- LAFFONT, Jean-Jacques; TIROLE, Jean. The politics of government decision-making: a theory of regulatory capture. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 106, n. 4, p. 1089-1127, 1991. DOI: 10.2307/2937958.
- MUELLER, Benjamin. *How much will the Artificial Intelligence Act cost Europe?* Washington, DC: Center for Data Innovation, 2021.
- OLSON, Mancur. *The logic of collective action: public goods and the theory of groups*. Cambridge: Harvard University Press, 1965.
- SHAVELL, Steven. Liability for harm versus regulation of safety. *The Journal of Legal Studies*, v. 13, n. 2, p. 357-374, 1984. DOI: 10.1086/467745.

- STAR, Susan Leigh; GRIESEMER, James R. Institutional ecology, translations and boundary objects: amateurs and professionals in Berkeley's Museum of Vertebrate Zoology, 1907-39. *Social Studies of Science*, v. 19, n. 3, p. 387-420, 1989. DOI: 10.1177/030631289019003001.
- STIGLER, George J. The theory of economic regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 2, n. 1, p. 3-21, 1971.
- WATSON, Alan. *Legal transplants: an approach to comparative law*. 2. ed. Athens: University of Georgia Press, 1993.

LEGISLAÇÃO E DOCUMENTOS NORMATIVOS

- AUSTRÁLIA. Department of Industry, Science and Resources. *Safe and responsible AI in Australia*: discussion paper. Canberra: DISR, 2023.
- AUSTRÁLIA. Office of the Australian Information Commissioner. *Guidance on privacy and artificial intelligence*. Canberra: OAIC, 2023.
- AUSTRÁLIA. *Privacy Act review report*. Canberra: Department of the Prime Minister and Cabinet, 2019.
- BRASIL. Agência Nacional de Proteção de Dados. *ANPD ganha nova estrutura e se consolida como agência reguladora*. Brasília, DF: ANPD, 8 abr. 2026.
- BRASIL. Agência Nacional de Proteção de Dados. *Mecanismos confiáveis de aferição de idade*: orientações preliminares. Brasília, DF: ANPD, 20 mar. 2026.
- BRASIL. Autoridade Nacional de Proteção de Dados. *Edital nº 2/2025: piloto de ambiente regulatório experimental em inteligência artificial e proteção de dados*. Brasília, DF: ANPD, 2025.
- BRASIL. Autoridade Nacional de Proteção de Dados. *Resolução CD/ANPD nº 1, de 10 de fevereiro de 2022*. Brasília, DF: ANPD, 2022.

- BRASIL. Agência Nacional de Proteção de Dados. *Resolução CD/ANPD nº 33, de 6 de abril de 2026*. Brasília, DF: ANPD, 2026.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.
- BRASIL. *Decreto nº 12.880, de 18 de março de 2026*. Regula a Lei nº 15.211, de 17 de setembro de 2025, e institui a Política Nacional de Promoção e Proteção dos Direitos da Criança e do Adolescente no Ambiente Digital. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 18 mar. 2026, edição extra.
- BRASIL. *Decreto nº 12.881, de 18 de março de 2026*. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança da Agência Nacional de Proteção de Dados. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 18 mar. 2026, edição extra.
- BRASIL. *Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 24 abr. 2014.
- BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 15 ago. 2018.
- BRASIL. *Lei nº 13.853, de 8 de julho de 2019*. Altera a Lei nº 13.709, de 2018, e dispõe sobre a proteção de dados pessoais e a criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 9 jul. 2019.
- BRASIL. *Lei nº 15.211, de 17 de setembro de 2025*. Dispõe sobre a proteção de crianças e de adolescentes em ambientes digitais. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 18 set. 2025.
- BRASIL. *Lei nº 15.352, de 25 de fevereiro de 2026*. Conversão da Medida Provisória nº 1.317, de 17 de setembro de

2025. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 2026.
- BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 2.338, de 2023*. Dispõe sobre o desenvolvimento, o fomento e o uso ético e responsável da inteligência artificial com base na centralidade da pessoa humana. Brasília, DF: Senado Federal, 2023.
- CANADÁ. Innovation, Science and Economic Development Canada. *Artificial intelligence and data governance consultation*. Otava: ISED, 2023.
- CANADÁ. Office of the Privacy Commissioner of Canada. *Privacy and artificial intelligence*. Otava: OPC, 2023.
- CANADÁ. *Personal Information Protection and Electronic Documents Act*. Otava: Government of Canada, 2000.
- CANADÁ. Treasury Board of Canada Secretariat. *Directive on automated decision-making*. Otava: Treasury Board, 2020.
- CHINA. Cyberspace Administration of China. *Ethical norms for new generation artificial intelligence*. Pequim: CAC, 2021.
- CHINA. Cyberspace Administration of China. *Interim measures for the management of generative artificial intelligence services*. Pequim: CAC, 13 jul. 2023.
- CHINA. Cyberspace Administration of China. *Provisions on the management of deep synthesis of internet information services*. Pequim: CAC, 10 dez. 2022.
- CHINA. Ministry of Science and Technology. *Guidelines for the construction of national new generation artificial intelligence innovation development trial zones*. Pequim: MOST, 2021.
- CHINA. National People's Congress. *Cybersecurity law of the People's Republic of China*. Pequim: NPC, 2017.
- CHINA. National People's Congress. *Personal information protection law of the People's Republic of China*. Pequim: NPC, 20 ago. 2021.

- COLORADO. *Senate Bill 24-205*: concerning consumer protections in interactions with artificial intelligence systems. Denver: Colorado General Assembly, 2024.
- COLORADO. *Senate Bill 25B-004*. Denver: Colorado General Assembly, 2025.
- COLORADO. *Senate Bill 26-189*. Denver: Colorado General Assembly, 2026.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *America's AI action plan*. Washington, DC: Office of Science and Technology Policy, 2025.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Executive Order 14110, of October 30, 2023: Safe, Secure, and Trustworthy Development and Use of Artificial Intelligence*. Washington, DC: The White House, 2023. Revogada.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Executive Order 14179, of January 23, 2025: Removing Barriers to American Leadership in Artificial Intelligence*. Washington, DC: The White House, 2025.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Executive Order of December 11, 2025: Ensuring a National Policy Framework for Artificial Intelligence*. Washington, DC: The White House, 2025.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Trade Commission. *Reports and guidance on the use of artificial intelligence and algorithms*. Washington, DC: FTC, 2023.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. National Institute of Standards and Technology. *AI risk management framework (AI RMF 1.0)*. Gaithersburg: NIST, 2023.
- ÍNDIA. India AI Mission. *National strategy for AI, part 2*. Nova Délhi: India AI, 2023.
- ÍNDIA. Ministry of Electronics and Information Technology. *Digital Personal Data Protection Act 2023*. Nova Délhi: MeitY, 2023.
- ÍNDIA. Ministry of Electronics and Information Technology.

- Information Technology (Intermediary Guidelines and Digital Media Ethics Code) Rules, 2021*. Nova Délhi: MeitY, 2021.
- ÍNDIA. NITI Aayog. *National strategy for artificial intelligence: discussion paper*. Nova Délhi: NITI Aayog, 2018.
- REINO UNIDO. *Data Protection Act 2018*. Londres: UK Parliament, 2018.
- REINO UNIDO. Department for Science, Innovation and Technology. *A pro-innovation approach to AI regulation*. Londres: DSIT, 2023.
- REINO UNIDO. *AI safety summit 2023: the Bletchley declaration*. Londres: UK Government, 2023.
- REINO UNIDO. Information Commissioner's Office. *Guidance on AI and data protection*. Londres: ICO, 2023.
- REINO UNIDO. Information Commissioner's Office. *ICO fines Clearview AI Inc for breaking UK data protection laws*. Londres: ICO, 2021.
- UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. *A abordagem europeia para a inteligência artificial*. Bruxelas: Comissão Europeia, 2021.
- UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. *Proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial*. COM(2021) 206 final. Bruxelas: Comissão Europeia, 21 abr. 2021.
- UNIÃO EUROPEIA. Comité Europeu para a Proteção de Dados. *Guidelines 3/2020 on the processing of personal data through video devices*. Bruxelas: EDPB, 2020.
- UNIÃO EUROPEIA. Conselho da União Europeia. *Artificial intelligence: Council gives final green light to simplify and streamline rules*. Comunicado de imprensa. Bruxelas: Conselho da UE, 29 jun. 2026.
- UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. *Resolução do Parlamento Europeu, de 20 de outubro de 2020, sobre o*

regime relativo aos aspetos éticos da inteligência artificial, da robótica e das tecnologias conexas. TA-9-2020-0275. Bruxelas: Parlamento Europeu, 2020.

UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais*. *Jornal Oficial da União Europeia*, L 119, 4 maio 2016.

UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento (UE) 2024/1689 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de junho de 2024, que estabelece regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial*. *Jornal Oficial da União Europeia*, L, 2024/1689, 12 jul. 2024.

UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento (UE) 2026/1744 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de julho de 2026, que altera os Regulamentos (UE) 2024/1689, (UE) 2018/1139 e (UE) 2023/1230 no que respeita à simplificação da execução das regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial*. *Jornal Oficial da União Europeia*, L, 2026/1744, 24 jul. 2026.

JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 1.037.396/SP* (Tema 987 da repercussão geral). Relator: Min. Dias Toffoli. Tribunal Pleno. Brasília, DF: STF, julgamento concluído em 26 jun. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 1.057.258/MG* (Tema 533 da repercussão geral). Relator: Min. Luiz Fux. Tribunal Pleno. Brasília, DF: STF, julgamento concluído em 26 jun. 2025.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States District Court for the District of Colorado. Ordem de suspensão da execução do Senate Bill 24-205, proferida em abril de

2026 no curso de impugnação constitucional com intervenção do Department of Justice.

EXCESSIVE RIGHTS: THE SOCIAL WELFARE DEMONIZATION AND THE RISK TO 1988 BRAZILIAN CONSTITUTION SURVIVAL

Marcus Firmino Santiago*

Abstract: In 1988, Brazil promulgated a new Constitution, with which it intended to pave the way for profound transformations in a society long marked by inequality and exclusion. This ambitious project, unfortunately, has never been fully implemented and, in recent years, has been suffering followed attacks especially directed to its social protection system. This study aims to analyze the dismantling of inclusive and socially oriented constitutional projects, especially the one build in Brazil in 1988, replaced by a logic of permanent dispute for the few benefits that States still offer. It is defended that these movements are based on liberal economic discourses, which prioritize the interests of markets to the detriment of people's well-being, whose lives have the same value as any commodity. It is concluded by the need to reaffirm the commitment to the original constitutional project and its objective of rescuing historical social deficits, which remains essential before the reality of widespread inequality and poverty that has worsened in recent years. The research connects Law, Economics and Political Science, highlighting the strength that economic arguments acquire in the process of justifying the changes that the Constitution undergoes.

Keywords: Welfare state; Brazilian 1988 Constitution; Inequality; Neoliberalism; Social exclusion.

DIREITOS EM EXCESSO: A DEMONIZAÇÃO DO BEM-

* E-mail: marcusfsantiago@gmail.com.

ORCID Id <https://orcid.org/0000-0001-5200-4896>.

ESTAR SOCIAL E O RISCO À SOBREVIVÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Resumo: Em 1988, o Brasil promulgou uma nova Constituição, com a qual pretendia abrir caminho para profundas transformações em uma sociedade há muito tempo marcada pela desigualdade e pela exclusão. Este projeto ambicioso, infelizmente, nunca foi implementado de forma plena e, nos últimos anos, vem sofrendo seguidos ataques especialmente direcionados a seu sistema de proteção social. Este estudo objetiva analisar o desmonte de projetos constitucionais inclusivos e socialmente orientados, em especial o erigido no Brasil em 1988, substituídos por uma lógica de disputa permanente pelos poucos benefícios que os Estados ainda oferecem. Defende-se que estes movimentos se sustentam em discursos econômicos liberais, que priorizam os interesses dos mercados em detrimento do bem estar das pessoas, cujas vidas têm o mesmo valor que quaisquer mercadorias. Conclui-se pela necessidade de reafirmar o compromisso com o projeto constitucional original e seu objetivo de resgatar déficits sociais históricos, o que segue imprescindível ante o quadro de desigualdade e pobreza disseminadas que tem se agravado nos últimos anos. A pesquisa conecta Direito, Economia e Ciência Política, destacando a força que os argumentos econômicos adquirem no processo de justificação das mudanças que a Constituição sofre.

Palavras-Chave: Estado de bem estar social; Constituição Brasileira de 1988; Desigualdade; Neoliberalismo; Exclusão social.

INTRODUCTION

This study is part of the research carried out for the elaboration of a postdoctoral thesis at the University of Brasília Law School, completed in November 2020, and which

gave rise to the book entitled *Direitos Sociais, Desigualdade e Democracia: O resgate do protagonismo social em um contexto de mercadorização da vida* (Social Rights, Inequality and Democracy: The rescue of social protagonism in a context of commodification of life). The data collected in the research indicated that, after the deep and widespread economic shock caused by the Great Recession of 2008,¹ the following decade was marked by a long and difficult recovery. Although, in numerical terms, the GDP of most countries has returned to pre-crisis levels, this recovery has not happened in the same way for all people. In fact, growing social inequality is one of the greatest and most harmful legacies of this period. The number of people living in miserable conditions has expanded, while the wealth of those who occupy the top of the economic pyramid has reached unthinkable levels.

And just as the impacts of the Great Recession began to be forgotten – though not at all overcome, a new and incredibly powerful enemy emerged, affecting everyone: the coronavirus, or Covid-19. A pandemic that kills millions of people and paralyzed the global economy - the *Great Lockdown* - closing an extraordinary number of jobs. All over the world, families were left without any income, making visible deprivations that affect an immense amount of forgotten and helpless people.

The responses offered by countries have, as a rule, been palliative. There are not announced structural changes capable of restoring the State's intervening capacity as an inducing agent of economic and social development, along the lines designed by Keynes in the 1930s. People, however, continue to look to governments in the hope of receiving an adequate response to the present problems, which are not limited to combating the pandemic. But they do not respond, at least not in the proportion that would be necessary.

¹ Expression adopted to designate the economic crisis that began at the turn of 2007 to 2008. More details about this period can be found at BLYTH (2017, chapter 2)

In a world dominated by the liberal economic paradigm, it is naturally stated that the market's interests must come before the collective ones: more important is to preserve the liquidity of banks, the profitability of investment funds, ensure the capacity to roll over public debt. Human life becomes a commodity; public services, previously reputed essential, are disputed by large companies that see in them an opportunity for speculation; rights are sold like merchandises on a large stock exchange where, in the end, everyone loses.

This scenario is the stage where the research problem is outlined, whose focus is the emptying of the protective social system originally conceived in the 1988 Constitution, a movement that leads to the dismantling of social support programs, the precariousness of labor markets and the inequality increase. The chosen methodological approach prioritizes the debate on the apprehension of the common good by the market, a result, to a large extent, of the financial fragility of countries and the domain of liberal economic thought, a hypothesis with which we work. The connection between economic, political and legal debates is highlighted, evidencing the strength that economic arguments assume in the process of constitutional deconstruction that is set in motion.

This last aspect forms the study objective, which aims to analyze the process of dismantling inclusive and socially oriented constitutional projects, especially the one constructed in Brazil in 1988, replaced by a logic of permanent dispute for the few benefits that States still offer.

Therefore, the first chapter presents a brief historical review of the constituent process in order to allow a better understanding of the choices made at that moment, highlighting the need to face severe social deficits that were present. The constitutional project that was born suffered, from the beginning, deep resistance, showing that the concert in which the Constitution was based was not strong enough to allow historical barriers of

social exclusion and differentiation to be broken down.

The data presented in the second chapter show that Brazil has advanced but has not been able to disrupt the inequality that marks its society. Such analysis is carried out through the combination of elements, concepts and data derived from historical, legal and economic studies, connecting different fields of knowledge, a necessary path given the complexity of the theme.

Studies of Political Science and Philosophy of Law support the analyses made in the third part about the difficulties faced for the implementation of the constitutional project, a problem that has gained a worrying dimension in the present times. There is a real *deconstituent process* ongoing, in which discourses that exalt the need to rebalance public accounts are used to convince everyone that the only way to save the State is the restriction of rights. In this context, the Constitution is pointed out as an undesirable obstacle that limits the free market's expansion capacity.

The differences in opportunities are a mark of the capitalist logic that generates extremely negative consequences for societies and its fight must involve the offer of a set of goods and services that allow everyone to develop their capabilities and, thus, compete for a space in the market under minimally balanced conditions. This is one of the focuses of social welfare models and is seriously threatened to the extent that the common good is transformed into merchandise and collective interests treated as inputs that drive the search for private gains. Discourses that demonize social well-being - as if the causes of imbalances that affect the economy reside exclusively in it - and try to convince people that consolidated rights would hinder the resumption of growth must be deconstructed.

1. THE 1988 CONSTITUTION AND ITS TRANSFORMATIVE COMMITMENT: A PROJECT CONTESTED SINCE ITS BIRTH

Much of what is being discussed today was at the center of the political, legal and economic debate in the first half of the 1980s in the capitalist west. On that occasion, Brazil made a different bet, depositing its chips in an interventional and socially oriented State model, giving rise to a constitutional project that allowed great evolutions, but which is now attacked on all sides. It is necessary, then, to analyze this reality with greater care, bringing some reflections on the causes by which the promised transformations did not operate and on the fragility of the Constitution in the light of the framework outlined here.

Between 1987 and 1988, the National Constituent Assembly functioned as a huge sounding board that gave voice to a relevant and intense set of social demands, accumulated and silenced during previous decades. At that moment, although the capitalist world was immersed in a deep and prolonged economic crisis and dominated by liberal and anti-State doctrines, the debate on inequality assumed a central position, leading to a bet on social welfare as organizational paradigm to be incorporated by the Brazilian State.

Contrary to the neoliberal order dominant in the developed capitalist countries, Brazilians wagered on the State to be the protagonist of economic and social development. A broad agenda of social commitments was inscribed in the Constitution, accompanied by different mechanisms of participation, aimed at highlighting diffuse groups, with which it was expected to break the hegemonic logic of a financial elite always tied to power.

During the constituent process there were resistances, but these ended up being broken thanks to an unmatched capacity of articulation and expression of different agents (SOUZA JÚNIOR, 1987, p. 10). Misery should be tackled, historical inequality fought, exclusion would no longer be the rule for an immense part of the population. Some practical examples arising from this new paradigm are universal and comprehensive social

protection; a wide range of rights and integration mechanisms aimed at vulnerable groups; new models of participation in the form of councils composed by civil society; and the popular legislative initiative.

In short, at the same time that "(...) the welfare State was criticized and eroded by financial capitalism in the developed world, Brazil, belatedly, tried to build a social protection system inspired by some of the values of these regimes (...)" (CALIXTRE; FAGNANI, 2018, p. 327-328). The State would have a virtuous role to play: no longer as an authoritarian dominator, but as development inducer in articulated action with society. Finally, Brazil could move towards a genuine social welfare.

André Calixtre and Eduardo Fagnani (2018) analyzes the different stages of constitutional implementation, highlighting the dispute that quickly took place, led by groups that opposed the innovations brought by the Constituent and the force it granted to the State. A rapid passage through the period following the Constituent Assembly helps to understand the complexities and challenges that are present.

The first years of the new Constitution life were frustrating, as the country remained plunged into a real fiscal chaos that prevented any attempt to implement robust public policies. There was simply no budgetary margin to allow effective social investments.

The situation began to change as a result of the stabilization brought by the Real Plan, adopted in mid-1994.² The inflationary control achieved allowed that, gradually, there was room in the public budget to put into practice a social project, which, however, needed to be adequate to the new macroeconomic paradigm adopted, which prioritized liberal reforms and required that the newly conceived social State be replaced by the liberal

² The Real Plan was an economic stabilization plan adopted in the government of Itamar Franco (1993-1995), under the leadership of Fernando Henrique Cardoso, then Minister of Economy and future President (1995-2002).

minimum State (CALIXTRE; FAGNANI, 2018, p. 328).

Between 1995 and 2002 several amendments to the Constitution were approved through which the State's capacity to carry out long-term planning and to coordinate public and private investments was strongly limited (CALIXTRE; FAGNANI, 2018, p. 328). The main strategy to empty the constitutional project was the abandonment of universal actions, prioritizing a selective social protection system, so that "(...) the focus 'on the poor' was the only possible social policy for Brazil." (CALIXTRE; FAGNANI, 2018, p. 332), a model that reflected the option for a minimum State.

There are several examples of this genuine *constitutional counter-reform*. An important measure was the creation of the Constitutional Emergency Fund (later replaced by the Untying of Union Revenues – DRU, in Portuguese acronym), which was composed of values that should originally be destined to finance social policies, implying the subtraction of a significant amount of resources that began to be directed to other purposes, such as the rollover of public debt. Another central point of the constitutional inclusive project reached in this period was the universal social security system: its breadth was reduced, creating obstacles that eventually hindered the access of historically excluded groups. In the work relations plan, mechanisms began to emerge that allowed the flexibilization of rights. And the broad privatization program transferred to market agents, in an environment of fragile legal regulation, the definition of priorities in sensitive areas such as urban policies of popular housing, environmental sanitation and mobility (CALIXTRE; FAGNANI, 2018, p. 331-332).

The path adopted allowed to meet both the fiscal imperatives (since less comprehensive policies obviously have much lower costs) as to the purposes of the current liberal project. This was in line with the *substitution effect* (MOTA, 2017, p. 45) expected by the market, eager to assume essential services,

especially those offered to the intermediate social classes and, therefore, with greater potential for financial return (CALIXTRE; FAGNANI, 2018, p. 332). The common good commodification process was already underway.

It is a fact that pressures stemming from economic agents are a constant part of State's life. Attempts to mediate the relationship between State and economy in order to contain deleterious effects are often questioned by economic agents, evidencing the tension between Law and Economy. In defense of the social choices, *politics* must be present (here understood as collective action guided by the search for the common good) aiming to mediate the tensions between the legal and the economic spaces, so that the pressures stemming from the second one, if they do not find political support in society, can hardly be able to promote changes in the legal system (MENEZES, 2014, p. 125). Evidently, between 1995 and 2002, politics did not function properly as a mediating instance and the loss of this dimension, as already warned Celso Furtado, poses a serious risk to the community (FURTADO, 1992, p. 30).

The 1988 Constitution is the result of a collective decision taken at a time of rare consensus around values predominantly focused on the defense of social interests. Its principles, however, are in evident conflict with economic power, as it exalts a notion of social citizenship incompatible with liberal doctrines. The tension between antagonistic paradigms (minimum State *versus* social State) fueled the pressure to deconstruct many of the original choices (CALIXTRE; FAGNANI, 2018, p. 331). The reaction strategy then adopted was clear: at first, accept the sovereign decision contrary to the interests of the economic power holders, passing, as soon as the popular mobilization was dispersed, to work for its reform.

2. ADVANCES AND SETBACKS: A SOCIETY THAT HAS CHANGED BUT DID NOT TRANSFORM ITSELF

Between 2003 and 2014 the reformist furor was slowed and what was left of the constitutional project finally began to be put into practice. There was a significant increase in resources allocated to social security and extensive assistance programs aimed at the vulnerable population have been conceived. The formal labor market has been strengthened, there were important policies in education and professional qualification, and public investment in infrastructure has increased significantly (CARVALHO, 2018, chapter 1). The valuation of the minimum wage policy and the enhancement of the redistributive effects of social security, in addition to concrete measures to combat poverty, also had major impact at the Brazilians life quality improvement (MATOS; NASCIMENTO, 2019; KERSTENETZKY, 2017).

It was, although, a process wrapped in contradictions, because liberal and developmental agendas coexisted in this period marked by paradoxes: while the income of the poorest was increased, mainly through the policy of valuing the minimum wage, the accumulation at the top of the social pyramid was growing. It is also remarkable the economic elite increased resistance to the process of redistribution and social insertion of vulnerable and historically excluded groups, such as landless and homeless (CALIXTRE; FAGNANI, 2018, p. 333).

Despite the difficulties and resistances, three decades later, Brazilians living standards have improved significantly, specially between 2003 and 2014. Data related to education and public health illustrate the evolution experienced by the population and demonstrate how access to essential services was restrict at the beginning of the 90s.

Table 1: Evolution in access to education, healthcare and sanitation³

Illiteracy (people over 15 years old)	Years of schooling (people over 25 years old)	Infant mortality (per 1,000 live births)
1991: 17.19%	1991: 5 years	1991: 47
2019: 6.6%	2015: 8.2 years	2016: 13.3

Access to sanitation (urban area)	Diseases related to environmental inadequate sanitation (total per 100,000 inhabitants)
1991: 45.5%	1991: 732.8
2019: 66.5%	2015: 166.8

The set of obligations brought by the Constitution led governments, at all levels, to implement several measures that produced significant results in terms of social indicators improvement, what promoted a large inequality reduction. As the following data summarize, there was an important redistribution of wealth. Otherwise, that was not enough to promote a real rupture with the historical model of persistent hierarchization and social exclusion.

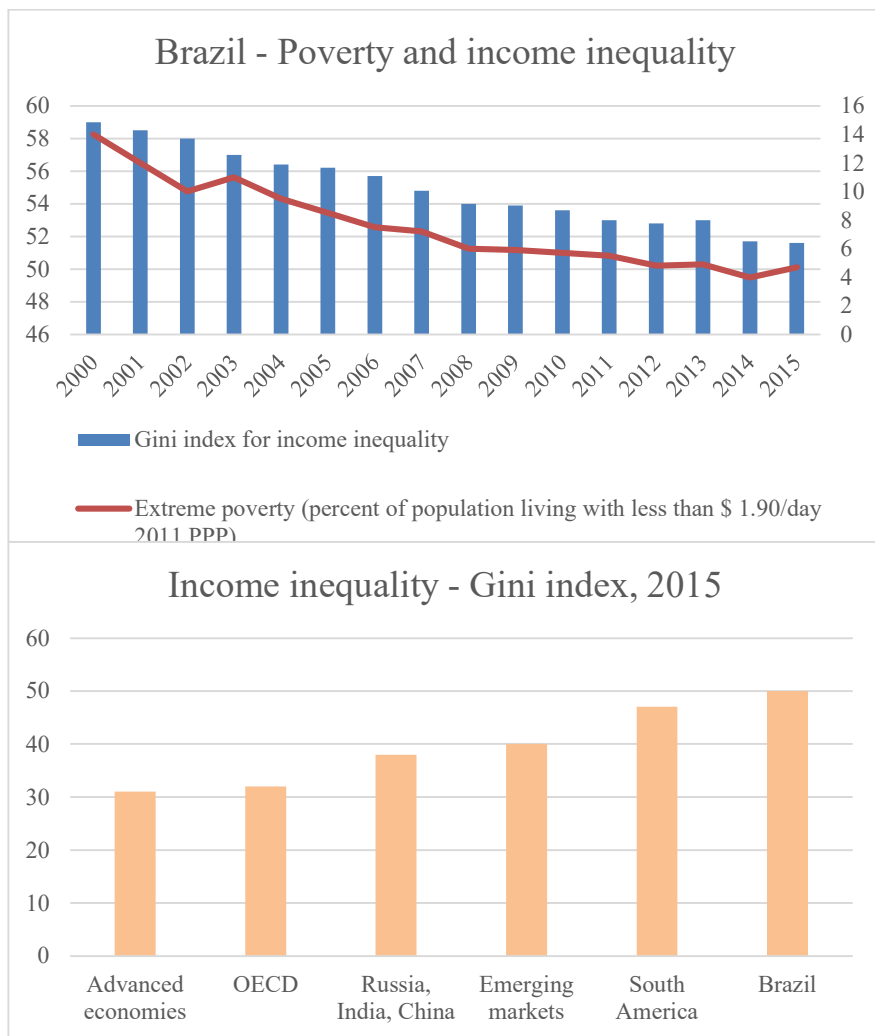
³ Own elaboration, with data obtained from:

< <https://www.serieestatisticas.ibge.gov.br>

< <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18317-educacao.html>

< https://www.ipea.gov.br/retrato/indicadores_educacao.html

Graphs 1 and 2: Poverty and income inequality - evolution of the Brazilian situation and country's position in relation to the world⁴



The information brought above reflects averages that do

⁴ Own elaboration, with data obtained from FLAMINI; SOTO, 2019.

not show how Brazilian society remains extremely unequal. Access to essential services is selective, so that the skin color or the birthplace still influence people's fate. Lilia Schwarcz (2019, chapters 1 and 2) brings some examples that illustrate this scenario. The author cites the difficulty of access to land (less than 1% of rural landowners control about 45% of productive land), income and life expectancy differences between urban and rural workers and State violence against black youth. Besides, as for this group, there are substantial data that show how exclusion and historical subordination remain alive. It is no coincidence that the average income of black workers is persistently lower than that of white men, as well as schooling and life expectancy.

The average income of black workers, in 2017, was equivalent to 56.87% of that one received by non-black workers. According to IBGE data, among the poorest 10% of the population, 75% are black. As summarized in an IPEA survey conducted in 2017, the HDI of the black population is equivalent to what non-blacks had ten years earlier.

Table 2: Income and social indicators according to skin color⁵

Income distribution (1% richer)	Income distribution (10% poorer)	Average income (2017)
Black people: 17.8%	Black people: 75.5%	Black workers: R\$ 1,012.76
White people: 79.7%	White people: 23.4%	White workers: R\$ 1,780.60

⁵ Own elaboration, with data obtained from:

< <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/29431-sintese-de-indicadores-sociais-em-2019-proporcao-de-pobres-cai-para-24-7-e-extrema-pobreza-se-mantem-em-6-5-da-populacao> >

< https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681_informativo.pdf >

< <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18317-educacao.html>

< https://www.ipea.gov.br/retrato/indicadores_educacao.html >

Illiteracy (2019)	Years of schooling (2015)	Deaths by homicide (per 100,000 inhabitants - 2018)
Black people: 8.9%	Black people: 7.4 years	Black people: 43.4
White people: 3.6%	White people: 9 years	White people: 16

Moreover, the regional asymmetries remain enormous, with a huge concentration of wealth in the country's south, the more industrialized part, as well as large differences in life quality.

Table 3: Education and average income – comparison between Northeast and Southeast regions⁶

Illiteracy (2019)	Years of schooling (2015)	Average household income per capita (2019)
Brazil: 6.6%	Brazil: 8.2	Brazil: R\$ 1,406.00
Northeast region: 13.9%	Northeast region: 7	Northeast region: R\$ 884.00
Southeast region: 3.3%	Southeast region: 8.8	Southeast region: R\$ 1,720.00

All the progress experienced in terms of reduction of the poverty and the extreme poverty, as well as the sharp decline in income inequality measured by the Gini index, were not enough to position Brazil in a minimally acceptable international level. The shackles of inequality are not easily released.

There was no complete transition to a developmental model, committed to the recovery of the social deficit. In fact,

⁶ Own elaboration, with data obtained from:

< <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/29431-sintese-de-indicadores-sociais-em-2019-proporcao-de-pobres-cai-para-24-7-e-extrema-pobreza-se-mantem-em-6-5-da-populacao> >

< <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18317-educacao.html>

< https://www.ipea.gov.br/retrato/indicadores_educacao.html >

the neoliberal canon was not abandoned, even though it was contained by the emergence of a progressive social agenda, engaged to the constitutional project. Conservative resistance, however, was persistent and, in the end:

(...) the developmental experience, valid from the point of view of its success in boosting the improvement of the living conditions of the Brazilian working class, could not achieve either the necessary density of redistributive rhythm in social transformations, nor to attack structural changes in the society of underdevelopment (CALIXTRE; FAGNANI, 2018, p. 357).

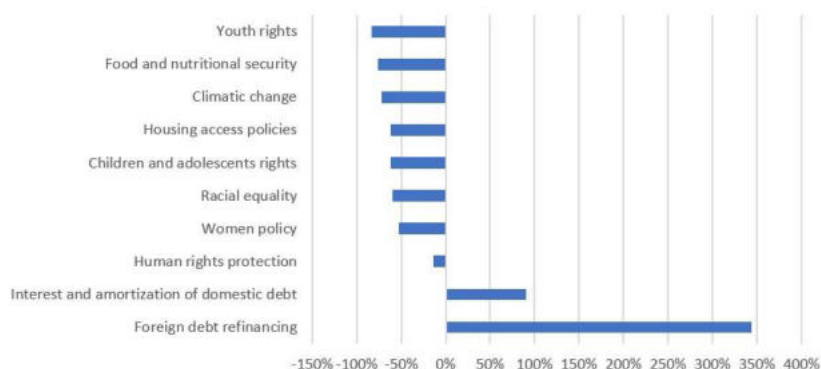
In short, Brazil has advanced in human terms, but has not changed. There was redistribution, but not in the proportion necessary in view of the severity of accumulated historical deficits. Social structures have not changed, that is, the spaces occupied almost exclusively by traditional elites have not been touched and the barriers (visible and invisible) that limit social mobility have not been broken. Lilia Moritz Schwarcz points out that "(...) the reforms undertaken in these years of redemocratization, in general, have been unable to break certain strong national locks (...)" (2019, p. 62).

The social vulnerability of various groups remained alive and grew in the economic crisis, a time when became clear that the benefits of growth were not proportional for everyone (CURADO; FERNÁNDEZ, 2019). Authoritarian inheritances, born in the colonial past, remain firm, maintaining vast social segments excluded from power structures and opportunities for generational evolution. So much so that, at the end of the 2003-2014 period, when the global recession hit the country hard, the economic gains obtained by the poorest quickly receded.

At the same time, starting in 2015, when the budget deficit led the Federal Government to reduce social rights and policies, there was a rapid and severe deterioration of living conditions, especially for the poorest. Since then, successive cuts and reallocations of budgetary resources have put the survival of social programs at risk. As highlighted by OXFAM, the financial

constraints suffered are striking, "(...) mainly affecting investments in human rights, social protection, climate change, young people and racial and gender equality." (OXFAM, 2019)

Graph 3: Nominal budget variations in social programs maintained by the Federal Government (comparison between 2014 and 2017)⁷



The data summarized in this chart clearly show the paradox that accompanies the orientation change present in the last two governments: there is no budgetary margin to maintain social programs, but there is no lack of resources to fund the private creditors who finance public debt.

Naturally, such actions are accompanied by discourses that imputes to social welfare the cause of fiscal imbalances affecting the Brazilian State, at all levels. A State too big, with exaggerated administrative costs, which suffocates, with its tax fury, the capacity for social action, say the dominant voices. Reducing budgetary pressure, especially that resulting from social intervention measures aimed at minority and vulnerable groups, has been a guiding vector of governments since 2015, as

⁷ Own elaboration, with data available at: OXFAM, 2019, p. 4.

illustrated in the data above, and this has left as legacy a real unassisted multitude, invisible to the government eyes.⁸

This is, however, a counterfactual discourse. After all, how to affirm that the Brazilian State is too big if, as Élidea Graziane (2019, p. 1) points out, there is a lack of public inspectors; investments in infrastructure (from the basics, aimed at avoiding the depreciation of bridges, viaducts, highways, museums, etc.); adequate vaccination coverage; family health doctors; well-formed and valued teachers; daycare centers; intelligent policing capable of preventing and investigating crimes; vacancies in prison units... How to consider excessive a State that is not capable to include in the social security system or offer some kind of labor protection to more than half of its economically active population?⁹

Nevertheless, even if the constitutional project has not been completed, it allowed important gains in terms of social welfare. So, is it reasonable to bet on it again, especially in view of the concrete advances it has provided?

The positive response is necessary, especially when considered all the social ills still present and growing. However, in the face of a persistent global economic crisis and a long internal recession, the alternative adopted in Brazil specially since 2016 was the dismantling of the protective model, as will be seen in the next topic. Where, then, did the 1988 constitutional project fail? What makes it so vulnerable to conservative speech?

3. REVOLUTION OR EVOLUTION? WHAT DID THE 1988 CONSTITUTION ALLOW TO ACHIEVE

⁸ Journalistic article about the contingent of people who requested the receipt of emergency aid, established through Law 13.982, of 04/02/2020, shows that the Federal Government had no notion of the number of people who did not have a formal employment bond, a requirement for enrollment in the beneficiary register. (O GLOBO, 2020)

⁹ According to ECLAC data, more than half of Brazilian workers are in informality, a situation similar to that present in the rest of Latin America (ECLAC, 2020).

Still in the heat of the constituent debates, Guillermo O'Donnell made an interesting reading of the consequences arising from the ideological conflicts that, around 1988, opposed defenders of the Welfare State and the liberal minimum State. His starting point was what he recognized as an authoritarian tradition of the Brazilian elite, historically linked to the State, in economic terms, but politically autonomous, which allowed then to grant support to different actors, according to momentary conveniences. This explains the relative ease with which this group transferred support from military to civilians in the democratic transition (O'DONNELL, 1988 (a), p. 75).

The author saw the financial elite as "(...) a deeply authoritarian socio-political subject (...)" (O'DONNELL, 1988 (a), p. 76) and based his analysis on the perception of the enormous distance between classes and the strong degree of differentiation between rich and poor. This scenario led to the systematic rejection of the popular classes empowerment, which, in turn, rarely confronted the elites. It is natural, therefore, that on the eve of the Constituent Assembly a strong resistance to social demands would be present. O'Donnell said:

Today, the demands to (...) modernize social and political relations are numerous and growing. But the resistance is enormous. For the worse, as these demands take place in a socially authoritarian and politically elitist context, some are absorbed by the clientelistic mechanisms, while others disaggregate and partialize without 'hooking' into sufficiently broad collective subjects (...) (O'DONNELL, 1988 (a), p. 80)

Such demands, however, due to a series of particularities inherent to the constituent moment, were able to impose themselves, forming a text strongly centered on social issues, with emphasis on those related to inequality and exclusion. The years 1987/88 watched a confluence of projects that represented a dream for many: building a State for all.

The dominant idea among popular movements was "(...) to make the State a real instrument of everyone, that is, an

instrument that can be used to neutralize the relations of domination, wherever they arise and to be put at the service of common objectives (...)” (REIS, 1988, p. 16). In other words, a strong State, endowed with sufficient tools to promote a virtuous transformation of society, but at the same time, inclusive, open to all and concerned with the common good.

The country structured after the 1988 Constitution is the result of the combination of an interventional State model, universal social rights, inclusion of minority and vulnerable groups and the expansion of participatory democratic spaces. An institutional design that, even only partially implemented, has led to significant improvements in access to essential goods and services and in the living conditions of the lower classes. There was a marked increase in socio-political citizenship. However, there was no real rupture with the current power system, in a transition that should have suppressed the social gaps with which the country historically lives.

Education provides a good example to illustrate the stated. In recent years, access to elementary school became almost universal, with a substantial increase in the number of enrollments. Despite these advances, three out of ten children do not complete the training cycle, and almost all dropouts come from the poorest classes. Even worse: among those who conclude, more than half do not master basic knowledge of reading or mathematics (SCHWARCZ, 2019, p. 149).

In a result, Brazilian people dreamed of a *revolution*, but what was achieved were *evolutions*, some consistent, some fragile, all heavily dependent on favorable political and economic circumstances. Celso Furtado summarize this picture with disconcerting precision: "(...) was there development?", he asks, comparing Brazil of the 21st century beginning with the one he studied in the 1960s. "No: Brazil has not developed; modernized itself. True development only exists when the population as a whole is benefited." (FURTADO, 2002, p. 21)

O'Donnell was quite right when, in 1987, cast doubt on the revolution envisioned by social movements and progressive groups engaged in the Constituent: "(...) it is worth asking whether the high degree of institutional continuity of the Brazilian bureaucratic-authoritarian regime, both in relation to the past and the current period, is not now a serious obstacle to democratic consolidation." (O'DONNELL, 1988 (b), p. 62)

In fact, in these last three decades the country has lived with a succession of pendulous movements. On the one hand, the popular mobilization, which converged so virtuously in the Constituent Assembly, dispersed, unable to maintain cohesion around the project to which so much contributed. On the other hand, the conservative forces never ceased to play a hegemonic political and economic role and continued in their deconstituent march.

However, the mere existence of a capacity for social action, although diffuse, has led dominant groups (at least until the rise of the current government) to ensure that the measures of dismantling social protection systems and democratic participation were covered with subtleties. Discourses that propagate a 'disenchantment' with democracy have long been used, a regime appointed as incapable of allowing real advances and providing the government with the tools or decision-making agility necessary to solve immediate problems (O'DONNELL, 1988 (b), p. 59).

It is noticeable that, even though the constituent moment represented a huge advance in terms of social mobilization, the democratic transition was sustained on fragile and unstable soil, susceptible to conservative pressures that never disappeared. Continuity is explained, in O'Donnell's view, by the malleability of the financial elites, who knew how to adapt to the new social and economic reality, combined to the 'relative economic success' of the military regime and the strong control over the transition (1988 (b), p. 56). Hence, although the exhaustion of the

authoritarian model opened the possibility for a transition due to *State collapse*, it did not happen (COLLINS, 2013, p. 69-70 e 76-78).

With the distance of time it becomes easier to analyze the reality of three decades ago, so that today it is possible to affirm that many of those involved, directly or indirectly, in the Constituent Assembly were wrong to believe that Constitutions promote revolutions; that once the norms that would dictate the direction of the country were written, it would be enough to wait for the transformations to proceed continuously. The social demobilization that followed illustrates this picture and indicates that few realized that *laws do not make revolutions, people make them*.

The Constituent Assembly recognized and faced a long history of social conflicts, but, of course, did not resolve them. In fact, it gave to society, of the present and the future, this task and provided the legal foundations necessary for groups that were traditionally vulnerable and excluded of the decision-making process to gain a voice. *The protagonism is not of the Constitution, but of the people*.

After all, what does the Constitution constitute? How is formed a community of principles capable of assuming itself as a constitutional subject, engaged in the task of permanently reconstructing the transformative project thought in 1988? These are some questions proposed by Menelick de Carvalho Netto that help to situate the debate in a participatory dimension, which recognizes that to implement the Constitution is something that depends on a broad adhering to its values agenda (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011, p. 14-15).

The Constitutions create conditions for society to build a new reality, in a continuous process that involves the interpretation, application and complementation of its text and principles. It is a march that needs to be carried out continuously towards the greater objective of carrying out the society project inscribed

in them (HABERMAS, 2003, p. 169 and 171).

The transformative capacity of a Constitution, therefore, is directly related to the commitment degree and social articulation around its project. This is an essential element that must operate without interruption, especially when there are resistance forces so vivid and actives. As O'Donnell pointed out: "Democratic advances in capitalist societies have never resulted from unilateral concessions on the part of the bourgeoisie; resulted from the organization, struggles and pressures of the popular sector (...)" (O'DONNELL, 1988 (a), p. 75). Only through this means can the ruling elites and governments be convinced as to the convenience (or necessity, to preserve the system of social domination) of validating democratizing advances.

4. THE CONSTITUTIONAL DISMANTLING

Nowadays, Brazil is experiencing a reality of omission that makes unfeasible the 1988 constitutional project - whose pillars are the fight against social inequality and the bet on democracy. And the saddest thing is that several people blame social demands for the problems suffered by society itself: 'the State is too big'; 'the Constitution does not fit in the budget'; 'there are too many rights and duties of less'; are some of the common places repeated to exhaustion.¹⁰

The strength and perseverance of conservative groups that, since 1988, reject the State model outlined in the Constitution have paid off in recent years. In fact, since 2016, when a political rupture took place through the impeachment of then-President Dilma Rousseff, the following governments (Michel Temer: 2016-2020; Jair Bolsonaro: 2020-2023) have openly embraced a constitutional deconstruction project. Based on a systematic criticism of the social protection system breadth – and

¹⁰ As Lenio Streck (2019) denounces and supported the leader of the Bolsonaro government in the House of Representatives, Deputy Ricardo Barros (CNN, 2020).

the cost inherent to it – and wielding the flag of fiscal austerity as the only way out of the economic difficulties experienced by the country, they set in motion a process of social rights containment.

Some examples of this trajectory can be found in the reform of the social security system, implemented through Constitutional Amendment n.º 103/2019; in Law n.º 13,467/2017, which promoted broad reform in labor legislation and incorporated several mechanisms to make labor relations more flexible; and in the approval of Constitutional Amendment n.º 95/2016, which established a ceiling for the expansion of spending in social areas.¹¹

Labor reform promised to combat rising unemployment by making hiring cheaper. The costs reduction for employers would, of course, be due to the limitation of labor rights. As the Constitution ensures a minimum set of rights for formally hired persons, what the legislation did was create new forms of bond between employers and employees, for which various rights are not offered.

Since 2017, the number of people working with precarious bonds has risen, while unemployment levels – even before the Covid-19 pandemic – have continued to increase.¹² In short, the capital holders achieved their goal of reducing labor costs while employees find themselves in an even more fragile situation. Exactly the opposite of what was intended in the original constitutional project.

Another successful example of the project that aims to limit the State's social commitments lies in Constitutional Amendment n.º 95/2016.¹³ Through it, articles 106 to 114 were

¹¹ Brazilian legal system can be researched at: < <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/> >

¹² According to data from the Brazilian Institute of Geography and Statistics - IBGE, between 2016 and 2019 the number of unemployed people remained above 11%, with the growth in the number of informal workers (IBGE, 2020).

¹³ Constitutional Amendment No. 95, published on December 16, 2016. Full text

added to the final part of the Constitution (Transitional Constitutional Provisions Act) which, in summary, restrict the possibility of amplifying public spending included in the so-called fiscal and social security budgets (art. 106). It is worth mentioning that the 'fiscal budget' (art. 165 § 5, I) covers public administration expenses and is treated separately in relation to health, social security and social assistance disburse, components of the 'social security budget' (art. 165, § 5, III).

In line with fiscal austerity advocated by neoliberal economic thinkers, the amendment sought to reduce public spending by prohibiting real increase, for 20 years, of these budgets, allowing only their correction according to inflation rates (art. 107, § 1, II). Thus, a ceiling was established for public spending (which is why it became known as the 'spending ceiling amendment'), whose expansion was limited. However, the Federal Government's expense on public debt, both related to the payment of interest and the borrowing of new loans, is not included in these budgets and, therefore, is not covered by the Constitutional Amendment n.º 95/2016 rules.

On the one hand, from a fiscal perspective, the model makes sense, since the country has been facing constant and sharp growth in public debt, with successive budget deficits. On the other hand, the negative social impacts resulting from this measure are immense, especially considering the history of human weaknesses, which have worsened severely in the context of the Covid-19 pandemic. It should also be considered that Brazil already has a low social investment compared to the OECD countries, so that the freeze occurred at levels clearly insufficient to meet the needs of its people (CARVALHO, 2018, p. 122).

During 2020, the severe economic and social consequences brought by the pandemic imposed a revision of this model, but this did not imply its abandonment. In fact, given the

immediate need to ensure the survival of a significant portion of the population, a new Constitution amendment (n.º 106/2020, known as the 'war budget amendment'¹⁴) was approved, flexibilizing the spending ceiling in order to allow the adoption of countercyclical measures. Such authorization, however, was transitory, so that the *constitutionalization of fiscal austerity* was not ruled out.

Although frankly incompatible with the 1988 project, this move meets the objectives of the State's major creditors who, in times of financial crisis, seek to ensure the maintenance of payment flows aimed at amortization and debt rollover. As Wolfgang Streeck explains, in a text that perfectly reflects the picture outlined in Brazil, "The best way to achieve this is by creating instruments – preferably enshrined in the constitution – such as the 'impediment to indebtedness', which restrict the sovereignty of voters and future governments with regard to public finances." (2018, p. 130)

And so, the progressive dismantling of universalist social welfare, thought 30 years ago, follows its course and, consequently, can be expected an increase in differentiation, social segregation and inequality. The reality indicates, supported by several studies, that restrictive models "(...) flow into well-being segregation and loose rein for inequalities such as concentration at the top – just look at what happens, for example, in the United States." (KERSTENETZKY, 2017, p. 30)

The abandonment of the commitment with the *de-commodification* means that the decision on social priorities, seen as negotiable goods, is given to the market. As Esping-Andersen (1990, p. 21) describes: "It is as markets become universal and hegemonic that the welfare of individuals comes to depend entirely on the monetary relations". The current Brazilian framework is very similar to what existed before the Welfare State and

¹⁴ Constitutional Amendment n.º 106, published on May 7, 2020. Full text available at < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc106.htm >

which the 1988 Constitution aimed to correct.

Criticisms of the sacrifice of social investments in the name of fiscal balance comes from various sides, including the IMF, a traditional advocate of liberal economic policies. Reducing debt without compromising social investments is the motto that informs several reports released in recent years, which emphasize that "(...) countries should maintain investments in education, health, and infrastructure, either by reprioritizing spending or broadening the tax base (...)" (GASPAR; RALYEA; TURE, 2019).

Brazil, however, opted for an ultraliberal model (KERSTENETZKY, 2019), rejecting similar recipes, which puts at serious risk the survival of the Constitution structuring pillars. Once again, the 1988 project is presented by different political actors as an obstacle that needs to be removed¹⁵ and, as seen, a series of concrete actions are already being adopted in this regard.

It is not the first time that this kind of attack has happened, it is not the first time that such a speech, accompanied by destructive actions, is set in motion. So, it is worth asking: why such contempt for the product of a unique moment in national life, which reflected a rare and virtuous consensus around values that still need to be realized?

CONCLUSION

1988 was a milestone in Brazilian institutional life. At that moment, breaking the national tradition of Constitutions conceived by and for an elite, a text was born committed with the fight against inequality and exclusion, diseases historically

¹⁵ It is worth mentioning the speech of Minister Dias Toffoli, then President of the Supreme Court, on August 12, 2019, when he advocated that economic issues should be left out of the Constitution, which ought be 'dehydrated'. CONJUR. Toffoli says it is necessary to 'dehydrate' the Constitution to unlock the economy. Available in < <http://www.conjur.com.br> > Access on Aug. 13th. 2019.

present in the country. The following decades brought important advances, shared by various segments of the population, which represented a significant improvement in the Brazilians living standards. The dreamed revolution that would definitely change the country's social structures, however, did not take place.

A weak capacity for social articulation, especially among minority and vulnerable groups, added to the fierce resistance of conservative forces that have always opposed the constitutional project, resulted in the maintenance of historical and brutal imbalances. At the same time, the multiple barriers that have always restrained the distributive possibilities of the economic growth remained erected, preventing the poorest from obtaining their benefits in the same proportion. There was no development, in the fullness of the concept.

The aforementioned obstacles are presented in different forms and are not limited to income poverty. Social origin, skin color or birthplace continue to function as social stigmas, which restrict the chances of people evolving on the economic ladder or even aiming for a space in power structures. A State mainly controlled by a conservative political elite, in which liberal discourses strongly resonate, which distrust the benefits of a broad and participatory democracy and lives hostage to financial markets and private creditors, cannot welcome a humanist and inclusive constitutional project like that of 1988.

Thus, faced with a situation of persistent economic stagnation, the discourse that demonizes social well-being takes shape, stirs up antagonism between economic elites and social forces and, once again, sets in motion a project to dismantling the constitutional protective system. And if decades ago this kind of movement was ostensibly and, often, supported by the force of weapons, today it follows more stealthy paths, but not least dangerous. The fragile commitment that unites governments to the Constitution is suffering systematic blows; gloomy clouds obscure the constitutional horizon outlined in 1988.



REFERENCES

- BLYTH, Mark. (2017) *Austeridade*. A história de uma ideia perigosa. Trad. Freitas e Silva. São Paulo: Autonomia Literária.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. (2017) Depois do capitalismo financeiro-rentista, mudança estrutural à vista? *Novos Estudos CEBRAP*. São Paulo. Vol. 36, mar. 2017. Available at < <https://www.scielo.br/pdf/nec/v36n1/1980-5403-nec-36-01-137.pdf> >
- CALIXTRE, André; FAGNANI, Eduardo. (2018) A política social nos limites do experimento desenvolvimentista (2003-2014). in CARNEIRO, Ricardo; BALTAR, Paulo; SARTI, Fernando (org). *Para Além da Política Econômica*. São Paulo: UNESP. Available at < <https://www.eco.unicamp.br/images/arquivos/para-alem-da-politica-economica.pdf> > Access in Feb 10. 2019.
- CARVALHO, Laura. (2018) *Valsa Brasileira*. Do boom ao caos econômico. São Paulo: Todavia.
- CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. (2011) *Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito*. A produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum.
- CEPAL. (2018) *A Ineficiência da Desigualdade*. CEPAL: Santiago. Available at < <https://www.cepal.org> > Access in Aug 19. 2019.
- CEPAL. (2020) *Pandemia de COVID-19 levará à maior contração da atividade econômica na história da região: cairá -5,3% em 2020*. Comunicado de imprensa. April 21,

2020. Available at <<https://www.cepal.org/pt-br/comunicados/pandemia-covid-19-levara-maior-contracao-atividade-economica-historia-regiao-caira-53>> Access in Apr 30. 2020.
- CNN BRASIL. (2020) *Líder do governo defende plebiscito para mudar Constituição no Brasil*. 'A Constituição [brasileira] tornou o país ingovernável, como disse o [José] Sarney. Devemos fazer um plebiscito, como fez o Chile', afirmou em live. October 26, 2020. Available at <<https://www.cnnbrasil.com.br/politica/2020/10/26/lider-do-governo-defende-plebiscito-nos-moldes-do-chile-no-brasil>> Access in Feb 26. 2021.
- COLLINS, Randall. (2013) Revoluções de Ponto de Virada e Revoluções por Colapso do Estado. Por que revoluções têm êxito ou fracassam? *Novos Estudos CEBRAP*. n. 97, nov. 2013. Available at <<https://www.scielo.br/pdf/nec/n97/06.pdf>>
- CURADO, Marcelo; FERNÁNDEZ, Virginia Laura. (2019) Igualdad, justicia y crecimiento en Brasil. in CEPAL (Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe). *O Futuro do Crescimento com Igualdade no Brasil: ensaios vencedores do concurso em comemoração aos 70 anos da CEPAL*. CEPAL: Santiago. Available at <<https://www.researchgate.net/publication/333264338>> Access in Aug 11. 2019.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. (1998) Ditadura constitucional. *Folha de São Paulo*. Opinião. São Paulo, January 16, 1998. Available at <<http://www1.folha.uol.br/fsp>> Access in Jun 17. 2019.
- ESPING-ANDERSEN, Gosta. (1990) *The Three Worlds of Welfare Capitalism*. Cambridge: Polity Press.
- FERRAJOLI, Luigi. (2014) Processi Decostituenti e Poteri Selvaggi. *Eutopia: Ideas for Europe Magazine*. 19 set. 2014. Available at <<http://www.eutopiamagazine.eu>>

- Access in May 20. 2015.
- FLAMINI, Valentina; SOTO, Mauricio. (2019) *Doing More with Less: How can Brazil foster development while pursuing fiscal consolidation?* IMF Working Paper. November 2019, p. 3. Available at < <https://www.imf.org/en/Publications/WP/Issues/2019/11/01/Doing-More-with-Less-How-Can-Brazil-Foster-Development-While-Pursuing-Fiscal-Consolidation-48540> > Access in Nov 25. 2019.
- FURTADO, Celso. (1992) *Brasil: a construção interrompida*. Rio de Janeiro: Paz e Terra.
- FURTADO, Celso. (2002) *Em Busca de Novo Modelo*. Reflexões sobre a crise contemporânea. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra.
- GASPAR, Vitor; RALYEA, John; TURE, Elif. (2019) High Debt Hampers Countries' Response to a Fast-Changing Global Economy. *IMF Blog. Insights & Analysis on Economics & Finance*. Apr 10, 2019. Available at < <https://blogs.imf.org/2019/04/10/high-debt-hampers-countries-response-to-a-fast-changing-global-economy/> > Access in Apr 15. 2019.
- GOPINATH, Gita. (2020) Reopening from the Great Lockdown: Uneven and uncertain recovery. *IMF Blog. Insights & Analysis on Economics & Finance*. June 25, 2020. Available at < <https://blogs.imf.org/2020/06/24/reopening-from-the-great-lockdown-uneven-and-uncertain-recovery/> > Access in Jun 26. 2020.
- HABERMAS, Jürgen. (2003) O Estado Democrático de Direito: uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? *in Era das Transições*. Trad. Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.
- HABERMAS, Jürgen. (2012) *Sobre a Constituição da Europa*. Um ensaio. Trad. Denilson Luis Werle *et alii*. São Paulo:

UNESP.

IBGE. (2020) *Agência IBGE Notícias*. Desemprego cai para 11,9% na média de 2019; informalidade é a maior em 4 anos. January 31. 2020. Available at < <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/26741-desemprego-cai-para-11-9-na-media-de-2019-informalidade-e-a-maior-em-4-anos> > Access in Feb 26. 2021.

KERSTENETZKY, Celia Lessa. (2017) Foi um pássaro, foi um avião? Redistribuição no Brasil no século XXI. *Novos Estudos CEBRAP*. São Paulo. Vol. 36, n. 2, julho 2017. Available at < http://novosestudos.com.br/wp-content/uploads/2017/09/02_lessa_dos-sie_108_p14a35_site.pdf >

KERSTENETZKY, Celia Lessa. (2019) *Sem Coração, nem Cabeça*: A política social negativa de Paulo Guedes. Available at < <https://www.joserobertoafonso.com.br> > Access in Jul 21. 2019.

LACEY, Nicola. (2019) *Populism and the Rule of Law*. LSE International Inequalities Institute. Working paper 28. Available at < www.lse.ac.uk/III > Access in May 02. 2019.

MATTOS, Fernando Augusto Mansor de; NASCIMENTO, Natassia. (2019) Aspectos históricos dos efeitos da evolução do salário mínimo, do mercado de trabalho e da estrutura tributária sobre o perfil distributivo brasileiro desde meados do século XX. *Tempo & Argumento*. Revista de história do tempo presente. Vol. 11, n. 27. Universidade do Estado de Santa Catarina – UDESC. p. 429-474. Available at < <http://revistas.udesc.br> > Access in Aug 09. 2019.

MENEZES, Daniel Francisco Nagao. (2014) *Economia e Mutação Constitucional*. Belo Horizonte: Arraes.

MOTA, Paulo. (2017) *Austeridade Expansionista*. Como matar

- uma ideia zombie? Coimbra: Almedina.
- O GLOBO. (2020) *'Invisíveis' precisam de atenção social permanente, dizem especialistas*. April 14. 2020. Available at < <https://oglobo.globo.com/economia/invisiveis-precisam-de-atencao-social-permanente-dizem-especialistas-24381445> > Access in May 11. 2020.
- O'DONNELL, Guillermo. (1988 a) Hiatos, instituições e perspectivas democráticas. *in* REIS, Fábio Wanderley; O'DONNELL, Guillermo (org). *A Democracia no Brasil*. Dilemas e perspectivas. São Paulo: Vértice.
- O'DONNELL, Guillermo. (1988 b) Transições, continuidades e alguns paradoxos. *in* REIS, Fábio Wanderley; O'DONNELL, Guillermo (org). *A Democracia no Brasil*. Dilemas e perspectivas. São Paulo: Vértice.
- OXFAM. (2018) *Uma Economia para os 99%*. Chegou a hora de promovermos uma economia humana que beneficie a todos, não apenas a uns poucos privilegiados. Available at < <http://www.oxfam.org.br> > Access in Mar 25. 2018.
- OXFAM. (2019) *Brasil: Direitos Humanos em Tempos de Austeridade*. Available at < <http://www.oxfam.org.br> > Access in Apr 25. 2019.
- PINTO, Élida Graziane. (2019) Ausente no básico, Estado brasileiro, inchado e capturado, entra em colapso. *Consultor Jurídico*. Available at < <http://www.conjur.com.br> > Access in Jan 29. 2019.
- REIS, Fábio Wanderley. (1988) Consolidação democrática e construção do Estado. Notas introdutórias e uma tese. *in* REIS, Fábio Wanderley; O'DONNELL, Guillermo (org). *A Democracia no Brasil*. Dilemas e perspectivas. São Paulo: Vértice.
- SANTIAGO, Marcus Firmino. (2015) Estado de Bem Estar Social: da formação à sua mais recente crise. *in* MORAES, José Luís Bolzan; SOUZA, Leonardo da Rocha de; SALGADO, Karine. *Teoria e Filosofia do Estado*. XXIV

- Congresso Nacional do CONPEDI – Belo Horizonte/MG*. Florianópolis: CONPEDI.
- SCHWARCZ, Lilia Moritz. (2019) *Sobre o Autoritarismo Brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras.
- SHAFIK, Nemat. (2018) A New Social Contract. Overcoming fears of technology and globalization means rethinking the rights and obligations of citizenship. *Finance & Development*. International Monetary Fund, Washington, DC. December 2018. Available at < <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2018/12/pdf/lse-a-new-social-contract-shafik.pdf> > Access in Feb 01. 2019.
- SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de. (1987) Soberania e direitos: processos sociais novos? in BASTOS, Vânia Lomônaco; COSTA, Tânia Moreira da (org). *Constituinte: Temas em debate*. Caderno CEAC/UnB. Brasília: UnB.
- STRECK, Lenio. (2019) Para Bolsonaro e alto clero jurídico, há direitos demais no Brasil! *Consultor Jurídico*. June 23. 2019. Available at < <https://www.conjur.com.br/2019-jul-23/bolsonaro-alto-clero-juridico-direitos-demaiss-brasil> > Access in Feb 26. 2021.
- STREECK, Wolfgang. (2018) *Tempo Comprado*. A crise adiada do capitalismo democrático. Trad. Marian Toldy e Teresa Toldy. São Paulo: Boitempo.

GOVERNANÇA DO MERCADO DE CARBONO E *BLOCKCHAIN*: UMA ANÁLISE DAS POTENCIALIDADES E LIMITAÇÕES ESTRUTURAIS À LUZ DOS PRINCÍPIOS DE ELINOR OSTROM

Adriana Fonteles Silva¹

João Luis Nogueira Matias²

Resumo: O mercado de carbono voluntário, embora relevante como instrumento de governança climática, acumula déficits institucionais, opacidade, dupla contagem, captura por certificadores privados e exclusão de comunidades tradicionais, que comprometem sua credibilidade e efetividade. Diante desse cenário, a tecnologia *blockchain* emergiu como proposta institucional para mitigar essas falhas, oferecendo transparência, rastreabilidade e automação de regras por meio de contratos inteligentes. Diante disso, este artigo analisa, sem viés prescritivo, as potencialidades e as limitações estruturais da *blockchain* quando aplicada à governança do mercado de carbono voluntário, utilizando como referencial teórico os princípios de design institucional formulados por Elinor Ostrom para a gestão de recursos de uso comum (*Common-Pool Resources*). A pesquisa adota abordagem qualitativa e analítica, estruturada por revisão bibliográfica e documental. Os resultados indicam que a *blockchain* apresenta capacidades institucionais substantivas que dialogam com os princípios ostromianos de monitoramento, sanções graduais e resolução de conflitos, mas enfrenta limitações relevantes

¹ Doutoranda e mestra em direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará - UFC.

² Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará – UFC e do Centro Universitário 7 de Setembro - UNI7. Juiz Federal.

como a transparência técnica que não substitui a transparência política, a automação não garante a qualidade do ativo subjacente, e a financeirização especulativa pode gerar dinâmicas de bolha no mercado. Ademais, identifica-se uma contradição estrutural entre meio e fim, decorrente do custo energético e ambiental da própria infraestrutura *blockchain*. Chegando-se a conclusão de que a tecnologia constitui condição importante, mas insuficiente, para a governança climática dos comuns, permanecendo aberta uma agenda essencialmente política sobre quem define e legitima as regras desses sistemas.

Palavras-Chave: Recursos de uso comum; Governança climática; Pegada energética da blockchain; Mercado voluntário de créditos; Design institucional.

CARBON MARKET GOVERNANCE AND BLOCKCHAIN: AN ANALYSIS OF THE STRUCTURAL POTENTIALITIES AND LIMITATIONS IN LIGHT OF ELINOR OSTROM'S PRINCIPLES

Abstract: The voluntary carbon market, despite its relevance as a climate governance instrument, has accumulated institutional deficits — opacity, double counting, capture by private certifiers, and exclusion of traditional communities — that undermine its credibility and effectiveness. Against this backdrop, blockchain technology has emerged as an institutional proposal to mitigate these shortcomings, offering transparency, traceability, and rule automation through smart contracts. This article analyzes, without a prescriptive bias, the potentialities and structural limitations of blockchain when applied to voluntary carbon market governance, drawing on Elinor Ostrom's institutional design principles for the management of Common-Pool Resources as a theoretical framework. The research adopts a qualitative and analytical approach, structured through bibliographic and

documentary review. The findings indicate that blockchain exhibits substantive institutional capacities that engage with Ostrom's principles of monitoring, graduated sanctions, and conflict resolution, yet faces significant limitations: technical transparency does not substitute for political transparency, automation does not guarantee the quality of the underlying asset, and speculative financialization may generate bubble dynamics. Furthermore, a structural contradiction between means and ends is identified, stemming from the energy and environmental costs of the blockchain infrastructure itself. The article concludes that the technology constitutes a necessary, yet insufficient, condition for climate commons governance, leaving open an essentially political agenda regarding who defines and legitimizes the rules of these systems.

Keywords: Common-pool resources. Climate governance. Blockchain energy footprint. Voluntary carbon trading. Institutional design.

INTRODUÇÃO

O mercado de carbono nasceu de uma discussão institucional que se estendeu por décadas. Sua gênese remonta a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança Climática (UNFCCC) durante a ECO-92, realizada no Rio de Janeiro, como parte de um projeto da política global para enfrentamento do aumento do aquecimento global causado pela intensificação das ações antrópicas. Ali se estabeleceu o primeiro arcabouço multilateral que tornaria possível a precificação das emissões de CO².

Foi, contudo, o Protocolo de Quioto, assinado em 1997, que traduziu esse arcabouço em mecanismos concretos de mercado. O modelo foi inicialmente introduzido pelo Sistema de Comércio de Emissões da União Europeia (EU-ETS), o maior e

mais antigo mercado de carbono do mundo, como uma política climática fundamental decorrente do Protocolo de Quioto e aperfeiçoado pelo Acordo de Paris, em 2015, diante da constatação de alguns problemas de credibilidade que surgiram com os projetos de Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL).

O Acordo de Paris veio estabelecer um novo marco, em que diverge das responsabilidades estabelecidas no Protocolo de Quioto de 1997, ao estabelecer um regime cooperativo mais amplo, no qual as partes se comprometem a reduzir suas emissões de acordo com suas possibilidades, criando-se assim um sistema de metas de ambição.

Paralelo ao Protocolo de Quioto, em 2000, surgiu o mercado voluntário de carbono, com a criação das chamadas Reduções Voluntárias de Emissões (VERs). Ou seja, nasceu fora do sistema regulado, antes de qualquer obrigação legal, movido por certificadores de iniciativa privada, que passaram a exercer, sem mandato público, a função de árbitros de qualidade e integridade de créditos transacionados³. O mecanismo foi ampliado pelo Acordo de Paris em 2015, que incorporou países em desenvolvimento em metas voluntárias de redução e ao abrir, pelo seu Artigo 6, caminhos para mecanismos de mercado entre nações.

Neste contexto, a atmosfera atua como o recurso comum (ou *commons*) global por excelência, cujo esgotamento exige respostas institucionais adequadas. Todavia, os arranjos atuais do mercado de carbono voluntário tem enfrentado déficits profundos de governança, marcados por opacidade, ineficiências de verificação, problemas de dupla contagem e fragmentação jurisdicional. Esses obstáculos comprometem a credibilidade dos créditos de carbono e impedem o fluxo de financiamento

³ ZIMBA, Aaron; PHIRI, Katongo Ongani; MULENGA, Mwenge; MUKUPA, George. A systematic literature review of blockchain technology and energy efficiency based on consensus mechanisms, architectural innovations, and sustainable solutions. *Discover Analytics*, v. 3, art. 14, 2025. DOI: 10.1007/s44257-025-00041-6. Disponível em <https://link.springer.com/article/10.1007/s44257-025-00041-6>. Acesso em 03 jun. 2026.

necessário para os esforços globais de descarbonização.

Como resposta a essas falhas, a tecnologia *blockchain* tem sido vista por alguns atores como uma proposta institucional disruptiva para os mercados ambientais. Sob o argumento de permitir transações seguras, verificáveis e imutáveis por meio de um livro-razão distribuído, prometendo solucionar problemas de confiança sem a necessidade de autoridades centrais.

Diante disso, o objetivo deste artigo é analisar, sem viés prescritivo, quais são as potencialidades e as limitações estruturais da tecnologia *blockchain* quando aplicada à governança dos mercados de carbono voluntários? Para tanto, emprega-se o conjunto de princípios de *design* institucional sistematizado por Elinor Ostrom como categoria analítica central.

Para atingir tal objetivo, a presente pesquisa adota uma abordagem metodológica qualitativa e analítica, estruturada por meio de revisão bibliográfica e documental. O estudo utiliza o *framework* de governança dos recursos de uso comum (*Common-Pool Resources* - CPRs) desenvolvido por Ostrom como instrumento teórico central.

O percurso analítico divide-se em três etapas principais. Primeiramente, identificam-se e categorizam-se os déficits institucionais do mercado voluntário de carbono (como o *greenwashing* e a assimetria de informações) sob a ótica dos princípios de design das principais instituições no setor. Em seguida, examinam-se as ferramentas técnicas da *blockchain*, especificamente a transparência do registro distribuído, a automação de regras via *smart contracts* e a tokenização de ativos, avaliando-as como potenciais mecanismos de resolução destas falhas. Por fim, o artigo realiza um contraponto crítico para apurar as limitações estruturais da tecnologia, evidenciando suas contradições materiais e socioambientais, tais como o alto custo físico-sistêmico de mecanismos de consenso como o *Proof-of-Work* e o risco de incidência do Paradoxo de *Jevons* na digitalização e financeirização dos créditos de carbono.

2. GOVERNANÇA DOS COMUNS: OS PRINCÍPIOS DE OSTROM

O conceito de *Commons* (comuns) remonta aos debates medievais sobre terras comunais na Inglaterra, e foi retomado por Garrett Hardin no seu artigo *The Tragedy of the Commons* (1968) em que o autor trouxe argumentos de que recursos compartilhados seriam inevitavelmente destruídos pela lógica do individualismo. Conforme Hardin:

Aí está a tragédia. Cada homem está preso em um sistema que o compele a aumentar seu rebanho sem limite, em um mundo que é limitado. A ruína é o destino para o qual todos os homens correm, cada um perseguindo seu próprio interesse em uma sociedade que acredita na liberdade dos comuns.⁴(tradução nossa).

Propondo o autor como solução apenas o Estado ou a privatização. No entanto, foi Elinor Ostrom que se aprofundou nesse argumento para demonstrar de forma empírica que as comunidades são capazes de criar suas próprias instituições para gerir recursos comuns de forma sustentável, sem que precisem de Estado e mercado. Em sua obra *Governing the Commons* (1990), a autora demonstrou que:

[...] nem o Estado nem o mercado são uniformemente bem-sucedidos em permitir que os indivíduos sustentem o uso produtivo e duradouro dos sistemas de recursos naturais. Ademais, comunidades de indivíduos têm se apoiado em instituições que não se assemelham nem ao Estado nem ao mercado para governar alguns sistemas de recursos com razoável grau de êxito ao longo de longos períodos de tempo⁵. (tradução nossa).

Com essa contribuição, Ostrom não só respondeu a Hardin, como também cunhou o *framework* da governança dos comuns como campo analítico próprio, vindo inclusive a receber

⁴ HARDIN, Garrett. *The Tragedy of the Commons*. *Science*, v. 162, n. 3859, p. 1244.

⁵ OSTROM, Elinor. *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990. p. 1.

em 2009 o Nobel de Economia justamente por essa obra.

A gestão de recursos de uso comum, os chamados *Common-Pool Resources* (CPRs) desafia modelos teóricos clássicos, que frequentemente postulam a tragédia dos comuns e prescrevem a intervenção estatal ou a privatização absoluta. Em contraposição, Elinor Ostrom demonstrou que comunidades auto-organizadas podem, por meio de arranjos policêntricos, governar CPRs de forma sustentável. No entanto, para a economista a atmosfera global, contudo, representa um CPR de extrema complexidade e difícil escala, exigindo mecanismos sofisticados de coordenação em múltiplos níveis.

Diante disso, para que as instituições sejam duradouras, Ostrom identificou sete princípios de design fundamentais que caracterizam todas as instituições sólidas e mais um oitavo princípio utilizado nos casos maiores e mais complexos. Ostrom listou esses princípios da seguinte maneira:

Tabela 3.1 - Princípios de design ilustrados por instituições de CPR de longa duração⁶

1. Fronteiras claramente definidas

Os indivíduos ou famílias com direitos de retirar unidades de recursos do CPR devem ser claramente definidos, assim como as fronteiras do próprio CPR.

2. Congruência entre as regras de apropriação e provisão e as condições locais

As regras de apropriação que restringem o tempo, o lugar, a tecnologia e/ou a quantidade de unidades de recursos estão relacionadas às condições locais e às regras de provisão que exigem trabalho, material e/ou dinheiro.

3. Arranjos de escolha coletiva

A maioria dos indivíduos afetados pelas regras operacionais pode participar da modificação dessas regras.

4. Monitoramento

Os monitores, que ativamente auditam as condições do CPR e o comportamento dos apropriadores, são responsáveis perante os apropriadores ou são os próprios apropriadores.

5. Sanções graduais

Os apropriadores que violam as regras operacionais estão sujeitos a sanções graduais (dependendo da gravidade e do contexto da infração) por outros apropriadores, por funcionários responsáveis perante esses apropriadores, ou por ambos.

6. Mecanismos de resolução de conflitos

⁶ Tabela elaborada com base no livro e traduzida para o Português. Ostrom, 1990, p. 90.

Os apropriadores e seus funcionários têm acesso rápido a arenas locais de baixo custo para resolver conflitos entre apropriadores ou entre apropriadores e funcionários.

7. Reconhecimento mínimo dos direitos de organização

Os direitos dos apropriadores de elaborar suas próprias instituições não são contestados por autoridades governamentais externas.

Para CPRs que fazem parte de sistemas maiores:

8. Empresas aninhadas

As atividades de apropriação, provisão, monitoramento, execução, resolução de conflitos e governança são organizadas em múltiplas camadas de empresas aninhadas.

Como se vê, o *framework* ostromiano exige, fundamentalmente, que qualquer arranjo de governança seja capaz de resolver os problemas de suprimento institucional, compromisso crível e monitoramento mútuo em cenários de alta incerteza. Tarefa que a própria autora alertou que seria “difícil independentemente de quão homogêneo seja o grupo, quão bem informados estejam os membros sobre as condições de seu CPR e quão arraigadas sejam as normas generalizadas de reciprocidade”⁷.

Nesse sentido, para o contexto desse artigo, a pertinência do *framework* ostromiano para além dos recursos naturais clássicos tratados pela autora, como as pastagens, pesqueiros e aquíferos, tornando-se evidente quando observada sob a perspectiva da atmosfera global compartilhada das características estruturais de um CPR, que é um recurso de uso comum, não exclusivo, sujeito à superutilização e à degradação coletiva.

Foi nesse contexto que o mercado de carbono emergiu como uma tentativa institucional de governar esse bem comum global, atribuindo valor econômico às emissões e criando incentivos para sua redução. Contudo, como se verá no tópico a seguir, a arquitetura atual desse mercado tem reproduzido precisamente os déficits que Ostrom identificou como causadores do colapso institucional, diante das fronteiras mal definidas, ausência de monitoramento efetivo, regras desconectadas das condições locais e mecanismos de resolução de conflitos fragilizados ou inexistentes.

⁷ OSTROM, 1990, p. 210.

3. O MERCADO DE CARBONO VOLUNTÁRIO E SEUS DÉFICITS INSTITUCIONAIS

O mercado de carbono apesar de sua relevância, tem sido cenário de problemas estruturais globais, os principais deles tem sido em relação a credibilidade, opacidade, assimetria de informações, dupla contagem, captura por intermediários privados sem *accountability*, *Greenwashing* institucionalizado, e exclusão das comunidades tradicionais, além das fraudes das quais o mercado é vítima.

Um dos casos mais emblemáticos foi apresentado pelo jornal *The Guardian*, que em 2023 conduziu uma investigação de nove meses em conjunto com o semanário alemão *Die Zeit e a SourceMaterial*, uma organização de jornalismo investigativo sem fins lucrativos, que analisa a validade dos créditos de carbono florestal aprovados pela Verra, a principal fornecedora mundial.

A pesquisa investigativa demonstrou que os créditos de carbono florestal emitidos pela Verra são “em grande parte inúteis e podem agravar o aquecimento global”. A análise de uma porcentagem significativa dos projetos de compensação de carbono mostra que mais de 90% dos créditos de compensação de florestas tropicais emitidos, que estão entre os mais utilizados pelas empresas, provavelmente são “créditos fantasmas” e não representam reduções reais de carbono.⁸

A Verra é uma organização sem fins lucrativos que opera diversos padrões ambientais líderes para ação climática e desenvolvimento sustentável. É pioneira na definição de padrões de carbono no mercado voluntário de carbono e criou o principal programa de créditos de carbono do mundo. O padrão de

⁸ GREENFIELD, Patrick. Revealed: more than 90% of rainforest carbon offsets by biggest provider are worthless, analysis shows. *The Guardian*, Londres, 19 jan. 2023. Disponível em: <https://www.theguardian.com/environment/2023/jan/18/revealed-forest-carbon-offsets-biggest-provider-worthless-verra-aoc>. Acesso em: 24 jun.2026.

carbono verificado (VCS) da Verra já emitiu mais de 1 bilhão de créditos de carbono desde sua fundação em 2009⁹.

Contudo, a investigação revela as conclusões de uma análise de um estudo da Universidade de Cambridge de 2022, que apontou que a ameaça às florestas foi exagerada em cerca de 400% em média nos projetos da Verra. O relatório também afirma que as questões de direitos humanos são uma séria preocupação em pelo menos um dos projetos de compensação.

A investigação levou uma equipe de jornalistas a analisar as conclusões de três estudos científicos que utilizaram imagens de satélite para verificar os resultados de diversos projetos de compensação florestal, conhecidos como esquemas REDD+.

Embora diversos estudos tenham analisado as compensações, apenas três são conhecidos por terem tentado aplicar métodos científicos rigorosos para medir o desmatamento evitado.

Os jornalistas analisaram os resultados obtidos pelos estudos e indicaram que cerca de 94% dos créditos gerados pelos projetos não deveriam ter sido aprovados. Os créditos examinados de 21 projetos não apresentaram nenhum benefício climático, sete apresentaram entre 98% e 52% menos do que o alegado pelo sistema da Verra, e um apresentou um impacto 80% maior, de acordo com as conclusões¹⁰.

A pesquisa também inclui as conclusões de dois grupos distintos de cientistas, um com base internacional e outro de Cambridge, no Reino Unido, que analisaram cerca de dois terços dos 87 projetos ativos aprovados pela Verra. Alguns projetos foram excluídos porque os pesquisadores consideraram que não havia informações suficientes para uma avaliação justa.

⁹ VERRA. *Verra's response to recent allegations raised by The Guardian, Die Zeit and SourceMaterial*. Verra, 2023. Disponível em: <https://verra.org/verra-response-guardian-rainforest-carbon-offsets/>. Acesso em: 24 jun. 2026.

¹⁰ THE GUARDIAN. Revealed: more than 90% of rainforest carbon offsets by biggest certifier are worthless, analysis shows. *The Guardian*, Londres, 18 jan. 2023. Disponível em <https://www.theguardian.com/environment/2023/jan/18/revealed-forest-carbon-offsets-biggest-provider-worthless-verra-aoe>. Acesso em: 24 jun.2026.

Os resultados mostraram que oito dos 29 projetos aprovados pela Verra apresentaram evidências de reduções significativas no desmatamento. Um estudo separado, realizado pela Universidade de Cambridge, analisou 40 projetos da Verra e constatou que, embora alguns tivessem interrompido parte do desmatamento, as áreas afetadas eram extremamente pequenas. Apenas quatro projetos foram responsáveis por três quartos da área total da floresta protegida¹¹.

A investigação analisou esses resultados mais detalhadamente e constatou que, em 32 projetos nos quais foi possível comparar as alegações da Verra com as conclusões do estudo, os cenários de referência de perda florestal pareciam estar superestimados em cerca de 400%¹².

Apenas três projetos em Madagascar alcançaram resultados excelentes e têm um impacto significativo nos números. Se esses projetos não forem incluídos, a inflação média é de cerca de 950%¹³.

No Brasil, embora o marco legal do mercado regulado (Lei 15.042/2024) seja recente e ainda esteja em fase de operacionalização, diante da sua vasta biodiversidade amazônica, tornou-se um grande fornecedor global de créditos via mercado voluntário, sendo líder em projetos AFOLU, a exemplo dos projetos via REDD+ (Redução de Emissões por Desmatamento e Degradação Florestal), no entanto, esse mercado também vem sendo minado por problemas como créditos fantasmas, venda duplicada, dupla contagem, grilagem de terras, lavagem de dinheiro.

Problemas que a Lei 15.042/2024 promete resolver. No entanto, embora a nova regulamentação seja um passo importante, a legislação aborda poucos pontos sobre o mercado voluntário, um dos principais focos das fraudes. Outro ponto crítico,

¹¹ Ibid.

¹² Ibid.

¹³ Ibid.

são as leis estaduais fragmentadas sobre o REDD+ que geram insegurança jurídica, bem como conflitos fundiários na Amazônia Legal.

Nesse contexto, apesar da importância desse mercado, quando confrontado com os princípios desenvolvidos por Ostrom constata-se que ele padece de déficits institucionais que o reprovam no teste de credibilidade. A integridade ambiental dos projetos de compensação é sistematicamente comprometida por linhas de base superestimadas e ausência de adicionalidade verificável, resultando em créditos que representam reduções que nunca existiram de fato, o que configura uma violação direta do Princípio 1 (fronteiras claramente definidas), se não se sabe o que está sendo medido nem para quem, não há recurso comum a ser governado.

Outro ponto é a assimetria de informação e a captura do mercado por certificadores privados sem mandato público comprometem o monitoramento mútuo (Princípio 4) e dificultam qualquer forma de responsabilização efetiva, como foi demonstrado no caso Verra.

A opacidade sistêmica, por sua vez, alimenta o fenômeno da dupla contagem, no qual o mesmo crédito é reivindicado simultaneamente por múltiplos atores em diferentes jurisdições, tornando dificultosa a delimitação clara de fronteiras (Princípio 1) e minando a estabilidade do mercado como um todo. Essa fragmentação é agravada pela ausência de interoperabilidade entre os registros existentes, como *Verra*, *Gold Standard*, registros nacionais e os sistemas previstos pelo Artigo 6 do Acordo de Paris operam de forma desconectada, sem protocolos comuns de reconciliação, o que inviabiliza a governança multinível exigida pelo Princípio 8 (empresas aninhadas).

Os créditos são frequentemente negociados por acordos bilaterais opacos, com metodologias divergentes que tornam impossível ao comprador final avaliar a qualidade dos créditos que adquire, o que viola os Princípios 2 (congruência das regras com

as condições locais) e 3 (participação dos afetados nas regras operacionais).

No Brasil, essa fragilidade é ampliada pela fragmentação regulatória estadual e pelos conflitos fundiários na Amazônia Legal, que excluem justamente as comunidades que conservam o recurso, contrariando o Princípio 7 (reconhecimento do direito de auto-organização).

Constatando-se, portanto, que o arranjo atual, carece não apenas de transparência e mecanismos de resolução de conflitos de baixo custo (Princípio 6), mas também de uma arquitetura institucional minimamente coerente com os requisitos que Ostrom identificou como condições de sobrevivência de qualquer sistema de governança de recursos comuns.

4. BLOCKCHAIN: POTENCIALIDADES E LIMITAÇÕES ESTRUTURAIS

A *blockchain* surgiu em 2008, no contexto da crise financeira global, quando uma pessoa de pseudônimo Satoshi Nakamoto publicou o *whitepaper* do Bitcoin com o objetivo de criar um sistema de transferência de valor digital sem depender de bancos ou instituições centralizadas¹⁴.

No entanto, com o lançamento da *Ethereum* em 2015, a *blockchain* evoluiu, passando a executar contratos inteligentes, programas autoexecutáveis sem intermediário humanos, o que abriu caminho para suas aplicações atuais, incluindo a governança de mercados de carbono¹⁵.

Uma *blockchain* é um banco de dados compartilhado, distribuído entre milhares de computadores ao mesmo tempo, onde as informações são registradas em blocos encadeados

¹⁴ NAKAMOTO, Satoshi. *Bitcoin: a peer-to-peer electronic cash system*. 2008. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcapcgpleclfindmkaj/https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2026.

¹⁵ BUTERIN, Vitalik. *Ethereum white paper*. Ethereum Foundation, 2014. Disponível em: <https://ethereum.org/whitepaper/>. Acesso em: 25 jun. 2026.

cronologicamente, de forma que nenhum registro pode ser alterado ou apagado sem que toda a rede perceba. A *blockchain* deve ser compreendida não apenas como uma ferramenta tecnológica, mas como uma infraestrutura institucional cujo valor e impacto dependem intrinsecamente do *design* que a envolve¹⁶.

Nesse contexto, diante dos déficits estruturais do mercado de carbono já apresentados no tópico anterior, a *blockchain* entrou no mercado de carbono com a promessa de resposta tecnológica capaz de solucionar a crise de governança do mercado privado, especialmente o ecossistema de finanças descentralizadas.

Seu processo de inserção se deu pela tokenização de créditos de carbono, com a função de rastreamento de créditos de carbono em tempo real, desde sua criação até sua aposentadoria, criando um histórico claro e auditável para todos os créditos. Também permite que reguladores e organizações acompanhem o progresso em direção às metas de emissões de forma mais rápida e precisa¹⁷.

Além disso, a tecnologia também reduz os custos da transação, pois os mercados de carbono tradicionais envolvem corretores e registros como intermediários, aumentando o custo e o tempo para emitir e negociar créditos. Já a *blockchain* permite que contratos inteligentes, contratos autônomos escritos diretamente na *blockchain*, automatizem grande parte desses processos, reduzindo a dependência de intermediários, diminuindo custos e acelerando transações.

Os primeiros experimentos de tokenização de créditos de

¹⁶ ROZAS, David *et al.* When Ostrom meets blockchain: exploring the potentials of blockchain for commons governance. *SAGE Open*, v. 11, n. 1, 2021. DOI: 10.1177/21582440211002526.

¹⁷ ZIMBA, Aaron; PHIRI, Katongo Ongani; MULENGA, Mwenge; MUKUPA, George. A systematic literature review of blockchain technology and energy efficiency based on consensus mechanisms, architectural innovations, and sustainable solutions. *Discover Analytics*, v. 3, art. 14, 2025. DOI: 10.1007/s44257-025-00041-6. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s44274-025-00260-4>. Acesso em: 05 jun. 2026.

carbono surgiram entre 2018 e 2020, ainda de forma incipiente e sem escala, como tentativas isoladas de transpor créditos de registros tradicionais para redes distribuídas. O marco simbólico dessa trajetória foi o ano de 2021, com o surgimento do *Toucan Protocol* e do *KlimaDAO*, plataformas que integraram o mercado de carbono ao ecossistema de finanças descentralizadas (*DeFi*)¹⁸.

O *KlimaDAO*, estabelecido em agosto daquele ano, propunha acelerar a adoção dos mercados de carbono por meio da tecnologia *blockchain*, prometendo negociações transparentes, seguras e acessíveis a novos participantes. Entre 2023 e 2025, começaram a emergir experiências institucionalmente mais sólidas, a exemplo da plataforma *ClimateTrade*, baseada em *blockchain*, que foi admitida ao mercado regulado europeu pela *European Energy Exchange* (EEX), uma das principais plataformas de leilão do EU ETS designadas pela Comissão Europeia, sendo os primeiros sinais de reconhecimento da tecnologia no âmbito regulatório¹⁹.

No Brasil, embora o mercado de carbono ainda seja conservador, e venha operando artesanalmente, com análise e verificação de projeto a projeto, a transformação de ativos físicos em digitais vem se expandindo por meio de *startups* especializadas.

¹⁸ BALLESTEROS-RODRÍGUEZ, Alberto; DE-LUCIO, Juan; SICILIA, Miguel-Ángel. Tokenized carbon credits in voluntary carbon markets: the case of KlimaDAO. *Frontiers in Blockchain*, v. 7, out. 2024. Disponível em: <https://www.frontiersin.org/journals/blockchain/articles/10.3389/fbloc.2024.1474540/full>. Acesso em: 06 jun. 2026.

¹⁹ BASSI, Eleonóra; LUSTENBERGER, Michael; LETINA, Srebrenka. Blockchain-based voluntary carbon market: strategic insights into network structure. *Frontiers in Blockchain*, v. 8, 2025. DOI: 10.3389/fbloc.2025.1603695. Disponível em: <https://www.frontiersin.org/journals/blockchain/articles/10.3389/fbloc.2025.1603695/full>. Acesso em: 05 jun.2026.

É o caso das *startups Greener*²⁰ e *Bluebell*²¹, que têm liderado esse movimento no Brasil, bem como o *Carbon ID*, uma plataforma que apoia o gerenciamento do ciclo de vida dos créditos de carbono do mercado voluntário por meio de tecnologias descentralizadas, usando ambientes multi-inquilinos.²²

No entanto, como se percebe, a *blockchain* chegou ao mercado de carbono antes das instituições capazes de regulamenta-la. É precisamente nessa lacuna que reside tanto seu potencial quanto suas contradições, e é a partir dela que se torna necessário analisar suas *affordances* à luz dos princípios de Ostrom²³.

O primeiro ponto de análise reside na transparência e rastreabilidade. A *blockchain* permite criar um registro distribuído e imutável, rastreando o crédito de carbono desde o projeto original até o comprador final, eliminando a dupla contagem e viabilizando auditabilidade pública em tempo real. Essa capacidade dialoga diretamente com o Princípio 4 de Ostrom, monitoramento, ao fornecer garantias verificáveis de que as regras do sistema estão sendo cumpridas²⁴.

No entanto, a limitação é igualmente concreta, uma vez que transparência técnica não equivale à transparência política. A governança do próprio protocolo frequentemente permanece

²⁰ MALAR, João Pedro. Após Brasil, startup de tokenização de créditos de carbono anuncia expansão para EUA. *Exame*, São Paulo, 9 ago. 2023. Disponível em: <https://exame.com/future-of-money/startup-tokenizacao-creditos-carbono-expansao-eua/>. Acesso em: 05 jun. 2026.

²¹Ibid.

²²Ibid.

²³ ROZAS, David et al. When Ostrom Meets Blockchain: Exploring the Potentials of Blockchain for Commons Governance. *SAGE Open*, v. 11, n. 1, 2021. DOI: 10.1177/21582440211002526. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/21582440211002526>. Acesso em: 05 jun. 2026.

²⁴ BASSI, Eleonóra; LUSTENBERGER, Michael; LETINA, Srebrenka. Blockchain-based voluntary carbon market: strategic insights into network structure. *Frontiers in Blockchain*, v. 8, 2025. DOI: 10.3389/fbloc.2025.1603695. Disponível em: <https://www.frontiersin.org/journals/blockchain/articles/10.3389/fbloc.2025.1603695/full>. Acesso em: 05 jun. 2026.

concentrada em pequenos grupos de desenvolvedores ou grandes detentores de *tokens*, reproduzindo as mesmas assimetrias de poder que pretendia substituir. Além disso, a imutabilidade do registro não garante a veracidade dos dados originais, um dado fraudulento inserido na rede permanece imutável e fraudulento, o que a literatura técnica denomina o problema do *garbage in garbage out*.

O segundo ponto articula-se em torno dos *smart contracts* e da automação de regras. Esses contratos autoexecutáveis formalizam transações e eliminam intermediários, automatizando a emissão, transferência e aposentadoria dos créditos sem fricções institucionais, o que avança em relação aos Princípios 5 e 6 de Ostrom, de sanções graduais e resolução de conflitos²⁵. A limitação é que regras codificadas em linguagem de programação são incapazes de capturar a complexidade social e ecológica do mundo real. Um crédito de carbono mal certificado, uma vez tokenizado, continua sendo um crédito ruim, a automação autentica a transação, não a qualidade do ativo.

O terceiro ponto diz respeito à tokenização e ao acesso. A conversão de créditos em *tokens* digitais fracionáveis reduz os custos de transação e permite a inclusão de pequenos projetos e investidores, especialmente no Sul Global, que historicamente enfrenta barreiras de entrada nos mercados tradicionais²⁶. O risco correspondente é o *greenwashing* tecnológico associado à financeirização especulativa. Um caso emblemático é o próprio caso do *KlimaDAO*, em que o protocolo atingiu capitalização de mercado de aproximadamente US\$ 1,2 bilhão em novembro de 2021, impulsionada por atividade especulativa intensa, e

²⁵ ROZAS, David et al. When Ostrom Meets Blockchain: Exploring the Potentials of Blockchain for Commons Governance. *SAGE Open*, v. 11, n. 1, 2021. DOI: 10.1177/21582440211002526. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/21582440211002526>. Acesso em: 05 jun. 2026.

²⁶ Disponível em: <https://startups.com.br/coluna/tokenizacao-no-mercado-voluntario-de-carbono>. Acesso em: 05 jun. 2026.

despencou para cerca de US\$ 0,2 bilhão em maio de 2022²⁷. Quando os retornos artificiais evaporaram, a participação colapsou evidenciando que a democratização do acesso pode rapidamente degenerar em dinâmica de bolha com pouca contribuição para a integridade ecológica.

O quarto e mais complexo ponto revela a contradição estrutural entre meio e fim. A arquitetura de *Proof-of-Work* (PoW), utilizada por redes como o Bitcoin, consome eletricidade em escala comparável à de países industrializados, gera até 40 mil toneladas de lixo eletrônico por obsolescência de *hardware* e demanda grandes volumes de água para resfriamento^{28,29}. As arquiteturas de *Proof-of-Stake* (PoS), como o *Ethereum* após o *The Merge*, atenuam significativamente esse problema, reduzindo o consumo energético em até 99%³⁰, mas não o eliminam inteiramente.

Conforme demonstra Sha et al.³¹, há uma incoerência instrumental em utilizar tecnologias de alto custo físico-sistêmico para governar justamente o esgotamento dos recursos naturais e a emissão de carbono. Observa-se que créditos

²⁷ BALLESTEROS-RODRÍGUEZ, Alberto; DE-LUCIO, Juan; SICILIA, Miguel-Ángel. Tokenized carbon credits in voluntary carbon markets: the case of KlimaDAO. *Frontiers in Blockchain*, v. 7, out. 2024. DOI: 10.3389/fbloc.2024.1474540. Disponível em: <https://www.frontiersin.org/journals/blockchain/articles/10.3389/fbloc.2024.1474540/full>. Acesso em: 05 jun. 2026.

²⁸ PLATT, Moritz et al. The Energy Footprint of Blockchain Consensus Mechanisms Beyond Proof-of-Work. *arXiv*, 2021. Disponível em: <https://arxiv.org/pdf/2109.03667>. Acesso em: 05 jun. 2026.

²⁹ OCDE. Environmental Impact of Digital Assets. *OECD Reports*, 2022. Disponível em: https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2022/12/environmental-impact-of-digital-assets_1fc184ca/8d834684-en.pdf. Acesso em: 05 jun. 2026.

³⁰ NAIR, Rahul; MAHESHWARI, Rohit. Shaping the future of Ethereum: exploring energy consumption in Proof-of-Work and Proof-of-Stake consensus. *Frontiers in Blockchain*, v. 6, 2023. DOI: 10.3389/fbloc.2023.1151724. Disponível em: <https://www.frontiersin.org/journals/blockchain/articles/10.3389/fbloc.2023.1151724/full>. Acesso em: 05 jun. 2026.

³¹ SHA, Zhenliang et al. Confronting the Carbon-Footprint Challenge of Blockchain. *Environmental Science & Technology*, v. 57, n. 3, p. 1.403–1.410, 2023. Disponível em: <https://arxiv.org/pdf/2201.06929>. Acesso em: 05 jun. 2026.

transacionados via *blockchain* carregam emissões ocultas na fabricação de servidores e na mineração de minerais críticos, bem como há um custo ambiental na própria estrutura que suporta os dados da *blockchain*, a exemplo dos *datacenters* de dados, sem que esse custo ambiental seja sequer internalizado pelo próprio mercado. Diante desse contexto, o mercado de carbono *tokenizado* arrisca, assim, tornar-se vítima do chamado Paradoxo de *Jevons*, no qual os ganhos de eficiência prometidos pela digitalização são anulados pelo aumento no consumo e pela financeirização do próprio ativo.

No entanto, a *blockchain* não deve ser avaliada nem como panaceia nem como obstáculo. Ela apresenta capacidades institucionais substantivas que dialogam com os vazios de governança identificados à luz dos princípios desenvolvidos por Ostrom, mas carrega limitações estruturais que não podem ser ignoradas. Sua eficácia não é uma propriedade técnica intrínseca, mas uma condição atrelada a escolhas de design político, econômico e ecológico. Escolhas que, como a própria autora advertiu, "são difíceis independentemente de quão homogêneo seja o grupo e quão arraigadas sejam as normas de reciprocidade"³² e que a regulação atual ainda trata de forma fragmentada e insuficiente.

5. DESAFIOS DE GOVERNANÇA NA WEB3: INTEROPERABILIDADE, INCLUSÃO E REGULAÇÃO ESTATAL

Embora a tecnologia *blockchain* ofereça ferramentas técnicas que dialogam com os princípios de monitoramento e sanções (Princípios 4, 5 e 6 de Ostrom)³³, sua aplicação no mercado de carbono esbarra em limitações institucionais profundas quando analisada sob a ótica da governança multinível e do

³² OSTROM, Elinor. *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990. p. 201.

³³ Ibid.

reconhecimento das comunidades locais (Princípios 7 e 8)³⁴. A transição de um modelo centralizado para a *Web3* não resolve automaticamente as assimetrias de poder, exigindo uma análise crítica sobre a interoperabilidade, a inclusão sociotécnica e o choque com legislações estatais emergentes, como a Lei 15.042/2024 no Brasil.

Para a governança de um recurso de uso comum complexo (CPR) como a atmosfera, Ostrom estabelece no Princípio 8 que as atividades devem ser organizadas em múltiplas camadas de empresas aninhadas.³⁵ No mercado de carbono tradicional, a falta de interoperabilidade entre certificadoras como *Verra e Gold Standard* e registros nacionais gera opacidade e dupla contagem. A promessa da *blockchain* de unificar e dar transparência a esses registros frequentemente esbarra na própria proliferação de protocolos *Web3* concorrentes, que correm o risco de se tornarem novos silos isolados, uma vez que o mercado ainda carece de uma infraestrutura dominante que unifique os participantes³⁶. Sem uma arquitetura que conecte as diversas plataformas descentralizadas aos sistemas tradicionais e aos registros governamentais, a *blockchain* falha em criar o sistema aninhado multinível necessário para uma governança climática global e coerente, mantendo os problemas de governança e de interoperabilidade como desafios centrais a serem resolvidos³⁷.

Ademais, a Princípio 7 de Ostrom exige o reconhecimento mínimo dos direitos dos apropriadores locais de elaborar suas próprias regras e instituições, sem contestação de autoridades externas. No contexto do mercado voluntário brasileiro,

³⁴ Ibid.

³⁵ Ibid.

³⁶ BASSI, Eleonóra; LUSTENBERGER, Michael; LETINA, Srebrenka. Blockchain-based voluntary carbon market: strategic insights into network structure. *Frontiers in Blockchain*, v. 8, 1603695, 2025. DOI: 10.3389/fbloc.2025.1603695

³⁷ MERLO, André L. C.; MENDONÇA, Diogo S.; SANTOS, Joel; CARVALHO, Sergio T.; GUERRA, Raphael; BRANDÃO, Diego. Blockchain for the carbon market: a literature review. *Discover Environment*, v. 3, n. 68, 2025. DOI: 10.1007/s44274-025-00260-4.

caracterizado por conflitos fundiários na Amazônia Legal, as comunidades tradicionais e os povos originários, que efetivamente conservam a floresta, são sistematicamente excluídos da tomada de decisões.

Embora a tokenização prometa reduzir custos de transação e democratizar o acesso para pequenos projetos e investidores no Sul Global. Contudo, a complexidade técnica da *Web3* exige altos níveis de letramento digital e infraestrutura de conectividade, impondo uma barreira que afeta e vulnerabiliza sobretudo as populações de baixa renda diante dos custos e impactos dessa transição digital³⁸. Assim, em vez de eliminar os atravessadores, a *blockchain* pode simplesmente substituir as antigas certificadoras por novos intermediários tecnológicos, como desenvolvedores de *smart contracts* e *exchanges* de criptoativos, mantendo as comunidades amazônicas à margem da formulação das regras. Sem acesso direto aos meios de registro e negociação digital, o direito de auto-organização (Princípio 7)³⁹ dessas comunidades permanece não reconhecido na governança centralizada dos próprios protocolos descentralizados.

Ademais, o arranjo institucional duradouro proposto pressupõe que as regras desenvolvidas localmente estejam organicamente aninhadas em jurisdições regionais e nacionais maiores⁴⁰. Atualmente, o ecossistema brasileiro de *Web3* presencia a rápida expansão de *startups* como *Greener*, *Bluebell* e *Carbon ID*, que tokenizam ativos ambientais baseando-se em ecossistemas de finanças privadas e descentralizadas. Em paralelo, o Estado brasileiro instituiu o Sistema Brasileiro de Comércio de Emissões de Gases de Efeito Estufa (SBCE), estabelecendo

³⁸ KOVACIC, Zora; GARCÍA CASAÑAS, Cristina; ARGÜELLES, Lucía; YÁÑEZ SERRANO, Paloma; RIBERA-FUMAZ, Ramon; PRAUSE, Louisa; MARCH, Hug. The twin green and digital transition: High-level policy or science fiction? *Environment and Planning E: Nature and Space*, v. 7, n. 6, p. 2251–2278, 2024. DOI: 10.1177/25148486241258046.

³⁹ OSTROM, Elinor. *Governing the commons: the evolution of institutions for collective action*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

⁴⁰ Ibid.

novas exigências e controles centralizados para mitigar fraudes e a emissão de créditos fantasmas.

O grande desafio reside na integração dessas duas lógicas, a descentralização contratual proposta pelos *smart contracts* não pode operar em um limbo ou vazamento regulatório ignorando as diretrizes do Estado. A nova lei brasileira, embora ainda incipiente em relação à integralidade do mercado voluntário, representa o esforço do Estado em centralizar e dar credibilidade à contabilidade climática. Para que as inovações da *Web3* prosperem sem incorrer em insegurança jurídica ou agravar a fragmentação do mercado, é imperativa a criação de marcos regulatórios e padrões que garantam sua legitimidade e integração estrutural⁴¹. Caso contrário, a ausência de um método padronizado para certificar compensações manterá o mercado fragmentado, onde a automação validará transações privadas que o Estado pode não reconhecer⁴², aprofundando a crise de governança em vez de solucionar os déficits institucionais do carbono.

6. CONCLUSÃO

O presente artigo partiu de uma constatação empírica e teórica de que o mercado de carbono voluntário, embora relevante como instrumento de governança climática, vem acumulando déficits institucionais que o tornam incapaz de cumprir, nos termos dos princípios desenvolvidos por Elinor Ostrom, as condições mínimas de sustentabilidade de qualquer sistema de gestão de recursos comuns. Desde fronteiras mal definidas, monitoramento capturado por atores privados sem mandato público, ausência de mecanismos acessíveis de resolução de

⁴¹ BALLESTEROS-RODRÍGUEZ, Alberto; DE-LUCIO, Juan; SICILIA, Miguel-Ángel. Tokenized carbon credits in voluntary carbon markets: the case of KlimaDAO. *Frontiers in Blockchain*, v. 7, 1474540, 2024. DOI: 10.3389/fbloc.2024.1474540.

⁴² TLILI, Haykel. Blockchain and tokenized carbon markets: Empirical evidence on market efficiency and transaction dynamics. *Sustainable Futures*, v. 10, 101109, 2025. DOI: 10.1016/j.sfr.2025.101109.

conflitos e exclusão sistemática das comunidades que efetivamente conservam o recurso, são problemas constantes nesse mercado, e não são anomalias corrigíveis por ajustes marginais, mas traços estruturais de um arranjo construído à margem de qualquer lógica institucional consistente.

Neste contexto, analisamos a *blockchain* como uma estrutura que emerge nesse cenário não como solução espontânea, mas como resposta tecnológica a uma grave crise de governança. No entanto, essa estrutura tecnológica chegou antes de que as instituições fossem capazes de regulamentá-la. Da análise de suas *affordances* à luz dos princípios de Ostrom revela-se uma tensão constitutiva, uma vez que a tecnologia oferece capacidades reais de transparência, rastreabilidade e automação de regras que dialogam diretamente com os princípios de monitoramento, sanções graduais e resolução de conflitos.

No entanto, ao mesmo tempo, essas mesmas capacidades encontram limites precisos, uma vez que a transparência técnica não equivale à transparência política, a automação não garante a qualidade do ativo subjacente, e o risco da financeirização especulativa pode corroer os ganhos de democratização do acesso. Soma-se a isso o fato de que a proliferação de plataformas *Web3* concorrentes, sem a devida interoperabilidade, ameaça criar novos silos de informação, enquanto a desintermediação proposta entra em choque direto com os novos marcos de regulação estatal, a exemplo da centralização exigida pelo Sistema Brasileiro de Comércio de Emissões (Lei 15.042/2024).

Além disso, uma das contradições mais profunda que nos chama atenção, é de ordem estrutural. Pois a tecnologia proposta para governar as emissões de carbono carrega, em sua própria infraestrutura, custos energéticos, hídricos e ambientais que o próprio mercado que ela pretende governar ainda não internaliza. O Paradoxo de *Jevons*, os custos ocultos de Escopo 3 e o lixo eletrônico associado ao *hardware* de mineração compõem uma externalidade negativa que a regulação atual ignora

sistematicamente.

A conclusão que se chega não é, portanto, nem de otimismo tecnológico nem de ceticismo a ponto de rejeitar por completo a tecnologia, e sim de que a *blockchain* é uma estrutura importante, mas insuficiente, na forma que se apresenta atualmente, para a governança dos comuns climáticos.

Como Ostrom demonstrou com a riqueza em sua obra *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, nenhuma solução técnica ou institucional resolve problemas de comuns sem que os apropriadores participem da elaboração das regras, sem que o monitoramento seja responsável perante a comunidade e sem que os arranjos sejam congruentes com as condições locais.

Nesse contexto, a tecnologia da *blockchain* pode oferecer a infraestrutura, mas não pode substituir o design institucional que a envolve. Diante disso, a agenda que permanece aberta é, portanto, essencialmente política. Quem governa o protocolo que governa o carbono? Como garantir que as regras codificadas na *blockchain* reflitam escolhas coletivas legítimas e não apenas os interesses dos desenvolvedores e grandes detentores de *tokens*? Como compatibilizar a inovação contratual descentralizada com a soberania dos registros estatais? Como integrar as comunidades amazônicas e do Sul Global não apenas como fornecedoras de créditos, mas como participantes ativas da governança do sistema, impedindo que a complexidade da *Web3* gere apenas novos intermediários tecnológicos? E principalmente, como internalizar o custo ambiental da estrutura digital no próprio mercado de carbono? Essas perguntas não têm resposta técnica, e sim uma resposta institucional e é para ela que a obra de Elinor Ostrom aponta.



REFERÊNCIAS

- BALLESTEROS-RODRÍGUEZ, Alberto; DE-LUCIO, Juan; SICILIA, Miguel-Ángel. *Tokenized carbon credits in voluntary carbon markets: the case of KlimaDAO*. *Frontiers in Blockchain*, v. 7, out. 2024. DOI: 10.3389/fbloc.2024.1474540. Disponível em: <https://www.frontiersin.org/journals/blockchain/articles/10.3389/fbloc.2024.1474540/full>. Acesso em: 05 jun. 2026.
- BASSI, Eleonóra; LUSTENBERGER, Michael; LETINA, Srebrenka. *Blockchain-based voluntary carbon market: strategic insights into network structure*. *Frontiers in Blockchain*, v. 8, 2025. DOI: 10.3389/fbloc.2025.1603695. Disponível em: <https://www.frontiersin.org/journals/blockchain/articles/10.3389/fbloc.2025.1603695/full>. Acesso em: 05 jun. 2026.
- BUTERIN, Vitalik. *Ethereum white paper*. Ethereum Foundation, 2014. Disponível em: <https://ethereum.org/en/whitepaper/>. Acesso em: 06 jun. 2026.
- GREENFIELD, Patrick. Revealed: more than 90% of rainforest carbon offsets by biggest provider are worthless, analysis shows. *The Guardian*, Londres, 19 jan. 2023. Disponível em: <https://www.theguardian.com/environment/2023/jan/18/revealed-forest-carbon-offsets-biggest-provider-worthless-verra-aoe>. Acesso em: 05 jun. 2026.
- HARDIN, Garrett. The tragedy of the commons. *Science*, v. 162, n. 3859, p. 1243-1248, 1968.
- KOVACIC, Zora; GARCÍA CASAÑAS, Cristina; ARGÜELLES, Lucía; YÁÑEZ SERRANO, Paloma; RIBERA-FUMAZ, Ramon; PRAUSE, Louisa; MARCH, Hug. The twin green and digital transition: High-level policy

- or science fiction? *Environment and Planning E: Nature and Space*, v. 7, n. 6, p. 2251–2278, 2024. DOI: 10.1177/25148486241258046.
- MERLO, André L. C.; MENDONÇA, Diogo S.; SANTOS, Joel; CARVALHO, Sergio T.; GUERRA, Raphael; BRAN-DÃO, Diego. Blockchain for the carbon market: a literature review. *Discover Environment*, v. 3, n. 68, 2025. DOI: 10.1007/s44274-025-00260-4.
- NAIR, Rahul; MAHESHWARI, Rohit. Shaping the future of Ethereum: exploring energy consumption in Proof-of-Work and Proof-of-Stake consensus. *Frontiers in Blockchain*, v. 6, 2023. DOI: 10.3389/fbloc.2023.1151724. Disponível em: <https://www.frontiersin.org/journals/blockchain/articles/10.3389/fbloc.2023.1151724/full>. Acesso em: 05 jun. 2026.
- NAKAMOTO, Satoshi. *Bitcoin: a peer-to-peer electronic cash system*. 2008. Disponível em: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2026.
- ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Environmental impact of digital assets*. Paris: OECD Publishing, 2022. Disponível em: https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2022/12/environmental-impact-of-digital-assets_1fc184ca/8d834684-en.pdf. Acesso em: 05 jun. 2026.
- OSTROM, Elinor. *Governing the commons: the evolution of institutions for collective action*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.
- PLATT, Moritz *et al.* *The energy footprint of blockchain consensus mechanisms beyond proof-of-work*. 2021. Disponível em: <https://arxiv.org/pdf/2109.03667>. Acesso em: 05 jun. 2026.

- ROZAS, David *et al.* When Ostrom meets blockchain: exploring the potentials of blockchain for commons governance. *SAGE Open*, v. 11, n. 1, 2021. DOI: 10.1177/21582440211002526. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/21582440211002526>. Acesso em: 05 jun. 2026.
- SHA, Zhenliang *et al.* Confronting the carbon-footprint challenge of blockchain. *Environmental Science & Technology*, v. 57, n. 3, p. 1403-1410, 2023. Disponível em: <https://arxiv.org/pdf/2201.06929>. Acesso em: 05 jun. 2026.
- ZIMBA, Aaron; PHIRI, Katongo Ongani; MULENGA, Mwenge; MUKUPA, George. A systematic literature review of blockchain technology and energy efficiency based on consensus mechanisms, architectural innovations, and sustainable solutions. *Discover Analytics*, v. 3, art. 14, 2025. DOI: 10.1007/s44257-025-00041-6.
- TLILI, Haykel. Blockchain and tokenized carbon markets: empirical evidence on market efficiency and transaction dynamics. *Sustainable Futures*, v. 10, art. 101109, 2025. DOI: 10.1016/j.sftr.2025.101109.

¿SE DEBE REGULAR LA PUBLICIDAD PROGRAMÁTICA COMPORTAMENTAL?

Alex Sosa*

Resumen: El artículo analiza los desafíos jurídicos de la publicidad programática comportamental, herramienta que segmenta perfiles de consumidores mediante el tratamiento masivo de datos. A través de un análisis dogmático y funcional, se examina si la regulación actual de datos personales y protección al consumidor en el Perú es suficiente frente a los riesgos de privacidad y discriminación algorítmica. Se contrastan estos hallazgos con la normativa de la Unión Europea. Finalmente, se aplica el Análisis Económico del Derecho para determinar la conveniencia de una regulación específica, concluyendo sobre la necesidad de equilibrar la eficiencia del mercado publicitario con los derechos fundamentales de los usuarios mediante mecanismos de autorregulación y fiscalización colectiva.

Palabras Clave: Publicidad; Protección de datos; Derecho del consumidor; Análisis económico; Algoritmos.

Resumen Corto: Análisis jurídico de la publicidad programática: riesgos de privacidad, vacíos legales y propuestas regulatorias desde el Análisis Económico.

SHOULD BEHAVIORAL PROGRAMMATIC ADVERTISING BE REGULATED?

Abstract The article analyzes the legal challenges of behavioral

* Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Estudio Muñiz. <https://orcid.org/0000-0003-2122-3329>. <https://scholar.google.com/citations?user=SXbPCr8AAAAJ&hl=es>

programmatic advertising, a tool that segments consumer profiles through massive data processing. Through a dogmatic and functional analysis, it examines whether current personal data and consumer protection regulations in Peru are sufficient to address privacy risks and algorithmic discrimination. These findings are contrasted with European Union regulations. Finally, the Economic Analysis of Law is applied to determine the suitability of specific regulation, concluding on the need to balance advertising market efficiency with users' fundamental rights through self-regulation mechanisms and collective oversight.

Keywords: Advertising; Data protection; Consumer law; Economic analysis; Algorithms.

Short Abstract: Legal analysis of programmatic advertising: privacy risks, regulatory gaps, and Law & Economics proposals for effective collective oversight.

1. INTRODUCCIÓN

La publicidad comercial es la principal herramienta de competencia con la que cuentan las empresas en el mercado. Si bien tradicionalmente medir el retorno de la inversión publicitaria era complejo e inexacto, especialmente en medios masivos como la televisión o la radio, la digitalización ha transformado este escenario. La publicidad programática comportamental ha permitido que la industria cambie radicalmente, facilitando a las plataformas digitales y redes sociales generar rentas a través de la venta de espacios publicitarios dirigidos a consumidores específicos basados en sus intereses reales.

Según la Compañía Peruana de Estudios de Mercado y Opinión Pública (CPI), la inversión publicitaria en medios digitales en Perú ha crecido exponencialmente en la última década, pasando del 10.8% en 2015 al 33.0% en 2021 y llegando al 37%

de participación en 2025 con US\$ 229 millones de inversión.

Esta evolución responde, en buena parte, a la eficiencia de la publicidad programática, que utiliza algoritmos y/o inteligencia artificial para la compra automatizada de espacios y audiencias específicas en tiempo real, basándose en perfiles de usuario, precio y valor. Estrategia que, de forma automatizada, segmenta perfiles para el envío de publicidad comercial dirigida de acuerdo con el comportamiento e intereses de cada potencial cliente.

La publicidad programática comportamental se desarrolla sobre la base de un sistema de toma decisiones automatizada para el envío de publicidad comercial personalizada de acuerdo con el comportamiento y/o demanda online del consumidor. Esta estrategia tiene como objetivo principal detectar patrones y correlaciones en los datos para perfiles y realizar inferencias sobre las personas y así poder adoptar decisiones precisas (Palma, 2022, p. 61)

Sin embargo, esta eficiencia conlleva críticas significativas, concentradas principalmente en la potencial vulneración de la intimidad, privacidad y autodeterminación informativa de los consumidores. El uso de herramientas de elaboración de perfiles para predecir comportamientos y necesidades genera una tensión entre la libertad de empresa y los derechos fundamentales. El presente trabajo tiene como propósito analizar si la regulación peruana actual es suficiente para proteger a los titulares de datos personales frente a la segmentación automatizada de perfiles, utilizando para ello herramientas del derecho constitucional, administrativo y el Análisis Económico del Derecho (AED).

2. METODOLOGÍA

La presente investigación es de tipo cualitativo y emplea el método dogmático-jurídico y funcional. Se ha realizado un análisis exegético de la normativa peruana vigente (Constitución

Política de 1993, Ley de Protección de Datos Personales y normas de protección al consumidor), contrastándola con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y resoluciones administrativas de la Autoridad Nacional de Datos Personales (ANDP).

Asimismo, se utiliza el método de derecho comparado para examinar la regulación de la Unión Europea (Reglamento 2016/679 y directivas conexas) como marco de referencia. Finalmente, se aplica el enfoque del Análisis Económico del Derecho para evaluar los incentivos de los agentes del mercado, las asimetrías informativas y determinar la eficiencia de posibles intervenciones regulatorias o mecanismos de mercado, basándose en la teoría de costos de transacción y bienes públicos.

3. RESULTADOS

3.1. MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL EN EL PERÚ

La publicidad comercial en el Perú se encuentra protegida por las libertades informativas. El artículo 19 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal (Decreto Legislativo N° 1044) reconoce a la publicidad como un vehículo de la libre iniciativa privada y la libertad de expresión empresarial. No obstante, esta protección no es absoluta y encuentra sus límites en los derechos fundamentales de los consumidores, específicamente en la intimidad y la privacidad (Art. 2, inc. 7 de la Constitución).

El Tribunal Constitucional ha establecido que la vida privada protege un ámbito estrictamente personal indispensable para el libre desarrollo de la personalidad, permitiendo excluir a los demás de dicha esfera (Exp. N.º 6712-2005-HC/TC). Este derecho se complementa con la autodeterminación informativa (Art. 2, inc. 6 de la Constitución), definida como la facultad de ejercer control sobre la información personal contenida en registros públicos o privados (Exp. N.º 04739-2007-PHD/TC).

El Tribunal Constitucional ha precisado que la autodeterminación informativa no se identifica plenamente con la intimidad, pues busca proteger a la persona en la totalidad de sus ámbitos, otorgándole la facultad de oponerse a la transmisión y difusión de datos que le conciernen, incluso si estos no son íntimos pero su tratamiento indebido genera riesgos.

3.2. APLICACIÓN NORMATIVA A ENTORNOS DIGITALES Y VACÍOS DETECTADOS

A. INTERPRETACIÓN ADMINISTRATIVA SOBRE PUBLICIDAD Y DATOS PERSONALES

El análisis de la Ley de Protección de Datos Personales (LPDP) revela un vacío específico sobre publicidad programática. Sin embargo, la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales (DGTAIPD) ha interpretado, a través de Opinión Consultiva N° 02-2022-DGTAIPD, que el uso de *tracking cookies* recae bajo el ámbito de la ley cuando la información recabada hace identificable a una persona

La autoridad ha establecido que, si bien una dirección IP por sí sola podría no identificar a una persona, cuando se combina con historiales de navegación, preferencias y otros identificadores (como un *login* de usuario), dicha información constituye un dato personal. En estos casos, si los datos se utilizan para fines publicitarios distintos al funcionamiento técnico de la web, se requiere el consentimiento previo del usuario.

Bajo este criterio, el comportamiento del consumidor *online*, combinado con otros factores puede hacer identificable a una persona por lo que podríamos concluir que la publicidad programática comportamental es una forma de tratamiento de datos personales (Paniza, 2010, pp. 39-40). Asimismo, el reglamento de la LPDP que entró en vigor en marzo de 2025 establece

en su glosario de definiciones la “elaboración de perfiles”, la cual aplica al funcionamiento y naturaleza de la publicidad programática comportamental. Un aspecto adicional es que el artículo 6 del referido reglamento incorpora al deber de información que recae en los titulares de bancos de datos personales el informar si los datos serán utilizados para el tratamiento automatizado de perfiles o elaboración de perfiles.

B. TRATAMIENTO DE DATOS DE FUENTES DE ACCESO PÚBLICO

Un hallazgo crítico es el tratamiento de la información pública en redes sociales. La DGTAIPD ha aclarado que, aunque la información esté en una fuente de acceso público, no puede ser tratada arbitrariamente. Se debe respetar el principio de finalidad: los datos solo pueden usarse para el fin por el cual fueron hechos públicos. Por ejemplo, los datos de un colegio profesional tienen como fin la identificación profesional, no el perfilamiento publicitario. Cualquier uso distinto, como la remisión de publicidad programática, requiere consentimiento expreso.

C. REDES SOCIALES Y MODELOS DE NEGOCIO

Respecto a plataformas como Facebook (Meta), la Dirección de Protección de Datos Personales (DPDP) ha reconocido que su modelo de negocio se basa en la publicidad segmentada. Aunque se ha sancionado a la plataforma por no registrar bancos de datos, la autoridad ha validado el tratamiento de datos para publicidad siempre que este se informe transparentemente en las condiciones de servicio y políticas de privacidad. Esto implica que, legalmente, el tratamiento se ampara en una relación contractual que el usuario acepta voluntariamente (Sosa, 2024, pp. 292-293).

D. PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

En el ámbito del derecho del consumidor, el Código de Protección y Defensa del Consumidor (CPDC) sanciona como práctica abusiva el envío de publicidad vía *telemarketing* o mensajes electrónicos publicitarios masivos (Art. 58.1.e), estableciendo como única excepción los casos en los que sea el consumidor quien voluntariamente solicite el envío de publicidad por esos medios al proveedor. Sin embargo, nuestros resultados indican que esta norma es insuficiente para fiscalizar la publicidad programática en *display* o redes sociales. La autoridad de consumo (INDECOPI) mediante Resolución N.º 0291-2021/SPC-INDECOPI ha interpretado restrictivamente este artículo, señalando que la prohibición no alcanza a medios distintos a los taxativamente listados (teléfono, correo, SMS), dejando fuera las nuevas formas de publicidad comportamental *online*.

Asimismo, es importante precisar que la publicidad programática comportamental es una estrategia publicitaria por lo que su contenido y efectos que pueda generar en el mercado están sujetos a lo establecido en el Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal y normas sectoriales aplicables a la publicidad. Sin embargo, las normas antes mencionadas no regulan expresamente la publicidad programática comportamental ni la forma en la que esta trata datos personales para la segmentación de perfiles.

3.3. REGULACIÓN COMPARADA: LA UNIÓN EUROPEA

La Unión Europea cuenta con un marco más estricto. El Reglamento 2016/679 (GDPR) exige un consentimiento activo (*opt-in*) para la instalación de cookies, prohibiendo las casillas pre-marcadas.

Asimismo, el artículo 22 otorga el derecho a no ser objeto de decisiones basadas únicamente en el tratamiento

automatizado, incluida la elaboración de perfiles. La Directiva 2019/2161 complementa esto exigiendo que se informe a los consumidores si el precio de una oferta ha sido personalizado mediante algoritmos, buscando mitigar la discriminación de precios basada en el poder adquisitivo del consumidor.

En lo que respecta a la regulación de protección al consumidor europea que impacta a la publicidad programática que podría utilizar datos para condicionar las decisiones de consumo, la Directiva 2005/29/CE representa uno de los marcos legales más avanzados en esta materia. Esta normativa prohíbe explícitamente las prácticas agresivas y engañosas, definiéndolas como aquellas que distorsionan significativamente el comportamiento económico del consumidor medio. De hecho, el artículo 8 de dicha Directiva define aquellas conductas que, mediante acoso, coacción o influencia indebida, limitan la libertad de elección del consumidor; mientras que su Anexo I incluye una lista exhaustiva de 31 prácticas prohibidas en cualquier circunstancia, lo que otorga claridad y previsibilidad jurídica. Al respecto, la experiencia europea destaca la importancia de incluir una regulación específica para fenómenos como los *Dark Patterns*, garantizando que no queden sujetos a la interpretación judicial, sino que sean sancionados directamente por su naturaleza manipulativa (Jaure & Nielsen, 2025).

4. DISCUSIÓN

4.1. LA PARADOJA DEL CONSENTIMIENTO Y LOS PATRONES OSCUROS

De todo lo antes señalado, podemos apreciar que la autorización que pueda brindar el consumidor sobre el uso de su comportamiento *online* es el eje central de la regulación (consentimiento para el tratamiento de datos personales que cumpla con ser libre, previo, expreso, inequívoco e informado). Sin

embargo, la pregunta que persiste es si esto basta para proteger a los consumidores o titulares de datos personales.

Hoy en día, las empresas dependen menos de *tracking cookies* invasivas, pues la gran mayoría de consumidores está predispuesto a entregar su consentimiento para utilizar plataformas digitales "gratuitas". Diversos estudios demuestran el poco valor que asignamos a la protección de nuestros datos personales (paradoja de la privacidad), aceptando términos y condiciones sin leerlos (Frigerio, 2018). Por lo tanto, aunque el Reglamento de la LPDP exija informar sobre la existencia de decisiones automatizadas, la probabilidad de que esto sea valorado racionalmente por el consumidor es mínima.

Vivimos en un escenario de "consentimiento voluntario desinformado", lo cual ha permitido una evolución hacia una publicidad programática cada vez más exacta. Esta evolución, potenciada por la Inteligencia Artificial (IA), conlleva riesgos como el uso de datos sensibles para manipular decisiones de consumo o discriminar ofertas (discriminación algorítmica).

Se podrían generar patrones oscuros (*Dark Patterns*) para condicionar a los consumidores a comprar un producto utilizando, por ejemplo, información sobre su estado emocional o salud mental. Jaure y Nielsen (2025) advierten que estas estrategias pueden manipular la celebración de transacciones económicas, haciendo que los usuarios actúen en contra de sus propios intereses mediante compras impulsivas.

En el Perú, el uso de IA para manipular consumidores está prohibido por el artículo 23 del Reglamento de la Ley N° 31814 (aprobado por D.S. N° 115-2025-PCM). No obstante, el gran reto reside en la fiscalización. El riesgo de detección es bajo debido a la opacidad de los algoritmos. Un consumidor podría estar siendo excluido de promociones financieras por su perfil crediticio inferido sin que la autoridad (Indecopi) tenga los recursos tecnológicos para detectarlo.

4.2. PERSPECTIVA DESDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO (AED)

Frente a estas fallas de mercado (asimetrías de información y racionalidad limitada), Frigerio propone desde el AED alternativas para solucionar el uso indiscriminado de datos. Su análisis parte de la premisa de que el consumidor promedio no entiende las políticas de privacidad y subvalora su información personal.

La autora sugiere que una solución eficiente no puede basarse únicamente en el consentimiento individual, que falla por los altos costos de transacción (costos de búsqueda de información sobre para qué serán utilizados sus datos) y la racionalidad limitada. Siguiendo su línea argumentativa, inferimos una solución en dos frentes:

1. *Incentivos para la autorregulación y reputación:* Los sectores industriales deben desarrollar mecanismos de autorregulación que permitan vigilar el uso de datos publicitarios. Frigerio destaca el uso de sistemas de calificación pública o "semaforos" de privacidad (similar al etiquetado nutricional) que permitan al usuario identificar rápidamente el nivel de riesgo de una plataforma. Estas entidades deberían ser fiscalizadas por la ANDP para asegurar objetividad y evitar la captura del regulador.
2. *Fiscalización colectiva:* Habilitar regulatoriamente a las asociaciones de consumidores para interponer denuncias en representación de intereses colectivos (acciones de clase) contra empresas infractoras. Frigerio argumenta que esto ayudaría a superar los costos de transacción y proteger la privacidad como un bien público. Para que este sistema funcione, las asociaciones deberían poder participar de un porcentaje de las multas, alineando sus incentivos con la vigilancia del mercado.

5. CONCLUSIONES

1. La publicidad programática comportamental representa una evolución eficiente del mercado que reduce costos de transacción, pero genera externalidades negativas sobre la privacidad y riesgos de discriminación algorítmica que la regulación actual (basada en el consentimiento individual formalista) no logra mitigar eficazmente.
2. Existe una asimetría informativa insalvable y una racionalidad limitada en los consumidores que convierte al consentimiento informado en una formalidad sin efectos protectores reales ("consentimiento voluntario desinformado").
3. La normativa peruana reciente sobre Inteligencia Artificial prohíbe la manipulación algorítmica, pero carece de mecanismos de *enforcement* tecnológico adecuados para detectar *Dark Patterns* o manipulación de datos sensibles para condicionar compras debido a la opacidad de los algoritmos.
4. Desde el Análisis Económico del Derecho, se concluye que la intervención más eficiente no es prohibir la herramienta, sino reducir los costos de información mediante sistemas de reputación ("semáforos de privacidad") y fortalecer la fiscalización descentralizada mediante incentivos a las asociaciones de consumidores para actuar como vigilantes del mercado mediante denuncias en representación de los intereses de los titulares de datos personales.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Compañía Peruana de Estudios de Mercado y Opinión Pública. (2020). *Inversión Publicitaria 2019*. Market Report, 1, 1-3.

- Compañía Peruana de Estudios de Mercado y Opinión Pública. (2022). *Evolución de la inversión publicitaria en los medios de comunicación y plataformas digitales. Nivel nacional 2017/2021*. Market Report, 1, 1-5.
- Compañía Peruana de Estudios de Mercado y Opinión Pública. (2025). *Inversión Publicitaria 2025*.
- Decreto Legislativo N.º 1044. Ley de Represión de la Competencia Desleal. (2008, 26 de junio). Diario Oficial El Peruano.
- Decreto Supremo N.º 115-2025-PCM. Reglamento de la Ley N.º 31814 - Ley que promueve el uso de la inteligencia artificial. Diario Oficial El Peruano.
- Frigerio Dattwyler, C. (2018). Mecanismos de regulación de datos personales: Una mirada desde el análisis económico del derecho. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 7(2), 45-80. <https://doi.org/10.5354/0719-2584.2018.50578>
- Jaure, V., & Nielsen, B. (2025). Dark Patterns y publicidad personalizada: los desafíos pendientes para la protección del consumidor digital. *Revista Debates Jurídicos y Sociales*, 11, 131-169.
- Ley N.º 29733. Ley de Protección de Datos Personales. (2011, 3 de julio). Diario Oficial El Peruano.
- Palma Ortigosa, A. (2022). Decisiones automatizadas y protección de datos. Especial Atención a los sistemas de inteligencia artificial. Dykinson.
- Revoredo Palacios, A. (2021). Publicidad programática y protección de datos personales. *Advocatus*, 39, 149-157.
- Sosa Huapaya, A. (2022). *Derecho y marketing online: Un análisis desde el Derecho de la Competencia Desleal y regulación publicitaria*. Asociación Civil Foro Académico.
- Sosa Huapaya, A. (2024). *Conflictos entre la autodeterminación informativa y la segmentación de perfiles a través de la*

publicidad programática online en el Perú. Revista Derecho & Sociedad N° 63. 285-298

Tribunal Constitucional del Perú. (2005). Sentencia del Expediente N.º 6712-2005-HC/TC.

Tribunal Constitucional del Perú. (2007). Sentencia del Expediente N.º 04739-2007-PHD/TC.

PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS OU RESULTADOS: ASPECTOS CONTROVERTIDOS E ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO CARF

Gilberto Stürmer¹

Diogo Antonio Pereira Miranda²

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho está estruturado em três momentos que seguem na seguinte linha: primeiramente, tratou-se da questão conceitual da Participação nos Lucros ou Resultados, a legislação aplicável hoje e a sua evolução

¹ Advogado e Parecerista. Conselheiro Seccional da OAB/RS (2013/2015). Membro do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul (IARGS). Membro da Associação dos Advogados Trabalhistas de Empresas no Rio Grande do Sul (SATERGS). Titular da Cadeira nº 100 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Titular da Cadeira nº 4 e Fundador da Academia Sul-Rio-grandense de Direito do Trabalho. Presidente da Academia Sul-Rio-grandense de Direito do Trabalho (2018/2020). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (1989), Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2000), Doutor em Direito do Trabalho pela Universidade Federal de Santa Catarina (2005) e Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Sevilla (Espanha) (2014). Professor Titular de Direito do Trabalho nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação (Especialização, Mestrado e Doutorado) Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Tem como principais áreas de atuação, o Direito Individual do Trabalho e o Direito Coletivo do Trabalho, e como principal linha de pesquisa, a Eficácia e Efetividade da Constituição e dos Direitos Fundamentais no Direito do Trabalho. gsturmer@sturmer.com.br.

² Advogado. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC-RS (2007). Especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC-RS (2008). Mestre (2022) e Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC-RS. Professor de Direito e Processo do Trabalho na graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Professor convidado na especialização em Direito e Processo do Trabalho da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC-RS. diogo@sturmer.com.br.

legislativa.

Após, analisou-se os requisitos de validade da PLR e a jurisprudência do CARF sobre os pontos controvertidos, incorporando a evolução verificada desde a edição da Lei n.º 14.020/2020. Como se demonstrará, ao contrário do que se poderia esperar, a jurisprudência mais recente nem sempre acompanhou o sentido das alterações legislativas, mantendo o Conselho, em pontos sensíveis como a pactuação prévia e a periodicidade, orientação mais restritiva do que a sugerida pelo novo texto legal.

Por fim, analisou-se os efeitos da não observância desses requisitos sobre as parcelas pagas a título de PLR e até que ponto a imunidade, prevista constitucionalmente, poderia ser modificada através de lei infraconstitucional.

É dento desse conceito que se buscou demonstrar que, apesar de não ser tarefa das mais fáceis, a implementação de um plano de PLR seguro é possível e traz benefícios a todos os envolvidos, quando bem aplicado, ressaltando-se, desde já, que, como a presente análise procurará evidenciar, a segurança do plano depende menos de sua boa redação isolada do que da sua aderência à orientação jurisprudencial vigente, a qual, em pontos centrais, mostra-se tanto mais rígida quanto instável, exigindo do intérprete e do empregador permanente atenção à evolução dos julgados.

2. CONCEITO, BREVE HISTÓRICO E LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

A Participação nos Lucros ou Resultados, que no presente trabalho se tratará por PLR, sigla geralmente utilizada para esse instituto, como o nome já diz, é um valor pago aos empregados em virtude dos lucros ou resultados³ atingidos por uma

³ “Enquanto a participação do lucro diz respeito basicamente à diferença positiva entre receitas e despesas, ou seja, é imperioso haver resultado positivo entre o faturamento

empresa, que, obviamente, decorreram, pelo menos em grande parte, da força dos trabalhadores envolvidos.

Conforme Amauri Mascaro Nascimento e Sônia Mascaro Nascimento⁴:

Participação dos empregados nos lucros da empresa, instituto antigo nas relações de trabalho, é uma forma de permitir que o trabalhador se associe aos resultados positivos apresentados pela empresa, destes ficando com uma parcela, não porque tenha aportado capital para o empreendimento, mas porque o seu trabalho contribuiu para o desenvolvimento econômico do empreendimento para o qual presta a sua atividade.

Trata-se de valor pago em decorrência do trabalho, ou seja, pressupõe a sua natureza salarial. Entretanto, como se verá mais adiante, esse valor poderá ser desvinculado da remuneração por previsão constitucional⁵. Convém salientar que, para Gilberto Stürmer⁶, “o fato gerador do lucro e do resultado não é a prestação do trabalho”, motivo pelo qual há a desvinculação da remuneração mesmo que não haja previsão legal nesse sentido.

Esse benefício passou a ser adotado no Brasil em 1946, e vinha previsto no inciso IV do art. 157 da CF⁷. A constituição posterior, de 1967, também trouxe esse instituto de forma bastante semelhante, em seu art. 158, inciso V⁸. Também no ano de

da empresa e o seu custo, a participação nos resultados é ligada a metas e objetivos definidos pelo empregador, que não têm necessariamente a ver com a existência de lucro.” STÜRMER, Gilberto. *Direito constitucional do trabalho no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 47.

⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. n.p. eBook.

⁵ SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de direito do trabalho*. Vol I. 21. ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 479.

⁶ STÜRMER, Gilberto. *Direito constitucional do trabalho no Brasil*. p. 47.

⁷ Art 157 - A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores: [...]

IV - participação obrigatória e direta do trabalhador nos lucros da empresa, nos termos e pela forma que a lei determinar;

⁸ Art 158 - A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social:

1967 a PLR passou a constar na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), tendo sido incorporada pelo Decreto Lei n.º 229/1967, que trouxe o art. 621⁹ à referida legislação.

Veja-se que o dispositivo consolidado não trazia qualquer obrigatoriedade: apenas que esse tipo de parcela poderia ser incluída nas convenções e/ou acordos coletivos. A Constituição Federal, por sua vez, tanto no ano de 1946 como no ano de 1967, deixavam claro ser a PLR uma parcela dependente de legislação que a regulamentasse (com a diferença de que, em 1946, a CF tratava como verba obrigatória, mas ainda dependente de lei). Para fins de regulamentação, o dispositivo celetista não foi o bastante e, acredita-se, sequer foi esse o propósito.

Nesse período, portanto, sem qualquer regulamentação específica, a verba paga a título de PLR não trazia benefício ao empregador, já que, por força legal do art. 457 da CLT¹⁰ e, posteriormente (1986), pelo Enunciado n.º 251 do TST¹¹ (cancelado em 1994), esses valores acabavam fazendo parte da composição do salário do trabalhador, sendo o seu recebimento fato gerador para o recolhimento previdenciário.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a PLR ganhou novos contornos, já que foi previsto expressamente que

[...]

V - integração do trabalhador na vida e no desenvolvimento da empresa, com participação nos lucros e, excepcionalmente, na gestão, nos casos e condições que forem estabelecidos;

⁹ Art. 621. As Convenções e os Acordos poderão incluir entre suas cláusulas disposição sobre a constituição e funcionamento de comissões mistas de consulta e colaboração, no plano da empresa e sobre participação, nos lucros. Estas disposições mencionarão a forma de constituição, o modo de funcionamento e as atribuições das comissões, assim como o plano de participação, quando for o caso

¹⁰ Art. 457 - Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber.

¹¹ Súmula nº 251 do TST

PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS. NATUREZA SALARIAL. (cancelamento mantido) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 - Referência art. 7º, XI, CF/1988

A parcela participação nos lucros da empresa, habitualmente paga, tem natureza salarial, para todos os efeitos legais.

essa parcela seria desvinculada da remuneração do trabalhador, conforme se verifica no inciso XI do art. 7º:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;

Apesar dessa alteração, essa parcela permanecia sem lei que a regulamentasse. Trata-se de uma norma impositiva que remeteu expressamente ao legislador a tarefa de concretizar essa participação nos lucros, sem esquecer, entretanto, de que se trata de autêntico direito fundamental do trabalhador¹².

Nesse momento, algumas empresas, por entenderem ser o dispositivo autoaplicável, passaram a se utilizar desse instituto. Esse posicionamento não era partilhado pela Receita Federal, todavia, que autuava buscando a contribuição previdenciária sobre esses valores.

Em dezembro de 1994, finalmente houve a regulamentação da PLR pela Medida Provisória n.º 794, que, após sucessivas reedições, foi convertida na Lei n.º 10.101/2000, lei aplicável até os dias atuais.

Veja-se que desde a CF/88 até a regulamentação da PLR pela Medida Provisória n.º 794, houve um hiato de aproximadamente seis anos em que infindáveis dúvidas pairavam tanto sobre o empresariado como sobre a Receita, cada lado, obviamente, buscando a aplicação de seu entendimento. E assim permaneceu até 2015, quando essa situação foi, de fato, julgada de forma definitiva pelo STF no Recurso Extraordinário 569.441¹³,

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 302.

¹³ Importante mencionar que essa matéria já havia sido julgada pelos Recursos Extraordinários 398.284 e 393.764. Entretanto, foi no 569.441 em que foi julgado de forma definitiva, com Repercussão Geral reconhecida. A ementa é transcrita abaixo:

EMENTA: CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS. NATUREZA JURÍDICA PARA FINS TRIBUTÁRIOS. EFICÁCIA

cujo acórdão possui a relatoria do Ministro Teori Zavascki. Nesse momento, foi sacramentado que nesse período, enquanto não havia regulamentação da PLR, a parcela não seria desvinculada da remuneração por ter o dispositivo eficácia limitada, sendo fato gerador, portanto, de contribuições previdenciárias.

Essa decisão trouxe um voto paradigmático para quem sustenta posição contrária: o Ministro Dias Toffoli apresentou um voto no sentido de que o trecho que desvinculou a PLR do salário era autoaplicável, somente dependendo de regulamentação a forma como essa parcela seria paga. Nesse sentido:

[...]

Ao meu sentir, todavia, o posicionamento externado pela terceira corrente doutrinária é a que mais se coaduna com a finalidade da norma do art. 7º, inciso XI, da Constituição, a qual assegura o direito social de participação nos lucros “desvinculada da remuneração”. A mim não parece crível que possamos recusar eficácia à norma constitucional no que desvincula da remuneração a participação nos lucros ou nos resultados. Penso não haver lugar aqui para argumentação arrimada no caráter programático da norma.

[...]

O certo é que após a regulamentação da PLR pela Medida Provisória n.º 794/1994 e, posteriormente, pela Lei n.º 10.101/2000, não há divergências de que a PLR possa ser parcela desvinculada do salário¹⁴, desde que preenchidos alguns

LIMITADA DO ART. 7º, XI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE ESSA ESPÉCIE DE GANHO ATÉ A REGULAMENTAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL.

1. Segundo afirmado por precedentes de ambas as Turmas desse Supremo Tribunal Federal, a eficácia do preceito veiculado pelo art. 7º, XI, da CF – inclusive no que se refere à natureza jurídica dos valores pagos a trabalhadores sob a forma de participação nos lucros para fins tributários – depende de regulamentação.

2. Na medida em que a disciplina do direito à participação nos lucros somente se operou com a edição da Medida Provisória 794/94 e que o fato gerador em causa concretizou-se antes da vigência desse ato normativo, deve incidir, sobre os valores em questão, a respectiva contribuição previdenciária.

3. Recurso extraordinário a que se dá provimento.

¹⁴ Conforme prevê o art. 3º da Lei n.º 10.101/2000:

pré-requisitos que serão analisados mais adiante. Nessa hipótese, a PLR passa a ser uma parcela imune à tributação da contribuição previdenciária. Sobre o conceito de imunidade, assim entende Luciano Amaro¹⁵:

[...] A imunidade tributária é, assim, a qualidade da situação que não pode ser atingida pelo tributo, em razão de norma constitucional que, à vista de alguma especificidade pessoal ou material dessa situação, deixou-a fora do campo sobre que é autorizada a instituição do tributo.

Necessário se ter em mente, ainda, que se trata de parcela não obrigatória, ou seja, apesar de a PLR ser um direito fundamental do trabalhador expresso na CF (afinal, está prevista no art. 7º, dentro do Título II), uma legislação infraconstitucional acaba podendo suprimir esse instituto, deixando à cargo de negociação entre as partes envolvidas, nos exatos termos do *caput* do art. 2º da Lei n.º 10.101/2000¹⁶.

3. REQUISITOS DA PLR E O POSICIONAMENTO DO CARF SOBRE ALGUNS PONTOS CONTROVERTIDOS

Como já referido, e aqui importante reforçar, a PLR pode ser parcela imune. Para isso, necessita preencher certos requisitos e cumprir com certas disposições constantes na Lei n.º 10.101/2000.

Antes de adentrar os requisitos, convém uma observação metodológica relevante para a leitura da jurisprudência adiante referida. Boa parte dos precedentes mais favoráveis ao contribuinte foi formada sob a vigência da regra que, em caso de empate,

Art. 3º A participação de que trata o art. 2º não substitui ou complementa a remuneração devida a qualquer empregado, nem constitui base de incidência de qualquer encargo trabalhista, não se lhe aplicando o princípio da habitualidade.

¹⁵ AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 174.

¹⁶ Art. 2º. A participação nos lucros ou resultados será objeto de negociação entre a empresa e seus empregados, mediante um dos procedimentos a seguir descritos, escolhidos pelas partes de comum acordo: [...]

resolvia o julgamento favoravelmente ao contribuinte. Tal regra, contudo, foi revogada, restabelecendo-se o voto de qualidade, que atribui o desempate ao presidente da turma, cargo sempre ocupado por conselheiro representante da Fazenda Nacional¹⁷. Considerando que a tributação da PLR é tema estruturalmente divisivo nos colegiados paritários, com frequentes empates, o critério de desempate hoje vigente tende a pesar a favor do Fisco, o que recomenda cautela ao se projetar para o futuro a estabilidade dos entendimentos firmados no período anterior.

O primeiro ponto a ser considerado, é que a PLR deve ser um instrumento de integração entre capital e trabalho e de incentivo à produtividade. Isso significa dizer que a PLR não pode ser confundida com salário. Deve ser, portanto, um incentivo para uma produtividade extraordinária¹⁸.

Nesse ponto, ainda que a legislação não traga nenhuma limitação no valor a ser pago a título de PLR, ou sequer que deva existir uma proporcionalidade entre salário e PLR, essa situação é analisada pela Receita Federal e pelo CARF, com o intuito de evitar que a parcela seja paga em substituição ao salário. Um exemplo dessa análise se pode verificar no acórdão de n.º 2201-003.591.

Sem uma limitação imposta por lei, abre-se brecha para a subjetividade, não havendo, assim, um regramento claro definido tanto pela Receita como pelo CARF. Uma das correntes, indicadas no acórdão acima, entende que o limite do valor pago a título de PLR deve ser inferior a 100% da remuneração anual do empregado. Valor superior a esse já seria um indício de substituição salarial. Veja-se:

¹⁷ A extinção do voto de qualidade decorreu da inclusão do art. 19-E na Lei n.º 10.522/2002 pela Lei n.º 13.988/2020, posteriormente revogado pela Lei n.º 14.689/2023, que restabeleceu o desempate pelo voto de qualidade do presidente da turma julgadora.

¹⁸ Veja-se, nesse sentido, TUMA, Fábia. *Participação nos Lucros ou Resultados da empresa: incentivo à eficiência ou substituição dos salários?* São Paulo: LTr, 1999. p. 224.

[...] Quando a lei afirma que a PLR não pode substituir ou complementar o salário, não está a estipular a mera inexistência de uma cláusula contratual com esse conteúdo. Para dar plena eficácia à norma em questão, *é preciso investigar a situação concreta e verificar se há uma compatibilidade racional* entre o que é pago a título de salário e o *plus* que seria devido a título de PLR. Por isso, entendo bastante adequada a limitação estabelecida no acórdão transcrito, pelo qual *o PLR equivalente a 100% da remuneração anual já implica sinal inequívoco de que o instituto é usado como substituto para a remuneração*. [...] - grifado

O segundo ponto a ser considerado, e aqui torna a ser citado apenas para reforço, é o fato de que a PLR trata de parcela não obrigatória: ou seja, somente é devida caso seja assim acordado entre as partes envolvidas (empresa, empregado e sindicato).

O terceiro requisito a ser observado, é que deve existir o comum acordo entre as partes na escolha do procedimento de negociação a ser adotado, sendo através de uma comissão paritária escolhida pelas partes, integrada, também, por um representante indicado pelo sindicato da respectiva categoria ou através de norma coletiva (acordo ou convenção). Tal disposição está prevista nos incisos I e II do art. 2º da Lei n.º 10.101/2000¹⁹. E aqui já é cabível se falar no quarto requisito que é justamente a participação obrigatória do sindicato nessa negociação. É claro que, tratando de plano de PLR negociado em norma coletiva, a participação do sindicato já estará suprida. O problema reside no plano estabelecido por comissão paritária.

Veja-se que, conforme se verifica, por exemplo, no acórdão de n.º 2401-009.767²⁰, o CARF vinha decidindo pela

¹⁹ I - comissão paritária escolhida pelas partes, integrada, também, por um representante indicado pelo sindicato da respectiva categoria;

II - convenção ou acordo coletivo.

²⁰ Ementa: [...] PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS OU RESULTADOS. PLR. NEGOCIAÇÃO COLETIVA. PARTICIPAÇÃO DO SINDICATO. A integração de representante indicado pelo sindicato na comissão dos empregados a negociar a PLR não restou comprovada, não sendo prova hábil para tanto o arquivamento do instrumento

invalidade do plano que fosse estabelecido sem a presença do sindicato obreiro. Em verdade, podem ser observadas três correntes no CARF sobre esse aspecto. A primeira corrente dispõe que, caso o sindicato não tivesse sido convidado a compor a comissão paritária, o plano que institui a PLR era reputado inválido. O exemplo é justamente o acórdão mencionado acima. Para o caso de o sindicato ter sido convidado e não comparecido na reunião da comissão paritária, seria aplicada ou a segunda corrente, que entende que a comprovação do convite supriria a necessidade de comparecimento do sindicato e essa ausência não poderia prejudicar empregados e empregadores (conforme, por exemplo, acórdãos 2302-003.550 e 2401-003.670) ou a terceira corrente, majoritária, que entende que o convite não supre a ausência, já que a recusa sindical deveria ser substituída por outras formas de participação desse ente, a ser obviamente buscada pela empresa, utilizando-se, em analogia, o art. 616 da CLT²¹ (como, por exemplo, acórdãos 9202-004.307, 9202-005.211, 9202-005.708 e 9202-004.307).

Trata-se de um posicionamento controverso e que transfere à empresa uma responsabilidade que, acredita-se, não é a

de acordo na entidade sindical dos trabalhadores.

²¹ Art. 616 - Os Sindicatos representativos de categorias econômicas ou profissionais e as empresas, inclusive as que não tenham representação sindical, quando provocados, não podem recusar-se à negociação coletiva.

§ 1º Verificando-se recusa à negociação coletiva, cabe aos Sindicatos ou empresas interessadas dar ciência do fato, conforme o caso, ao Departamento Nacional do Trabalho ou aos órgãos regionais do Ministério do Trabalho e Previdência Social, para convocação compulsória dos Sindicatos ou empresas recalcitrantes.

§ 2º No caso de persistir a recusa à negociação coletiva, pelo desatendimento às convocações feitas pelo Departamento Nacional do Trabalho ou órgãos regionais do Ministério do Trabalho e Previdência Social, ou se malograr a negociação entabulada, é facultada aos Sindicatos ou empresas interessadas a instauração de dissídio coletivo.

§ 3º - Havendo convenção, acordo ou sentença normativa em vigor, o dissídio coletivo deverá ser instaurado dentro dos 60 (sessenta) dias anteriores ao respectivo termo final, para que o novo instrumento possa ter vigência no dia imediato a esse termo.

§ 4º - Nenhum processo de dissídio coletivo de natureza econômica será admitido sem antes se esgotarem as medidas relativas à formalização da Convenção ou Acordo correspondente.

dela. Explica-se: uma das alternativas do art. 616 seria a comunicação ao órgão responsável (hoje o Ministério da Economia) que, no recebimento dessa comunicação, apenas faria uma nova convocação do sindicato. Há chance de o sindicato negar novamente. Dessa vez, não sobrariam alternativas, já que a segunda seria o ajuizamento de um dissídio coletivo, o que, convenha-se, é inadequado para o caso, eis que a comissão paritária não gera uma norma coletiva, que é justamente o objetivo do dissídio.

De qualquer sorte, a Lei n.º 14.020/2020, que alterou de forma substancial a lei que regulamenta a PLR, veio lançar luzes a essa e outras lacunas e/ou incongruências legislativas que acabavam sendo alvo da subjetividade dos órgãos julgadores. Nesse ponto em específico, trouxe o § 10º para o art. 2º da Lei n.º 10.101/2000, que assim dispõe:

§ 10º. Uma vez composta, a comissão paritária de que trata o inciso I do caput deste artigo dará ciência por escrito ao ente sindical para que indique seu representante no prazo máximo de 10 (dez) dias corridos, findo o qual a comissão poderá iniciar e concluir suas tratativas. (Incluído pela Lei nº 14.020, de 2020)

Trata-se de uma acertada hipótese em que, no caso de o sindicato não indicar representante, a comissão paritária pode seguir o trabalho de elaboração do plano da PLR. Acredita-se que tal previsão tende a alterar o posicionamento do Conselho, ao menos nos casos em que o sindicato seja efetivamente convidado a integrar a comissão paritária. Soma-se a isso relevante precedente do Tribunal Superior do Trabalho que, embora proferido em sede trabalhista, reforça a leitura mais favorável à autonomia da comissão: em abril de 2026, a 3ª Turma do TST decidiu, por maioria, que o requisito legal é a participação da entidade sindical na negociação, e não a sua concordância formal com o resultado, não tendo o sindicato poder de veto no âmbito da comissão paritária²². Assim, a recusa de assinatura pelos

²² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 3ª Turma. RRAg 10269-24.2023.5.03.0054. Rel. Min. Alberto Balazeiro, julgado em abril de 2026.

representantes sindicais não invalida o instrumento aprovado pela maioria do colegiado, pois é a deliberação colegiada que expressa a vontade coletiva nesse modelo de negociação.

O quinto requisito é a necessidade de arquivamento do acordo que institui a PLR na sede do sindicato dos empregados²³. Trata-se de uma mera formalidade, mas que, no caso de descumprimento, o plano poderá ser invalidado.

O sexto requisito é a necessidade de o plano de PLR possuir regras claras e objetivas²⁴. Aqui, a lei novamente abre brecha para a subjetividade²⁵. Afinal, a legislação indica a necessidade de constar, no plano, regras claras e objetivas quanto à fixação dos direitos substantivos da participação e das regras adjetivas. Não explica, entretanto, o que viriam a ser esses direitos substantivos e regras adjetivas. Os critérios que a lei indica nos incisos são meramente exemplificativos.

O acórdão do CARF de n.º 205-01.331/2008²⁶ esclarece

²³ Conforme previsto no § 2º do art. 2º da Lei n.º 10.101/2000:

Art. 2º [...]

§ 2º O instrumento de acordo celebrado será arquivado na entidade sindical dos trabalhadores.

²⁴ Conforme previsto no § 1º e incisos do art. 2º da Lei n.º 10.101/2000:

Art. 2º [...]

§ 1º Dos instrumentos decorrentes da negociação deverão constar regras claras e objetivas quanto à fixação dos direitos substantivos da participação e das regras adjetivas, inclusive mecanismos de aferição das informações pertinentes ao cumprimento do acordado, periodicidade da distribuição, período de vigência e prazos para revisão do acordo, podendo ser considerados, entre outros, os seguintes critérios e condições: I - índices de produtividade, qualidade ou lucratividade da empresa;

II - programas de metas, resultados e prazos, pactuados previamente.

²⁵ PELA, Carlos. A participação nos lucros e resultados dos trabalhadores na jurisprudência do CARF. In MURICI, Gustavo Lanna; GODOI, Marciano Seabra de; RODRIGUES, Raphael Silva; FERNANDES, Rodrigo Mineiro (Orgs.). *Análise crítica da jurisprudência do CARF*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 97.

²⁶ [...] Como se vê, a regulamentação é no sentido de proteger o trabalhador para que sua participação nos lucros seja justa. Não há regras detalhadas na lei sobre as características dos acordos a serem celebrados. Os sindicatos envolvidos ou as comissões, nos termos do artigo 2º, têm liberdade para fixarem os critérios e condições para a participação do trabalhador nos lucros e resultados. A intenção do legislador foi impedir que critérios ou condições subjetivas obstassem a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados. As regras devem ser claras e objetivas para que os critérios

que, por esse motivo, deve prevalecer a liberdade de negociação entre as partes.

Novamente aqui, uma bem-vinda mudança pela Lei n.º 14.020/2020, que trouxe o § 6º para o art. 2º da lei que regula o PLR, que justamente reforça que deve prevalecer a autonomia da vontade das partes contratantes. A subjetividade apontada, contudo, persiste na jurisprudência mais recente, ainda que com contornos mais concretos. Embora prevaleça o entendimento de que a autoridade administrativa não pode adentrar o mérito das regras eleitas pelas partes, o CARF tem mantido autuações sob o fundamento de ausência de regras claras quando faltam indicadores mensuráveis, parametrização de desempenho e demonstração do cálculo individualizado por empregado²⁷. Assim, mais do que uma redução da subjetividade, observa-se a construção de parâmetros pelos quais o Conselho afere a efetiva existência de critérios objetivos no plano.

O sétimo ponto é a pactuação (ainda que não necessariamente prévia) do acordo entre as partes envolvidas, caso se refira a plano de metas, resultados e prazos²⁸. Esse é o motivo mais frequente de autuação da Receita Federal sobre as verbas pagas a título de PLR²⁹.

Isso porque alguns acordos acabam sendo assinados após o início do exercício aos quais os lucros ou resultados se refere.

e condições possam ser aferidos. Com isto, são alcançadas as duas finalidades da lei: a empresa ganha em aumento da produtividade e o trabalhador é recompensado com sua participação nos lucros. [...]

²⁷ CARF. Acórdão 2402-013.322 (por voto de qualidade); e CARF. Acórdão 2302-003.985 (por unanimidade).

²⁸ Conforme previsto no inciso II do § 2º do art. 2º da Lei n.º 10.101/2000:

Art. 2º [...]

§ 1º [...]

[...]

II - programas de metas, resultados e prazos, pactuados previamente.

²⁹ PELÁ, Carlos. A participação nos lucros e resultados dos trabalhadores na jurisprudência do CARF. In MURICI, Gustavo Lanna; GODOI, Marciano Seabra de; RODRIGUES, Raphael Silva; FERNANDES, Rodrigo Mineiro (Orgs.). *Análise crítica da jurisprudência do CARF*. p. 81-91.

A jurisprudência vem entendendo pela invalidade desses acordos, como, por exemplo o acórdão 9202-009.903³⁰. Via de regra, a fundamentação é no sentido de que, como a PLR visa a produtividade em troca de um benefício, não estipular essas regras antes da assinatura acabaria prejudicando o trabalhador que poderia ficar sabendo das exigências do plano com pouco tempo até o fim do período de apuração.

A Lei n.º 14.020/2020 também trouxe uma modificação nesse ponto, adicionando o § 7º no art. 2º da Lei n.º 10.101/2000³¹, que afasta a necessidade de o documento ser assinado antes do período de apuração, mas indicando que ele deve ser assinado antes do pagamento de eventual antecipação ou com antecedência mínima de noventa dias da data do pagamento da parcela única ou final caso tenha havido antecipação.

Diferentemente do que se previa, contudo, a jurisprudência mais recente do CARF não caminhou no sentido de flexibilizar esse requisito. Quanto aos fatos geradores ainda regidos pela redação anterior, prevalece na 2ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais entendimento bastante rígido, exigindo que a celebração e a assinatura do instrumento ocorram antes mesmo do início do período de aferição das metas, não bastando a alegação de conhecimento informal ou de mera repetição de regras de anos anteriores. No mesmo sentido decidiram turmas ordinárias, reconhecendo-se expressamente que a Lei n.º 10.101/2000 não fixa “quão prévio” deve ser o ajuste, mas

³⁰ Ementa: ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS Período de apuração: 01/02/2004 a 31/12/2004 PROGRAMA DE PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS (PLR). ASSINATURA DO ACORDO APÓS INÍCIO DO PERÍODO DE AFERIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. Constitui requisito legal que as regras do acordo da PLR sejam estabelecidas previamente, de sorte que os acordos discutidos e firmados após o início do período de aferição acarretam a inclusão dos respectivos pagamentos no salário de contribuição.

³¹ § 7º Consideram-se previamente estabelecidas as regras fixadas em instrumento assinado:

I - anteriormente ao pagamento da antecipação, quando prevista; e

II - com antecedência de, no mínimo, 90 (noventa) dias da data do pagamento da parcela única ou da parcela final, caso haja pagamento de antecipação.

concluindo, ainda assim, que o acordo deve preceder os fatos que pretende regular³². Embora se espere que os julgamentos relativos a períodos de apuração efetivamente regidos pela Lei n.º 14.020/2020 reabram o debate, pois o § 7º admite, em sua literalidade, plano não necessariamente firmado antes do exercício, o sinal que até aqui emana do Conselho é de continuidade da linha mais restritiva, e não de adequação automática à nova redação legal.

O oitavo requisito é a presença, no plano que institui a PLR, de mecanismos de aferição, por parte do trabalhador, do cumprimento do que foi acordado. Esse ponto carrega muito do que já foi indicado anteriormente: a necessidade de o plano ter regras claras e objetivas e constar, nesse plano acordado, as metas, resultados e prazos. É necessário, pois, que o trabalhador tenha meios de verificar se está sendo cumprido o que foi acordado.

O nono e último ponto a ser observado em um plano de PLR para que seja considerado válido é a periodicidade. A PLR deve ser paga no máximo duas vezes ao ano, com uma periodicidade mínima de três meses³³.

Importante ressaltar que a Lei n.º 14.020/2020 também trouxe uma modificação nesse ponto, adicionando o § 8º no art. 2º da lei que regulamenta a PLR³⁴, no sentido de indicar que, no

³² CARF. CSRF, 2ª Turma. Acórdão 9202-011.744. No mesmo sentido, nas turmas ordinárias: CARF. Acórdão 2402-013.090; e CARF. Acórdão 2201-012.203.

³³ Conforme previsto no § 2º e *caput* do art. 3º da Lei n.º 10.101/2000:

Art. 3º A participação de que trata o art. 2º não substitui ou complementa a remuneração devida a qualquer empregado, nem constitui base de incidência de qualquer encargo trabalhista, não se lhe aplicando o princípio da habitualidade.

[...]

§ 2º É vedado o pagamento de qualquer antecipação ou distribuição de valores a título de participação nos lucros ou resultados da empresa em mais de 2 (duas) vezes no mesmo ano civil e em periodicidade inferior a 1 (um) trimestre civil.

³⁴ § 8º A inobservância à periodicidade estabelecida no § 2º do art. 3º desta Lei invalida exclusivamente os pagamentos feitos em desacordo com a norma, assim entendidos: (Incluído pela Lei nº 14.020, de 2020)

I - os pagamentos excedentes ao segundo, feitos a um mesmo empregado, no mesmo

caso de descumprimento da periodicidade indicada acima, a invalidade recai somente no pagamento que foi feito em desacordo.

Essa mudança se mostrou importante na medida em que a jurisprudência do CARF vinha entendendo que o descumprimento da periodicidade invalidaria todos os pagamentos feitos (a exemplo, o acórdão 9202-009.785), o que, a toda evidência, se mostrava um posicionamento de certa forma desproporcional. Curiosamente, todavia, mesmo após a inclusão do § 8º, a 2ª Turma da Câmara Superior tem reafirmado a tese mais gravosa. Em julgamento de fevereiro de 2025, diante de três pagamentos de PLR no mesmo exercício, o colegiado, por maioria, rejeitou a tese de que apenas a parcela excedente seria tributável e concluiu que a violação da periodicidade altera por completo a natureza da verba, atraindo a incidência sobre a totalidade dos valores pagos no período³⁵. Subsiste, portanto, tensão direta entre a diretriz do § 8º, que determina invalidar apenas os pagamentos feitos em desacordo, e a orientação da CSRF, sustentando parcela da doutrina, com razão, a necessidade de se distinguir o vício de execução, que contaminaria somente os pagamentos excessivos, do vício do próprio instrumento.

Por fim, merece registro um desdobramento que a Lei n.º 14.020/2020 introduziu e que tende a ganhar relevo na jurisprudência: a possibilidade de entidades sem fins lucrativos instituírem planos de PLR. Em regra, o § 3º do art. 2º da Lei n.º 10.101/2000 veda a equiparação de associações sem fins lucrativos a empresas para esse fim. A reforma, todavia, acrescentou o § 3º-A, afastando essa vedação quando utilizados índices de produtividade ou qualidade ou programas de metas, resultados e prazos. Em precedente de fins de 2025, o CARF, mesmo

ano civil; e (Incluído pela Lei nº 14.020, de 2020)

II - os pagamentos efetuados a um mesmo empregado, em periodicidade inferior a 1 (um) trimestre civil do pagamento anterior. (Incluído pela Lei nº 14.020, de 2020)

³⁵ CARF. CSRF, 2ª Turma. Acórdão 9202-011.669, sessão de fevereiro de 2025 (por maioria); e, no mesmo sentido, CARF. Acórdão 9202-011.779.

analisando fato gerador anterior à lei nova, distinguiu o conceito de “lucro”, incompatível com a natureza dessas entidades, do de “resultados”, legítimo quando estruturado sobre metas objetivas e previamente pactuadas, cancelando autuação de vulto³⁶. Embora isolado, o julgado sinaliza abertura interpretativa relevante para fundações, institutos de pesquisa e associações, recorte de contribuintes até então à margem do instituto.

4. IMPLICAÇÕES DA NÃO OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS DA PLR IMPOSTOS POR LEI

Não há dúvidas de que se está diante de um campo fértil para discussões. Via de regra, a inobservância dos requisitos delineados no capítulo anterior pode levar à invalidade do plano de PLR e, por consequência, levar à tributação de todos os valores que foram pagos em desconformidade (a não ser que a própria legislação traga em sentido contrário, como é o caso das alterações trazidas pela Lei n.º 14.020/2020).

Veja-se que uma mera formalidade pode levar à descon sideração da integralidade de um plano. Certamente há condições que possuem uma maior importância e que dão sentido ao plano. Nesse sentido, acredita-se que uma invalidade em um ponto crucial pode e deve levar à invalidade do plano. Entretanto, há situações formais que não alteram em nada o sentido do acordo, como, por exemplo, a prova do depósito do acordo do plano do PLR na sede do sindicato obreiro. Trata-se de mera formalidade que, desrespeitada, pode invalidar todo o plano.

Aqui, cabível retornar à discussão da efetividade da imunidade conferida pelo inciso XI do art. 7º da Constituição. Afinal, como o Ministro Marco Aurélio lembra em seu voto no Recurso Extraordinário 398.284, a intenção da desvinculação da remuneração é não haver uma compensação entre salário e PLR.

³⁶ CARF. 1ª Seção, 3ª Câmara, 2ª Turma Ordinária. Acórdão 1302-007.542 (caso CEP-EL – Centro de Pesquisas de Energia Elétrica), publicado ao final de 2025.

Veja-se:

Creio que o preceito merece interpretação teleológica. A razão de ser da referência “desvinculação da remuneração” é única: não proceder o empregador a uma verdadeira compensação. Há uma intencional confusão consideradas as rubricas: a rubrica participação nos lucros e a rubrica, diria, salário *stricto sensu*, o que, independentemente da existência ou não de lucros, ainda que a empresa dê prejuízo, deve ser satisfeito pelo empregador.

Dessa forma, a regulamentação através de lei infraconstitucional deveria vir, então, apenas para evitar essa compensação, não para limitar a imunidade da parcela³⁷. Nesse sentido, Roque Carraza ensina que as normas constitucionais que tratam das imunidades tributárias possuem eficácia plena e aplicabilidade imediata³⁸. E, ainda, reforça que, por ter a imunidade assento constitucional, “[...] não pode ter seu conceito destruído por normas infraconstitucionais”³⁹.

Nesse contexto, uma lei ordinária não poderia trazer limites ou condições para se alcançar a imunidade, mas apenas esclarecer o seu contexto.

Esse entendimento é endossado por Carlos Pelá, para quem somente dois requisitos seriam necessários para que o plano da PLR alcançasse a imunidade tributária: 1) ser uma parcela efetivamente decorrente dos lucros, dos resultados ou de ambos e 2) ser independente do salário pago. Com esses dois requisitos, independentemente de cumprir com todos os demais requisitos da Lei 10.101/2000, a parcela estaria imune. O descumprimento dos demais requisitos poderia gerar uma discussão de eventuais diferenças nem juízo, mas nunca a discussão de sua

³⁷ Veja-se, no sentido de apenas a Constituição Federal bastar para que qualquer valor alcançado a título de PLR obtenha a imunidade, JOÃO. Paulo Sérgio. Participação nos lucros ou resultados: evolução e compreensão jurídica. In: GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa; DE ALVARENGA, Rúbia Zanotelli (orgs.). *Direito do trabalho e direito empresarial: sob o enfoque dos direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2015. p. 138

³⁸ CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso De Direito Constitucional Tributário*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 822.

³⁹ CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso De Direito Constitucional Tributário*. p. 825.

imunidade em si⁴⁰.

Apesar das críticas, não é esse o entendimento da Receita Federal e do CARF. O descumprimento dos requisitos trazidos na Lei 10.101/2000 faz com que as parcelas pagas deixem de ser imunes, atraindo para si a obrigatoriedade de se proceder nas contribuições previdenciárias sobre a PLR.

Esse debate sobre a natureza da norma, se imunizante ou meramente isentiva, ainda aguarda palavra definitiva do Supremo Tribunal Federal quanto à regra geral. Houve, contudo, importante desdobramento concreto no recorte da alta administração: em novembro de 2023, o Superior Tribunal de Justiça validou a incidência de contribuição previdenciária sobre a PLR paga a diretor estatutário (não empregado). No mesmo sentido, o CARF consolidou o entendimento em súmula de observância obrigatória, segundo a qual os valores pagos a título de PLR a diretores não empregados sujeitam-se às contribuições previdenciárias, por se tratar de remuneração pelo trabalho de contribuinte individual, e não de rendimento do capital. Situação distinta é a do diretor empregado: nesse caso, o Conselho tem afastado a incidência, atribuindo à fiscalização o ônus de demonstrar a ausência dos elementos caracterizadores do vínculo⁴¹. A tese da imunidade ampla, portanto, perdeu terreno justamente no segmento mais litigioso, preservando-se apenas em relação aos empregados em sentido estrito.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem ter a pretensão de extrair ideias conclusivas da

⁴⁰ PELÁ, Carlos. A participação nos lucros e resultados dos trabalhadores na jurisprudência do CARF. In MURICI, Gustavo Lanna; GODOI, Marciano Seabra de; RODRIGUES, Raphael Silva; FERNANDES, Rodrigo Mineiro (Orgs.). *Análise crítica da jurisprudência do CARF*. p. 109.

⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.182.060/SC, julgado em novembro de 2023. No âmbito administrativo, v. Súmula CARF n.º 195, de observância obrigatória. Quanto ao diretor empregado, em sentido favorável ao contribuinte, CARF. Acórdão 2202-011.450 (por unanimidade).

presente investigação, eis que incipiente, algumas ponderações devem ser feitas, uma vez que a PLR, caso bem utilizada, pode servir como um estímulo aos trabalhadores. Manter empregados motivados é extremamente importante atualmente, e a PLR possibilita isso, por ser uma relação de "ganha-ganha": ganha o empregado, que se esforçará e, por isso, será recompensado, e ganha a empresa, que atingirá um nível de lucro ou resultado acima do esperado.

As dificuldades na elaboração de um plano sólido são, entretanto, expressivas, o que é demonstrado pela quantidade de autuações e julgados na base de dados do CARF. Há que se ter em mente que o plano necessita de metas que sejam atingíveis, além de ser claro o suficiente para que os empregados o entendam. Deve haver uma transparência entre as partes, afinal, tudo deve rumar em direção ao sucesso desse plano, que, repete-se, beneficiará a todos.

Importa registrar, ainda, que a expectativa de pacificação que se depositava na Lei n.º 14.020/2020 apenas em parte se confirmou. Em pontos sensíveis, notadamente a pactuação prévia e a periodicidade, a jurisprudência mais recente do CARF não acompanhou o sentido das alterações legislativas, preservando orientação por vezes mais rígida do que a sugerida pelo novo texto, quando não diretamente contrária a ele, como se observa na tributação da integralidade das parcelas em caso de descumprimento da periodicidade, a despeito da diretriz do § 8º do art. 2º. A esse quadro soma-se fator de ordem institucional: o restabelecimento do voto de qualidade pela Lei n.º 14.689/2023, que, em um tema estruturalmente divisivo nos colegiados paritários, tende a fazer pesar o desempate em favor do Fisco. Por outro lado, não se trata de cenário uniformemente restritivo: precedentes recentes, como o do Tribunal Superior do Trabalho quanto à autonomia da comissão paritária e o do próprio CARF a respeito da participação nos resultados por entidades sem fins lucrativos, sinalizam aberturas relevantes e reforçam que a

matéria permanece em construção.

O diálogo deve existir. Os empregados devem ser ouvidos com maior frequência. Acredita-se que esse é o início do caminho para a elaboração de um plano sólido. Mais do que isso, contudo, a segurança desse plano não decorre apenas de sua boa redação, mas da sua permanente aderência à orientação dos órgãos julgadores, orientação que, como visto, é móvel e nem sempre previsível. A segurança plena, portanto, é menos um estado a ser alcançado de uma vez do que uma vigilância a ser continuamente exercida, acompanhando-se de perto a evolução da jurisprudência administrativa e judicial.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso De Direito Constitucional Tributário*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- JOÃO, Paulo Sérgio. Participação nos lucros ou resultados: evolução e compreensão jurídica. In: GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa; DE ALVARENGA, Rúbia Zanutelli (orgs.). *Direito do trabalho e direito empresarial: sob o enfoque dos direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2015.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. eBook
- PELÁ, Carlos. A participação nos lucros e resultados dos trabalhadores na jurisprudência do CARF. In MURICI, Gustavo Lanna; GODOI, Marciano Seabra de; RODRIGUES, Raphael Silva; FERNANDES, Rodrigo Mineiro

- (Orgs.). *Análise crítica da jurisprudência do CARF*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- STÜRMER, Gilberto. *Direito constitucional do trabalho no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2014.
- SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de direito do trabalho. Vol I*. 21. ed. São Paulo: LTr, 2003.
- TUMA, Fábيا. *Participação nos Lucros ou Resultados da empresa: incentivo à eficiência ou substituição dos salários?* São Paulo: LTr, 1999.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. *Acórdãos n.ºs 1302-007.542; 2202-011.450; 2302-003.985; 2201-012.203; 2402-013.090; 2402-013.322; 9202-011.669; 9202-011.744; e 9202-011.779*. Disponível em: <https://acordaos.economia.gov.br>. Acesso em: jun. 2026.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. *Súmula CARF n.º 195*. Disponível em: <https://carf.fazenda.gov.br>. Acesso em: jun. 2026.
- BRASIL. *Lei n.º 13.988, de 14 de abril de 2020*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: jun. 2026.
- BRASIL. *Lei n.º 14.020, de 6 de julho de 2020*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: jun. 2026.
- BRASIL. *Lei n.º 14.689, de 20 de setembro de 2023*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: jun. 2026.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 1.182.060/SC*. Julgado em novembro de 2023.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *RRAg n.º 10269-24.2023.5.03.0054*. 3ª Turma. Rel. Min. Alberto Balazeiro. Julgado em abril de 2026.

PROCESSO ESTRUTURAL E EFICIÊNCIA PROCESSUAL: ADEQUAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL AOS LITÍGIOS COMPLEXOS

Rennan Thamay¹

Leonardo Peteno Magnusson²

Lucas Augusto Gaioski Pagani³

Resumo: A incorporação da eficiência ao Direito exige sua reconstrução à luz dos direitos fundamentais e das garantias que orientam a atuação estatal no Estado Constitucional, afastando sua identificação exclusiva com a redução de custos, a celeridade ou a maximização quantitativa de resultados. Nesse

¹ Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela Universidad de Salamanca, PUC/RS e Università degli Studi di Pavia. Mestre em Direito pela UNISINOS e pela PUC Minas. Especialista em Direito pela UFRGS. Professor Titular do programa de graduação e pós-graduação (Doutorado, Mestrado e Especialização) da FADISP. Professor Titular e coordenador de cursos no Instituto ITER. Membro do IAPL (International Association of Procedural Law), do IIDP (Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal), do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual), IASP (Instituto dos Advogados de São Paulo), da ABDPC (Academia Brasileira de Direito Processual Civil), do CEBEPEJ (Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais), da ABDPro (Associação Brasileira de Direito Processual), do CEAPRO (Centro de Estudos Avançados de Processo) e do IBDE (Instituto Brasileiro de Direito Empresarial). Advogado, consultor jurídico, parecerista, administrador judicial, árbitro e mediador. www.rennanthamay.com.br. www.thamayadvogados.com.br.

² Doutorando em Função Social do Direito Constitucional pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP). Bolsista CAPES. Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense (UNIPAR). Graduado em Direito pela Universidade Paranaense (UNIPAR). Professor. Advogado. leonardopetenomagnusson@gmail.com.

³ Doutor em Função Social do Direito (Fadisp). Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Unipar. Ex-Bolsista Capes. (Unipar). Associado ao IBDP. Advogado. lucas.pagani@gmail.com.

contexto, o presente artigo objetiva analisar em que medida o processo estrutural pode constituir técnica de realização da eficiência processual no enfrentamento de litígios complexos. Adota-se o método dedutivo, com abordagem qualitativa e caráter exploratório e explicativo, mediante pesquisa bibliográfica, partindo-se dos fundamentos econômicos da eficiência para examinar sua incorporação ao processo civil e sua projeção sobre a tutela estrutural. A análise demonstra que a eficiência processual deve ser aferida pela adequação entre os meios empregados, a natureza da controvérsia e os resultados materialmente produzidos, sem prejuízo do contraditório, da participação e do devido processo. Conclui-se que o processo estrutural pode favorecer uma tutela jurisdicional eficiente quando a dimensão sistêmica da violação exigir intervenção continuada, cooperação institucional, flexibilidade procedimental, monitoramento e revisão das medidas implementadas. Sua eficiência, contudo, não decorre automaticamente da adoção dessa técnica, dependendo de situação que evidencie sua necessidade, sua proporcionalidade e sua compatibilidade com os direitos fundamentais e a distribuição constitucional de competências.

Palavras-Chave: Eficiência processual. Processo estrutural. Litígios complexos. Estado Constitucional. Tutela jurisdicional.

STRUCTURAL PROCEEDINGS AND PROCEDURAL EFFICIENCY: ADAPTING JUDICIAL PROTECTION TO COMPLEX LITIGATION

Abstract: The incorporation of efficiency into law requires its reconstruction in light of the fundamental rights and guarantees that govern state action under the Constitutional State, thereby preventing its exclusive association with cost reduction, procedural speed, or the quantitative maximization of results.

Against this background, this article aims to examine the extent to which structural proceedings may serve as a means of achieving procedural efficiency in addressing complex litigation. It adopts a deductive method, with a qualitative, exploratory, and explanatory approach, based on bibliographical research. The analysis begins with the economic foundations of efficiency and subsequently examines its incorporation into civil procedure and its application to structural relief. The findings demonstrate that procedural efficiency must be assessed according to the correspondence between the means employed, the nature of the dispute, and the results effectively achieved, without compromising adversarial proceedings, participation, or due process. The article concludes that structural proceedings may promote efficient judicial protection when the systemic nature of the violation requires continued intervention, institutional cooperation, procedural flexibility, monitoring, and review of the measures implemented. Their efficiency, however, does not automatically result from the adoption of this procedural technique, but depends on circumstances demonstrating its necessity, proportionality, and compatibility with fundamental rights and the constitutional allocation of powers.

Keywords: Procedural efficiency. Structural proceedings. Complex litigation. Constitutional State. Judicial protection.

INTRODUÇÃO

A eficiência consolidou-se como um dos parâmetros relevantes para a avaliação da atuação estatal no contexto do Estado Constitucional. Embora suas formulações iniciais estejam relacionadas à ciência econômica e à investigação sobre a alocação racional de recursos escassos, sua incorporação ao campo jurídico modificou o conteúdo e os

limites dessa categoria. No Direito, a eficiência não pode ser compreendida apenas como maximização de resultados, redução de custos ou aceleração da atividade institucional, uma vez que a legitimidade da ação estatal também depende da observância dos direitos fundamentais, das garantias processuais e dos valores constitucionais que condicionam o exercício do poder.

Essa questão adquire particular importância no âmbito da atividade jurisdicional. A ampliação das demandas submetidas ao Poder Judiciário, a limitação dos recursos humanos, financeiros e tecnológicos e a crescente complexidade das controvérsias exigem que a organização do processo seja examinada também sob a perspectiva da adequação entre os meios empregados e os resultados pretendidos.

A eficiência processual, entretanto, não se confunde com produtividade judicial ou celeridade considerada isoladamente. Sua compreensão pressupõe uma tutela jurisdicional capaz de produzir resultados materialmente adequados sem afastar o contraditório, a participação, a fundamentação das decisões e as demais garantias que estruturam o devido processo legal.

A problemática torna-se mais evidente diante de litígios originados por estados persistentes de desconformidade, nos quais a violação de direitos não decorre de uma conduta isolada, mas do funcionamento inadequado de instituições, políticas públicas ou estruturas sociais. Nessas situações, a aplicação do modelo processual tradicional, estruturado em torno de relações bilaterais, decisões definitivas e obrigações previamente delimitadas, pode não ser suficiente para alterar as condições que reproduzem a lesão. A multiplicação de decisões individuais, embora possa proporcionar respostas pontuais, frequentemente deixa intocadas as causas sistêmicas do problema, consome recursos institucionais e favorece a produção de soluções fragmentadas ou contraditórias.

É nesse contexto que o processo estrutural se apresenta como técnica voltada ao enfrentamento de litígios complexos. A

participação ampliada dos sujeitos interessados, a construção dialogada das medidas, a implementação progressiva das providências e a possibilidade de acompanhamento e revisão dos resultados permitem que a intervenção jurisdicional seja ajustada às transformações verificadas durante o próprio desenvolvimento do processo.

A flexibilidade desse modelo, contudo, não o torna necessariamente eficiente. A extensão temporal, o aumento dos custos de participação, a dificuldade de coordenação entre os agentes e os limites institucionais do Poder Judiciário também podem comprometer os resultados pretendidos. Por isso, a relação entre eficiência e processo estrutural não deve ser presumida, mas examinada à luz das condições em que essa técnica é utilizada e das finalidades constitucionais que orientam a tutela jurisdicional.

A partir dessa delimitação, formula-se o seguinte problema de pesquisa: em que medida o processo estrutural pode constituir uma técnica de realização da eficiência processual compatível com as exigências do Estado Constitucional no enfrentamento de litígios complexos? Parte-se da hipótese de que o processo estrutural pode favorecer uma tutela jurisdicional eficiente quando sua adoção decorrer da complexidade e da dimensão sistêmica da controvérsia e quando sua condução estiver apoiada em participação adequada, cooperação institucional, flexibilidade procedimental, monitoramento dos resultados e fundamentação das escolhas realizadas. Sua eficiência, portanto, não resulta da simples utilização de um processo estrutural, mas da capacidade desse modelo de produzir transformação material mediante o emprego proporcional dos recursos disponíveis, com preservação dos direitos fundamentais e das garantias inerentes ao devido processo.

Nesse sentido, o objetivo consiste em analisar a relação entre eficiência processual e processo estrutural, buscando

verificar se e sob quais condições esse modelo procedimental se mostra adequado ao tratamento de litígios complexos no Estado Constitucional. Especificamente, pretende-se examinar os fundamentos econômicos e jurídicos da eficiência; identificar o conteúdo assumido por essa categoria no âmbito do processo civil; investigar as limitações do modelo processual tradicional diante de violações sistêmicas; e analisar os elementos do processo estrutural que podem contribuir para a construção de uma tutela jurisdicional materialmente efetiva, constitucionalmente legítima e institucionalmente viável.

Para alcançar esses objetivos, adota-se o método dedutivo, partindo-se das formulações gerais acerca da eficiência para examinar sua incorporação ao Direito e, posteriormente, sua projeção sobre o processo civil e a tutela estrutural. A pesquisa possui abordagem qualitativa e caráter exploratório e explicativo, sendo desenvolvida mediante revisão bibliográfica.

O desenvolvimento encontra-se organizado em três partes. Inicialmente, são examinadas as formulações econômicas da eficiência, bem como sua posterior reconstrução à luz das exigências de justiça e igualdade. Em seguida, analisa-se a eficiência como parâmetro de conformação do processo civil, considerando seus fundamentos constitucionais, sua relação com a gestão do processo e os limites impostos pelas garantias fundamentais. Por fim, investiga-se o processo estrutural como modelo de tutela de litígios complexos, com ênfase na cooperação, na adaptação procedimental, no controle dos resultados e nas limitações institucionais que condicionam sua capacidade de realizar uma tutela jurisdicional eficiente.

1 DA RACIONALIDADE ECONÔMICA À EFICIÊNCIA COMO EXIGÊNCIA DO ESTADO CONSTITUCIONAL

O princípio constitucional da eficiência configura um

vetor fundamental na conformação das atividades da Administração Pública, impondo que seus atos sejam conduzidos de maneira a extrair o melhor desempenho com a mínima utilização de recursos, sob critérios de racionalidade e otimização. Contudo, a compreensão dessa diretriz não pode ser limitada a uma equação simples de custos e resultados ou ao encadeamento linear entre meios empregados e fins alcançados.

Em um plano mais aprofundado, a eficiência administrativa assume contornos que transcendem a dogmática jurídica tradicional, incorporando fundamentos que dialogam com metodologias da ciência econômica. Nessa perspectiva, a análise econômica do direito (*Law and Economics*) emerge como ferramenta teórica e instrumental capaz de conferir maior rigor à avaliação das práticas administrativas, ao considerar os impactos econômicos das decisões e das políticas públicas. O enfoque econômico, ao interagir com o universo jurídico, amplia a compreensão do princípio da eficiência, orientando-o para a eliminação de desperdícios, a alocação otimizada de recursos e a maximização do bem-estar social.

Pareto elaborou um conceito de eficiência baseado na distribuição ideal dos recursos dentro de um sistema econômico, o que caracteriza a chamada eficiência alocativa. Sob essa perspectiva, considera-se que uma alocação alcança o nível de eficiência, denominado Ótimo de Pareto ou Pareto-eficiência, quando não existe possibilidade de melhorar a condição de um agente econômico sem, como contrapartida, prejudicar a situação de outro⁴.

Em termos práticos, o critério paretiano identifica um estado em que os recursos foram distribuídos de maneira a esgotar as oportunidades de ganhos mútuos⁵. Qualquer modificação nesse arranjo implicaria, necessariamente, um

⁴ SZTAJN, Rachel. *Law & Economics*. In: SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio. *Direito e economia: Análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 76.

⁵ PARETO, Vilfredo. *Manual de economia política*. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

deslocamento que, para beneficiar um agente, causaria deterioração na situação de outro. O Ótimo de Pareto, portanto, não se preocupa com a equidade ou com juízos de justiça na distribuição, mas com a identificação de um ponto em que o sistema atinge sua máxima eficiência, no sentido de eliminar a possibilidade de realocações que proporcionem vantagens sem custos a terceiros.

Para tanto, Pareto⁶ desenvolve o conceito de *ofelimidade* como o valor derivado da capacidade de uma mercadoria em atender às necessidades humanas, elemento que fundamenta sua compreensão de equilíbrio econômico. Segundo Pareto, esse equilíbrio é alcançado quando se verifica uma situação na qual não é possível realizar qualquer modificação, mesmo mínima, sem que a satisfação de algum indivíduo aumente em detrimento da satisfação de outro. Em outras palavras, para o autor, qualquer tentativa de alterar essa posição inevitavelmente geraria um impacto positivo para alguns membros da coletividade, mas, ao mesmo tempo, um impacto negativo para outros, consolidando, assim, um estado no qual as possibilidades de melhoria sem prejuízo alheio estão esgotadas.

Aragón⁷ apresenta a eficiência em Pareto como uma condição em que não há qualquer possibilidade de ajuste em um sistema que permita melhorar a situação de um indivíduo sem que, necessariamente, outra pessoa tenha sua situação prejudicada. Nessa perspectiva, Bullard⁸ amplia a explicação ao ilustrar que uma nova situação será mais eficiente que a anterior, dentro do critério paretiano, somente se for possível favorecer um indivíduo sem gerar perdas para os demais envolvidos. Assim, a eficiência de Pareto se caracteriza pela impossibilidade

⁶ PARETO, Vilfredo. *Manual de economia política*. São Paulo: Nova Cultural, 1996. p. 274-275.

⁷ ARAGÓN, Nuria Querol. *Análisis económico del derecho*. Madrid: Dykinson, 2014. p. 22.

⁸ BULLARD, Alfredo. *Análisis económico del derecho*. Lima: Fondo Editorial, 2019. p. 28.

de ganhos unilaterais sem a ocorrência de sacrifícios para terceiros, representando um limite para realocações vantajosas no sistema.

Noutro giro, o modelo Kaldor-Hicks foi concebido para superar as restrições presentes na eficiência paretiana, especialmente no que se refere à rigidez das melhorias alocativas. Nicholas Kaldor e John Hicks propuseram um critério no qual se admite que uma situação seja considerada mais eficiente, mesmo que envolva prejuízo para alguns agentes, desde que os benefícios gerados possam, em tese, compensar as perdas incorridas.

Kaldor⁹ defende que o Estado pode atuar como intermediador no processo de compensação, a fim de manter a distribuição de renda intacta após uma mudança econômica. O autor sugere que, caso uma modificação beneficie determinados agentes em detrimento de outros, o governo pode intervir para reequilibrar a situação, compensando financeiramente os prejudicados. Para isso, os recursos necessários poderiam ser obtidos por meio da aplicação de impostos adicionais sobre os beneficiários do processo, cujas rendas foram ampliadas.

Essa proposição insere o governo como um agente central na viabilização do critério de compensação, permitindo que as melhorias econômicas sejam implementadas sem comprometer a posição inicial dos afetados negativamente. A ideia de Kaldor¹⁰ destaca, assim, que o Estado possui instrumentos para transformar ganhos líquidos em uma situação compensatória, aproximando o resultado final de uma condição de maior aceitação distributiva, enquanto busca alcançar a eficiência econômica.

⁹ KALDOR, Nicholas. Welfare propositions of economics and interpersonal comparisons of utility. *The Economic Journal*, v. 49, n. 195, p. 549-552, set. 1939. p. 550.

¹⁰ KALDOR, Nicholas. Welfare propositions of economics and interpersonal comparisons of utility. *The Economic Journal*, v. 49, n. 195, p. 549-552, set. 1939. p. 550.

Por sua vez, Hicks amplia o critério de compensação ao argumentar que sua aplicação não se limita ao âmbito público, como sugerido por Kaldor, mas pode ser igualmente empregada no contexto das atividades privadas. Segundo Hicks¹¹, ainda que os prejuízos individuais decorrentes de uma reorganização econômica possam ocorrer, isso não impede a adoção do critério de eficiência. A razão para tal viabilidade reside na suposição de que medidas compensatórias podem ser implementadas, com recursos provenientes da arrecadação pública, para reparar os danos sofridos por aqueles que foram afetados negativamente.

Nessa lógica, Hicks¹² estabelece que uma reorganização será considerada admissível se, além de permitir a compensação aos prejudicados, ainda gerar um ganho líquido para o sistema como um todo. Enquanto houver a possibilidade de uma reorganização que traga vantagens líquidas e preserve, ao menos em teoria, a capacidade de compensação, a situação inicial não poderá ser considerada ótima. Assim, o autor amplia o escopo do critério Kaldor-Hicks, estendendo-o ao domínio privado, desde que os ganhos superem as perdas e haja mecanismos que possibilitem a reparação dos afetados, ainda que essa compensação não seja efetivamente realizada.

Santos Filho¹³ explica que o critério de Kaldor-Hicks possibilita o reconhecimento de situações eficientes mesmo quando há prejuízos para alguns envolvidos. O autor ressalta que essa eficiência é alcançada desde que exista a possibilidade de compensar aqueles que tiveram uma redução em seu bem-estar, garantindo que o nível de satisfação original possa ser, ao menos teoricamente, restabelecido. Dessa forma, o critério admite a

¹¹ HICKS, John R. The foundations of welfare economics. *The Economic Journal*, v. 49, n. 196, p. 696-712, dez. 1939. p. 706.

¹² HICKS, John R. The foundations of welfare economics. *The Economic Journal*, v. 49, n. 196, p. 696-712, dez. 1939. p. 706.

¹³ SANTOS FILHO, Sirio Vieira dos. A eficiência sob a perspectiva da análise econômica do direito. *Justiça do Direito*, Passo Fundo, v. 30, n. 2, p. 210-226, mai./ago. 2016. p. 220.

ocorrência de perdas individuais, desde que o ganho líquido gerado na nova situação justifique a reorganização.

Aragón¹⁴ entende o critério de eficiência Kaldor-Hicks como a situação em que os benefícios líquidos totais, em termos sociais, atingem seu ponto máximo. Nessa perspectiva, o autor destaca que a reorganização econômica pode ser justificada pela possibilidade teórica de utilizar os ganhos obtidos pelos beneficiários para compensar os prejuízos sofridos pelos agentes prejudicados, garantindo assim uma aceitação hipotética dos perdedores diante das mudanças.

A despeito da tendência que se tem a traçar um caráter utilitarista à análise econômica do direito e, por conseguinte, a associação desta a eficiência, Torres¹⁵ identifica, na obra de John Rawls uma ruptura com a perspectiva utilitarista que tradicionalmente fundamentava a análise da eficiência, inclusive em âmbito de virada kantiana. Nessa nova abordagem, a eficiência é reinterpretada a partir dos princípios jurídicos, abandonando sua antiga neutralidade econômica para incorporar um sentido normativo vinculado à justiça.

De acordo com Torres¹⁶, Rawls não enxerga a eficiência como uma simples medida de otimização dos resultados econômicos, mas como um elemento a ser equilibrado com valores de equidade e igualdade. Esse entendimento propõe uma articulação entre eficiência e justiça distributiva, em que a igualdade de oportunidades e o respeito aos direitos fundamentais constituem parâmetros essenciais para avaliar a legitimidade das alocações sociais e econômicas. Assim, a eficiência deixa de ser uma mera ferramenta técnica e passa a desempenhar um papel complementar no compromisso com a

¹⁴ ARAGÓN, Nuria Querol. *Análisis económico del derecho*. Madrid: Dykinson, 2014. p. 18.

¹⁵ TORRES, Ricardo Lobo. Justiça distributiva. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 70, p. 27-39, out./dez. 1995. p. 30.

¹⁶ TORRES, Ricardo Lobo. Justiça distributiva. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 70, p. 27-39, out./dez. 1995. p. 30.

promoção de uma sociedade mais justa e equitativa.

De todo forma, a reconstrução jurídica da eficiência produz uma consequência relevante para o desenvolvimento da análise, a aferição de uma decisão institucional não pode se limitar à comparação quantitativa entre os recursos empregados e os resultados alcançados. No Estado Constitucional, a racionalidade no emprego dos meios disponíveis somente adquire legitimidade quando permanece subordinada à justiça, à igualdade e à preservação dos direitos fundamentais.

A eficiência admissível é, portanto, uma eficiência condicionada, cujo conteúdo não pode ser definido à margem das finalidades constitucionais que orientam a atuação estatal. Essa compreensão permite deslocar o debate do domínio predominantemente econômico para o campo processual, no qual a escolha dos instrumentos, a organização do procedimento e a produção dos resultados jurisdicionais também devem conciliar racionalidade, efetividade e respeito às garantias fundamentais.

2 A EFICIÊNCIA PROCESSUAL ENTRE A RACIONALIZAÇÃO DA JURISDIÇÃO E AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS

A transposição da eficiência para o âmbito processual não corresponde à simples aplicação, à atividade jurisdicional, dos critérios de produtividade desenvolvidos no campo econômico ou administrativo. A jurisdição exerce função constitucional própria e opera mediante um procedimento cercado de garantias que impedem a redução de seu desempenho à quantidade de decisões proferidas, à diminuição de custos ou à velocidade de encerramento dos processos. Nesse domínio, ser eficiente significa organizar os meios processuais de modo proporcional à natureza da controvérsia, assegurar participação adequada aos sujeitos envolvidos e produzir uma tutela capaz de

realizar concretamente o direito reconhecido.

A transformação das funções desempenhadas pelo Estado repercutiu sobre os critérios de legitimação de todas as suas instituições, inclusive do Poder Judiciário. A eficiência deixou, assim, de representar uma qualidade circunscrita à Administração Pública em sentido estrito e passou a integrar a avaliação da própria atividade jurisdicional. Sua incidência alcança tanto a gestão administrativa do sistema de justiça quanto a conformação do procedimento empregado para a solução das controvérsias, embora assuma conteúdo distinto em cada uma dessas dimensões.

No primeiro plano, a eficiência orienta a organização dos serviços judiciários, a distribuição de recursos e a formulação de políticas institucionais. No segundo, interfere na escolha, na interpretação e na adaptação dos instrumentos processuais necessários à prestação da tutela jurisdicional. É nesta última dimensão que a eficiência deixa de atuar apenas como indicador externo de desempenho e passa a ser compreendida como parâmetro jurídico da atividade processual, impondo deveres ao magistrado e aos demais sujeitos que participam da construção do procedimento.

Sob essa perspectiva, a eficiência não se limita à aferição posterior da qualidade da atividade jurisdicional, mas projeta efeitos sobre a condução do processo desde o seu desenvolvimento, estabelecendo deveres jurídicos que recaem sobre todos os sujeitos processuais¹⁷. A organização do processo passa, assim, a exigir comportamento cooperativo voltado à adequada utilização dos mecanismos processuais, de modo a favorecer a obtenção de resultados compatíveis com a finalidade da tutela jurisdicional¹⁸.

¹⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da "divisão do trabalho" entre juiz e partes: aspectos terminológicos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, p. 07-14, jan./mar. 1986.

¹⁸ CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. *O princípio da eficiência no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 88.

O reconhecimento da eficiência como princípio jurídico tem ampliado o debate acerca da extensão de seus efeitos sobre a conformação do processo civil. A discussão ultrapassa sua utilização como parâmetro de aferição da qualidade da prestação jurisdicional¹⁹ para alcançar a possibilidade de que esse princípio exerça influência direta sobre a aplicação das normas procedimentais. Nessa perspectiva, tem-se sustentado que, em determinadas circunstâncias, a incidência da eficiência pode justificar soluções interpretativas que flexibilizem a aplicação de regras processuais quando sua observância literal comprometer a adequada realização da finalidade do procedimento²⁰⁻²¹.

Não se trata, contudo, de reconhecer prevalência abstrata dos princípios sobre as regras²², mas de admitir que a solução de conflitos normativos exige atividade interpretativa compatível com os critérios de ponderação e fundamentação próprios do Estado Constitucional brasileiro²³. A adoção da eficiência como fundamento para a conformação do iter procedimental pressupõe, portanto, argumentação qualificada, apta a demonstrar a compatibilidade da medida com a estrutura normativa do ordenamento e com as garantias inerentes ao devido processo²⁴.

Nessa perspectiva, a atuação jurisdicional passa a

¹⁹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 233, p. 65-84, jul. 2014.

²⁰ CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. *O princípio da eficiência no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 107.

²¹ CABRAL, Antonio do Passo. New trends and perspectives on case management: Proposals on contract procedure and case assignment management. *Peking University Law Journal*, v. 6, n. 1, p. 5-54, 2018.

²² ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. Sobre princípios e regras. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, v. 4, n. 1, p. 4-24, jan./jun. 2017. p. 19-20.

²³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Princípio da eficiência. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 830, p. 709-714, dez. 2004. p. 714-715.

²⁴ DALL'ALBA, Felipe Camilo. A linguagem como projeto de eficiência da fundamentação das decisões. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1039, p. 309-321, mai. 2022. p. 315.

desenvolver-se em um espaço de equilíbrio entre a racionalização do procedimento e a preservação das garantias processuais, de modo que qualquer solução fundada na eficiência demanda fundamentação suficiente para justificar eventual mitigação da incidência de determinada disciplina legal²⁵.

A incidência da eficiência sobre o procedimento não se esgota, contudo, na solução de conflitos entre normas ou na eventual flexibilização de formas previamente estabelecidas. Ela também modifica a maneira pela qual o processo é planejado e conduzido. Se a adequação dos meios empregados depende das características concretas da controvérsia, a direção processual não pode permanecer limitada ao controle formal da sucessão dos atos previstos abstratamente em lei. Passa-se a exigir uma atividade de organização capaz de relacionar a estrutura procedimental, os recursos disponíveis e o resultado material pretendido pela tutela jurisdicional.

A incorporação de parâmetros voltados à racionalização da atividade jurisdicional repercute igualmente sobre a posição institucional do magistrado no desenvolvimento do processo. A direção processual deixa de ser compreendida exclusivamente como manifestação de poderes formais de condução dos atos procedimentais para incorporar atribuições relacionadas à organização e ao gerenciamento do procedimento, conferindo ao juiz papel relevante na administração do fluxo processual²⁶. Sob essa perspectiva, incumbe-lhe adotar medidas capazes de conferir maior funcionalidade ao processo, prevenindo atrasos injustificados, promovendo a adequada coordenação dos atos processuais e favorecendo a obtenção de tutela jurisdicional compatível com a utilização proporcional dos recursos

²⁵ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 192.

²⁶ BOCHENEK, Antônio César *et al.* *Manual luso-brasileiro de gestão judicial*. São Paulo: Almedina, 2018. p. 296.

disponíveis²⁷.

Essa dimensão, vale dizer, não autoriza compreender a eficiência como resultado exclusivo da atuação diretiva do órgão jurisdicional. A evolução das concepções contemporâneas acerca da gestão pública e da organização do processo revela progressiva valorização de modelos cooperativos, nos quais a construção do procedimento decorre da participação dos diversos sujeitos processuais²⁸. Nesse contexto, a racionalização processual não se identifica com mecanismos de centralização decisória, mas com a criação de espaços institucionais aptos a viabilizar a atuação colaborativa das partes na conformação do procedimento²⁹.

A transformação observada na organização contemporânea da jurisdição também alcança a própria compreensão acerca da autoridade exercida pelo magistrado. O modelo tradicional, estruturado sobre a centralidade da decisão estatal unilateral e sobre a concepção do processo como mecanismo destinado à aplicação vertical da norma jurídica, tem sido progressivamente substituído por uma perspectiva que atribui maior relevância à participação dos sujeitos processuais na construção da solução jurisdicional³⁰.

Sob essa orientação, a legitimidade da decisão deixa de decorrer exclusivamente da posição institucional do órgão julgador e passa a ser influenciada pela qualidade do procedimento que a antecede, especialmente pela efetiva

²⁷ CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. *O princípio da eficiência no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 119.

²⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 61.

²⁹ THAMAY, Rennan. *Ativismo judicial coparticipativo, colaborativo e dialogal: entre a jurisdição e a ficção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2025. RB-1.56.

³⁰ MAGNUSSON, Leonardo Peteno; SOUZA NETTO, José Laurindo de; FOGAÇA, Anderson Ricardo. O âmbito normativo da cooperação processual no processo civil brasileiro. *Gralha Azul: Periódico Científico da EJUD/PR*, Curitiba, n. 14, p. 75-86, out./nov. 2022. p. 82.

possibilidade de participação dos destinatários da tutela jurisdicional³¹. Em consequência, o processo passa a ser concebido como espaço institucional de interação, no qual a atividade jurisdicional se desenvolve mediante diálogo estruturado entre os sujeitos processuais, permitindo que os elementos fáticos, jurídicos e valorativos extraídos da experiência concreta das partes contribuam para a conformação da decisão judicial³².

Essa evolução metodológica harmoniza-se com a disciplina constitucional da Administração Pública brasileira, que consagra a eficiência entre os princípios expressamente previstos para orientar o exercício da função administrativa. A inserção desse princípio no artigo 37 da Constituição Federal não autoriza interpretação restritiva que o limite ao Poder Executivo ou às atividades tipicamente administrativas por ele desempenhadas³³. A referência constitucional dirige-se à Administração Pública em sentido material, alcançando toda atuação estatal que possua natureza administrativa, independentemente do órgão ou Poder responsável por sua execução.

Desse modo, as funções desempenhadas pelos órgãos do Poder Judiciário submetem-se aos mesmos parâmetros constitucionais de racionalidade, economicidade e desempenho que vinculam os demais segmentos da estrutura estatal³⁴. A eficiência, portanto, projeta efeitos sobre a administração da

³¹ MAGNUSSON, Leonardo Peteno; PAGANI, Lucas Augusto Gaioski; THAMAY, Rennan. Organização e saneamento do processo e contraditório participativo. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 118, p. 183-199, out./dez. 2023. p. 192.

³² THAMAY, Rennan; MAGNUSSON, Leonardo Peteno; MARCHINI, Gustavo. As partes interessadas e a gestão adequada de conflitos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1075, p. 287-306, mai. 2025. p. 300-301.

³³ SILVA NETO, Orlando; GICO JR., Ivo Teixeira. Notas preliminares sobre eficiência para o direito. *Revista de Análise Econômica do Direito*, São Paulo, v. 4, [n. p.], jul./dez. 2022.

³⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. Seminário "tendências recentes sobre economia e eficiência no processo civil". *Revista de Processo*, São Paulo, v. 223, p. 463-466, set. 2013. p. 463-464.

justiça, condicionando a organização dos serviços judiciários, a gestão dos recursos institucionais e a formulação de políticas voltadas ao funcionamento do sistema, circunstância que confere especial relevância à atuação do Conselho Nacional de Justiça como órgão responsável pela coordenação administrativa e pelo aperfeiçoamento da atividade judicial³⁵.

A mesma orientação encontra desenvolvimento na disciplina inaugurada pelo Código de Processo Civil de 2015, cuja elaboração foi marcada pela preocupação de aproximar a técnica processual dos compromissos constitucionais relacionados à efetividade da tutela jurisdicional³⁶. O artigo 8º do diploma processual estabelece diretrizes interpretativas que exigem a consideração das finalidades do processo e das exigências do bem comum na aplicação das normas processuais, abrindo espaço para que a eficiência seja compreendida como critério jurídico relevante na conformação da atividade jurisdicional³⁷. Nesse contexto, a racionalidade procedimental deixa de representar objetivo meramente administrativo para integrar a própria estrutura normativa do processo, orientando a interpretação dos institutos processuais em direção à obtenção de resultados compatíveis com a finalidade da tutela jurisdicional³⁸.

A incorporação da eficiência ao discurso jurídico, entretanto, não decorre exclusivamente de sua positivação constitucional e infraconstitucional. A evolução histórica dos

³⁵ DOURADO, Gabriel Peixoto. O modelo de regras processuais europeias de 2020 e o CPC/2015: entre pontos de convergências e omissões em torno da gestão de competência. *Revista ANEP de Direito Processual*, v. 3, n. 1, art. 118, p. 81-98, jan./jun. 2022.

³⁶ BORELLI, André Alia; LIGERO, Gilberto Notário; CANCIAN, Vinícius Marin. As condições da ação no CPC/2015 sob a ótica instrumentalista em busca da eficiência processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 282, p. 93-112, ago. 2018. p. 105.

³⁷ CALDEIRA, Adriano Cesar Braz. *Jurisdição e garantias fundamentais do processo*. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 86.

³⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 51.

sistemas de justiça demonstrou que a capacidade de resposta do aparato jurisdicional está condicionada à existência de mecanismos capazes de administrar adequadamente os recursos disponíveis e de assegurar desempenho institucional compatível com a crescente demanda por tutela jurisdicional³⁹. Sob essa perspectiva, a eficiência não se apresenta apenas como categoria normativa, mas como consequência das limitações estruturais inerentes ao funcionamento das instituições públicas⁴⁰.

A insuficiência de recursos humanos, financeiros, tecnológicos e temporais constitui elemento permanente da organização estatal, impondo a necessidade de estabelecer critérios para sua adequada alocação e utilização. A escassez, nesse contexto, representa dado objetivo da realidade institucional, cuja existência independe da disciplina jurídica e condiciona o próprio desenho das políticas públicas voltadas à administração da justiça⁴¹. A previsão constitucional da eficiência e sua reprodução em diplomas infraconstitucionais, como o Código de Processo Civil, conferem tratamento a uma exigência que já se impunha sob o ponto de vista funcional, traduzindo juridicamente uma necessidade inerente à própria organização dos sistemas institucionais⁴².

A escassez, todavia, não autoriza que a eficiência seja confundida com a mera redução da atuação jurisdicional ou com a adoção automática da alternativa menos onerosa. A racionalidade exigida pelo Estado Constitucional envolve a escolha de meios capazes de produzir resultados socialmente

³⁹ PASSONI, Marcos Paulo; SILVEIRA, Fabio Guedes Garcia da. Breve abordagem sobre alguns princípios constantes no projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 211, p. 239-260, set. 2012. p. 240-241.

⁴⁰ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo*: reflexões de um jurista que trafega na contramão. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 54.

⁴¹ MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia*. São Paulo: Cengage Learning, 2009. p. 4.

⁴² MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 386.

adequados dentro das possibilidades institucionais existentes. Isso demanda considerar não apenas o custo imediato da intervenção judicial, mas também a duração do conflito, a recorrência das violações, os efeitos produzidos sobre terceiros e a capacidade de a decisão modificar as causas que mantêm o estado de desconformidade.

Essa exigência se torna particularmente evidente quando a controvérsia não decorre de um ato isolado, mas do funcionamento inadequado de uma instituição, de uma política pública ou de uma estrutura social. Nesses casos, a decisão tradicional, concebida para reconhecer uma obrigação determinada e impor seu cumprimento imediato, pode revelar-se insuficiente ou mesmo gerar efeitos contraproducentes. A eficiência processual passa então a depender da correspondência entre a técnica jurisdicional utilizada e a complexidade do problema submetido ao Poder Judiciário. É nesse ponto que o processo estrutural se apresenta como possível forma de organização procedimental voltada à construção, à implementação e à revisão de soluções capazes de transformar progressivamente a realidade que origina a violação.

3 O PROCESSO ESTRUTURAL COMO MODELO DE TUTELA EFICIENTE DE LITÍGIOS COMPLEXOS

O processo estrutural deve ser compreendido, no percurso argumentativo desenvolvido, como resposta à insuficiência dos modelos processuais tradicionais para enfrentar situações de desconformidade cuja superação depende da reorganização continuada de instituições, práticas ou políticas públicas⁴³. Sua relação com a eficiência não decorre da promessa de uma solução necessariamente mais rápida ou menos onerosa, mas da possibilidade de ajustar a técnica

⁴³ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. *Curso de processo estrutural*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 63.

processual à natureza do problema. Em litígios dessa espécie, a eficiência reside na capacidade de estruturar uma intervenção que produza transformação material, preserve as garantias processuais e considere as limitações institucionais dos agentes responsáveis por sua implementação.

Sob uma perspectiva sistêmica, o Direito opera mediante estruturas próprias, mas permanece sujeito às perturbações produzidas pelos diferentes contextos sociais e institucionais com os quais se relaciona. Os litígios estruturais evidenciam essa dinâmica porque a intervenção jurídica modifica o ambiente sobre o qual incide e desencadeia reações que não podem ser integralmente antecipadas no momento da decisão⁴⁴. A solução jurisdicional deixa, por isso, de constituir um comando estático destinado à resolução de um episódio pretérito e passa a integrar um processo adaptativo, no qual as medidas adotadas devem ser avaliadas e eventualmente revistas à luz dos efeitos concretamente produzidos.

Acerca da complexidade, Vitorelli⁴⁵ a identifica como uma característica inerente às situações jurídicas nas quais o conflito pode ser solucionado por diferentes abordagens, todas capazes de atingir resultados satisfatórios. Essa multiplicidade de possibilidades, em vez de facilitar a escolha da solução adequada, gera um desafio interpretativo e decisório, dificultando a identificação da medida mais apropriada para garantir a tutela efetiva do bem jurídico envolvido.

Kania e Kramer⁴⁶ destacam que a análise de problemas complexos requer uma abordagem centrada na relação entre ações tomadas e os resultados potenciais que delas decorrem, com atenção especial à previsibilidade dessa interação. Na

⁴⁴ LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 37-42; 157.

⁴⁵ VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2022. p. 29-30.

⁴⁶ KANIA, John; KRAMER, Mark. Embracing emergence: how collective impact addresses complexity. *Stanford Social Innovation Review*, 2013. p. 2-3.

perspectiva dos autores, tem-se um problema complexo quando da introdução de novos elementos no sistema deriva incertezas quanto às consequências que poderão ocorrer. Essa dinâmica cria um ambiente de imprevisibilidade, no qual não se pode determinar de forma precisa como o sistema reagirá. Apesar disso, reconhece-se que o sistema tende a adotar mecanismos de ajuste para restabelecer uma forma de equilíbrio funcional⁴⁷.

Quer dizer, a compreensão dos Kania e Kramer⁴⁸ incorpora o reconhecimento de que, apesar dessa imprevisibilidade, sistemas complexos possuem mecanismos adaptativos que tendem a buscar um novo equilíbrio após sofrerem alterações. Esse equilíbrio não é fixo ou definitivo, mas dinâmico e instável, o que reflete a natureza mutável e resiliente de tais sistemas diante de desafios ou mudanças. Assim, eles enfatizam a importância de considerar não apenas as ações individuais, mas também os padrões de resposta sistêmica, mesmo que sejam intrinsecamente incertos.

Nesse contexto, a complexidade não decorre exclusivamente da coexistência de diferentes alternativas juridicamente admissíveis para o enfrentamento da controvérsia. Ela também se relaciona à necessidade de identificar, entre as possibilidades disponíveis, aquela que apresenta maior compatibilidade com os objetivos da tutela jurisdicional e com os valores que informam o ordenamento jurídico, sem desconsiderar os possíveis efeitos produzidos pelas medidas adotadas e pelas distintas formas de sua implementação.

Conforme Vitorelli⁴⁹, essa característica assume especial relevância nos litígios coletivos, nos quais a violação de determinado direito pode admitir múltiplas respostas

⁴⁷ LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2010. p. 69-70.

⁴⁸ KANIA, John; KRAMER, Mark. Embracing emergence: how collective impact addresses complexity. *Stanford Social Innovation Review*, 2013. p. 2-3.

⁴⁹ VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2022. p. 29.

jurisdicionais, cujos resultados concretos não são necessariamente equivalentes. A dificuldade reside, portanto, tanto na definição do conteúdo da decisão quanto na escolha dos instrumentos destinados à sua concretização. Nessas hipóteses, a tutela jurisdicional, compreendida como a transformação efetiva da realidade material submetida à apreciação judicial, não pode ser determinada mediante operação abstrata ou linear, pois envolve incertezas relacionadas ao reconhecimento do direito, à conformação do provimento e à produção empírica dos efeitos pretendidos. A complexidade manifesta-se, assim, na necessidade de construir e implementar uma resposta jurisdicional entre diferentes cursos de ação juridicamente possíveis, considerando as repercussões práticas associadas a cada um deles.

A incerteza quanto aos efeitos da intervenção também repercute sobre o modo de formação da decisão judicial. Quando as informações relevantes se encontram distribuídas entre diferentes instituições e grupos sociais, nenhuma delas, isoladamente, reúne conhecimento suficiente para antecipar todas as consequências das medidas possíveis. A participação e a cooperação deixam, assim, de representar apenas exigências de legitimidade procedimental e passam a desempenhar função cognitiva, pois ampliam a base informacional da decisão, permitem identificar obstáculos à execução e favorecem a correção das medidas que não produzam os resultados esperados.

Em casos que envolvem litígios complexos, a multiplicidade de caminhos possíveis para a solução das controvérsias destaca a relevância de estratégias que promovem a interação e o diálogo entre todas as partes interessadas. Conforme analisado por Arenhart, Osna e Jobim⁵⁰, a verdadeira superação dos desafios impostos pela complexidade não pode se

⁵⁰ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. *Curso de processo estrutural*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 64-65.

apoiar em iniciativas isoladas ou dispersas. Ainda que existam diversas possibilidades de ação por parte dos diferentes atores envolvidos, a resolução efetiva exige um movimento único, estruturado e coerente, capaz de integrar os esforços individuais em uma abordagem sistemática. Essa uniformidade é essencial para garantir que o sistema jurídico, mesmo diante de situações de desorganização, seja capaz de manter seu equilíbrio interno e sua funcionalidade adaptativa.

A proposta cooperativa no âmbito dos problemas estruturais fundamenta-se na adoção de uma solução construída de maneira dialogada e compartilhada entre os diversos agentes envolvidos, incluindo o Poder Judiciário. Esse modelo pressupõe uma atuação coordenada e marcada por autocontenção por todos os participantes, de modo a viabilizar uma organização conjunta que permita tratar o problema de forma eficaz⁵¹. Tal abordagem não desvirtua o papel institucional do Judiciário, mas busca equilibrar os diferentes valores que estão em disputa, promovendo uma solução que respeite o contexto normativo e constitucional⁵².

A utilidade desse modelo torna-se especialmente perceptível nas controvérsias relacionadas à concretização de direitos sociais. Em geral, tais direitos não se realizam mediante uma prestação isolada, pois dependem de planejamento, financiamento, capacidade administrativa e coordenação entre diferentes órgãos públicos. A violação submetida ao Judiciário pode, portanto, constituir manifestação individual de uma deficiência mais ampla, cuja correção demanda alterações progressivas na estrutura responsável pela prestação. O controle jurisdicional deve, nessas hipóteses, incidir sobre a racionalidade e a consistência da atuação estatal sem

⁵¹ SUNSTEIN, Cass R. Social and economic rights? Lessons from South Africa. *Forum Constitutionnel*, v. 11, n. 4, p. 123-132, 2000/2001. p. 130-131.

⁵² TUSHNET, Mark. Reflections on judicial enforcement of social and economic rights in the twenty-first century. *NUJS Law Review*, v. 4, n. 2, p. 177-187, abr./jun. 2011. p. 182-184.

desconsiderar a distribuição constitucional de competências.

A concretização judicial dos direitos sociais exige uma técnica de controle compatível com a forma pela qual essas posições jurídicas se realizam no plano institucional. Como sua efetividade depende da articulação entre planejamento governamental, disponibilidade financeira, capacidade administrativa e definição de prioridades, a análise jurisdicional não pode ser reduzida à verificação binária entre o deferimento da prestação individual e a abstenção judicial.

Ao examinar o caso *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom*, Sunstein⁵³ situa o problema no campo da justificação das escolhas públicas. O objeto do controle desloca-se, desse modo, da entrega isolada de determinado bem para a consistência do programa estatal destinado à realização do direito. Cabe investigar se a atuação administrativa foi precedida de diagnóstico suficiente, se contemplou as situações de maior urgência, se estabeleceu critérios coerentes para a distribuição dos recursos e se oferece condições verificáveis de execução ao longo do tempo.

Essa perspectiva aproxima a tutela constitucional dos mecanismos de fiscalização próprios do direito administrativo, pois submete a política pública a um dever de fundamentação sem transferir integralmente ao julgador a competência para concebê-la. A razoabilidade opera, nesse quadro, como parâmetro para aferir a adequação entre as obrigações constitucionais, as prioridades estabelecidas e os meios efetivamente mobilizados pelo poder público.

Bem por isso, a concepção cooperativa não está isenta de desafios. As limitações inerentes ao próprio diálogo, aos agentes que dele participam e à complexidade das questões em pauta podem dificultar tanto a harmonização dos valores quanto a

⁵³ SUNSTEIN, Cass R. Social and economic rights? Lessons from South Africa. *Forum Constitutionnel*, v. 11, n. 4, p. 123-132, 2000/2001. p. 130.

definição de medidas efetivas para solucionar os conflitos⁵⁴, o que surge, por vezes, de limitações institucionais ao próprio Judiciário⁵⁵. Essas dificuldades estão frequentemente relacionadas às limitações institucionais (compreendidas em sua capacidade de promover justiça⁵⁶), que podem comprometer a capacidade do diálogo em produzir resultados efetivos e adequados às exigências constitucionais e sociais.

O reconhecimento dessas limitações impede que o processo estrutural seja apresentado como solução universal para qualquer controvérsia complexa. Sua utilização somente se justifica quando a natureza da desconformidade exigir acompanhamento continuado, participação ampliada e possibilidade de revisão das medidas implementadas. A adoção de um processo estrutural em situações que poderiam ser adequadamente resolvidas pelos instrumentos ordinários produziria aumento desnecessário de custos, duração e complexidade, contrariando a própria eficiência que se pretende realizar.

Em sentido inverso, diante de violações sistêmicas, a insistência em respostas individuais, fragmentadas e temporalmente desconectadas pode consumir recursos institucionais sem alterar as condições que reproduzem o conflito. A eficiência processual, sob as exigências do Estado Constitucional, deve ser aferida pela aptidão do processo para entregar uma tutela adequada à natureza do direito e às características da realidade sobre a qual incide. O processo estrutural revela sua relevância precisamente nesse domínio, ou seja, não como mecanismo de simplificação da atividade jurisdicional, mas como técnica de organização de intervenções complexas, voltada a coordenar capacidades institucionais,

⁵⁴ SUNSTEIN, Cass R. Interpretation and institutions. *Michigan Law Review*, v. 101, p. 885-951, fev. 2003. p. 947-948.

⁵⁵ PACELLE JR., Richard L. *The role of the Supreme Court in American Politics: the least dangerous branch?* New York: Routledge, 2018.

⁵⁶ SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 112.

controlar resultados e promover a transformação progressiva de estados persistentes de desconformidade.

CONCLUSÃO

No Estado Constitucional, a eficiência encontra-se subordinada às finalidades, aos direitos e às garantias estabelecidos pela ordem jurídica. A contribuição de uma perspectiva comprometida com a justiça e a igualdade permite afastar a suposta neutralidade da racionalidade econômica e reconhecer que nem todo resultado quantitativamente superior pode ser considerado juridicamente legítimo. Desse modo, a utilização eficiente dos recursos públicos deve ser conciliada com a proteção dos direitos fundamentais, a igualdade de oportunidades e a preservação das posições jurídicas que não podem ser sacrificadas em nome de ganhos coletivos abstratamente considerados.

A incorporação dessa categoria ao processo civil também exige a superação de uma compreensão centrada exclusivamente na celeridade, na produtividade ou na redução do acervo judicial. A eficiência processual deve ser aferida pela capacidade do processo de empregar meios proporcionais à natureza da controvérsia e de produzir uma tutela materialmente adequada, sem afastar o contraditório, a fundamentação, a participação e as demais garantias do devido processo. Isso significa que um processo mais rápido ou menos oneroso não será necessariamente eficiente se o resultado alcançado não for capaz de realizar o direito reconhecido ou se decorrer da restrição injustificada das garantias processuais.

Nesse sentido, a eficiência exerce influência tanto sobre a administração do sistema de justiça quanto sobre a conformação do processo. No primeiro plano, orienta a distribuição dos recursos, a organização dos serviços judiciários e a formulação de políticas institucionais. No segundo, repercute

sobre a interpretação das normas processuais, o gerenciamento do processo e a adequação das técnicas jurisdicionais às características concretas do conflito. Em ambas as dimensões, a escassez de recursos humanos, financeiros, tecnológicos e temporais impõe escolhas, mas não autoriza a simples redução da proteção jurisdicional. Ao contrário, exige que os recursos disponíveis sejam empregados de forma racional para proporcionar resultados compatíveis com as finalidades constitucionais da jurisdição.

Essa compreensão mostra-se particularmente relevante nos litígios complexos, nos quais a violação de direitos decorre do funcionamento inadequado de instituições, políticas públicas ou estruturas sociais. Nessas situações, a decisão tradicional, construída para resolver uma relação bilateral por meio da imposição de uma obrigação previamente delimitada, pode produzir efeitos pontuais sem modificar as causas que mantêm o estado de desconformidade. A fragmentação das respostas jurisdicionais, além de consumir recursos institucionais, pode gerar determinações contraditórias e transferir para o momento da execução dificuldades que não foram adequadamente consideradas durante a formação da decisão.

Dessa feita, o processo estrutural pode constituir uma técnica de realização da eficiência processual compatível com as exigências do Estado Constitucional quando a natureza sistêmica e a complexidade do litígio tornarem insuficientes os instrumentos processuais ordinários. Sua contribuição decorre da possibilidade de organizar uma intervenção continuada, participativa e adaptável, capaz de reunir informações dispersas, coordenar os agentes envolvidos, estabelecer objetivos progressivos e revisar as medidas adotadas de acordo com os resultados concretamente produzidos. A eficiência desse modelo não está, portanto, na simplificação do conflito, mas na correspondência entre a estrutura do procedimento e as características do problema submetido à jurisdição.

O processo estrutural favorece uma tutela eficiente quando sua utilização é justificada pela dimensão estrutural da violação e sua condução assegura participação adequada, cooperação institucional, flexibilidade procedimental, monitoramento dos resultados e fundamentação das escolhas. Esses elementos permitem ampliar a base informacional da decisão, identificar obstáculos à execução e corrigir medidas que não produzam os efeitos esperados. Ao mesmo tempo, preservam a legitimidade da intervenção judicial ao impedir que a adaptação do processo se converta em atuação arbitrária ou em transferência integral ao Poder Judiciário das atribuições próprias das instituições responsáveis pela formulação e execução das políticas públicas.

O processo estrutural, contudo, não representa solução universal para toda controvérsia complexa. Sua duração, seus custos de participação, as dificuldades de coordenação e os limites cognitivos e institucionais do órgão julgador podem reduzir ou mesmo inviabilizar os benefícios pretendidos. Quando os mecanismos processuais ordinários forem suficientes para proporcionar tutela adequada, a adoção de um processo estrutural poderá acrescentar complexidade desnecessária e contrariar a própria exigência de eficiência. A escolha dessa técnica deve resultar, portanto, de situação que evidencie a inadequação dos instrumentos tradicionais, a necessidade de intervenção continuada e a proporcionalidade entre os recursos mobilizados e a transformação material pretendida.

Conclui-se, por fim, que a relação entre eficiência e processo estrutural não pode ser estabelecida em termos abstratos ou automáticos. O processo estrutural será eficiente na medida em que possibilitar a superação progressiva do estado de desconformidade, sem comprometer as garantias processuais, os direitos fundamentais e a distribuição constitucional de competências. A eficiência processual, nessa perspectiva, deixa de significar simplesmente fazer mais em menor tempo e passa

a expressar a capacidade de organizar uma tutela adequada à realidade do conflito. É essa adequação entre meios processuais, limitações institucionais e resultados constitucionalmente legítimos que justifica a utilização do processo estrutural no enfrentamento de violações complexas e persistentes.



REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Princípio da eficiência. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 830, p. 709-714, dez. 2004.
- ARAGÓN, Nuria Querol. *Análisis económico del derecho*. Madrid: Dykinson, 2014.
- ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. *Curso de processo estrutural*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.
- ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. Sobre princípios e regras. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, v. 4, n. 1, p. 4-24, jan./jun. 2017.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da "divisão do trabalho" entre juiz e partes: aspectos terminológicos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, p. 07-14, jan./mar. 1986.
- BOCHENEK, Antônio César *et al.* *Manual luso-brasileiro de gestão judicial*. São Paulo: Almedina, 2018.
- BORELLI, André Alia; LIGERO, Gilberto Notário; CANCIAN, Vinícius Marin. As condições da ação no CPC/2015 sob a ótica instrumentalista em busca da eficiência

- processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 282, p. 93-112, ago. 2018.
- BULLARD, Alfredo. *Análisis económico del derecho*. Lima: Fondo Editorial, 2019.
- CABRAL, Antonio do Passo. New trends and perspectives on case management: Proposals on contract procedure and case assignment management. *Peking University Law Journal*, v. 6, n. 1, p. 5-54, 2018.
- CALDEIRA, Adriano Cesar Braz. *Jurisdição e garantias fundamentais do processo*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo*: reflexões de um jurista que trafega na contramão. Salvador: JusPodivm, 2013.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Seminário "tendências recentes sobre economia e eficiência no processo civil". *Revista de Processo*, São Paulo, v. 223, p. 463-466, set. 2013.
- CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. *O princípio da eficiência no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 233, p. 65-84, jul. 2014.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.
- DALL'ALBA, Felipe Camilo. A linguagem como projeto de eficiência da fundamentação das decisões. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1039, p. 309-321, mai. 2022.
- DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

- DOURADO, Gabriel Peixoto. O modelo de regras processuais europeias de 2020 e o CPC/2015: entre pontos de convergências e omissões em torno da gestão de competência. *Revista ANNEP de Direito Processual*, v. 3, n. 1, art. 118, p. 81-98, jan./jun. 2022.
- HICKS, John R. The foundations of welfare economics. *The Economic Journal*, v. 49, n. 196, p. 696-712, dez. 1939.
- KALDOR, Nicholas. Welfare propositions of economics and interpersonal comparisons of utility. *The Economic Journal*, v. 49, n. 195, p. 549-552, set. 1939.
- KANIA, John; KRAMER, Mark. Embracing emergence: how collective impact addresses complexity. *Stanford Social Innovation Review*, 2013.
- LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2010.
- MAGNUSSON, Leonardo Peteno; PAGANI, Lucas Augusto Gaioski; THAMAY, Rennan. Organização e saneamento do processo e contraditório participativo. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 118, p. 183-199, out./dez. 2023.
- MAGNUSSON, Leonardo Peteno; SOUZA NETTO, José Laurindo de; FOGAÇA, Anderson Ricardo. O âmbito normativo da cooperação processual no processo civil brasileiro. *Gralha Azul: Periódico Científico da EJUD/PR*, Curitiba, n. 14, p. 75-86, out./nov. 2022.
- MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia*. São Paulo: Cengage Learning, 2009.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- PACELLE JR., Richard L. *The role of the Supreme Court in American Politics: the least dangerous branch?* New York: Routledge, 2018.

- PARETO, Vilfredo. *Manual de economia política*. São Paulo: Nova Cultural, 1996.
- PASSONI, Marcos Paulo; SILVEIRA, Fabio Guedes Garcia da. Breve abordagem sobre alguns princípios constantes no projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 211, p. 239-260, set. 2012.
- SANTOS FILHO, Sirio Vieira dos. A eficiência sob a perspectiva da análise econômica do direito. *Justiça do Direito*, Passo Fundo, v. 30, n. 2, p. 210-226, mai./ago. 2016.
- SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- SILVA NETO, Orlando; GICO JR., Ivo Teixeira. Notas preliminares sobre eficiência para o direito. *Revista de Análise Econômica do Direito*, São Paulo, v. 4, [n. p.], jul./dez. 2022.
- SUNSTEIN, Cass R. Interpretation and institutions. *Michigan Law Review*, v. 101, p. 885-951, fev. 2003.
- SUNSTEIN, Cass R. Social and economic rights? Lessons from South Africa. *Forum Constitutionnel*, v. 11, n. 4, p. 123-132, 2000/2001.
- SZTAJN, Rachel. Law & Economics. In: SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio. *Direito e economia: Análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- THAMAY, Rennan. *Ativismo judicial coparticipativo, colaborativo e dialogal: entre a jurisdição e a ficção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2025.
- THAMAY, Rennan; MAGNUSSON, Leonardo Peteno; MARCHINI, Gustavo. As partes interessadas e a gestão adequada de conflitos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1075, p. 287-306, mai. 2025.
- TORRES, Ricardo Lobo. Justiça distributiva. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 70, p. 27-39, out./dez. 1995.

TUSHNET, Mark. Reflections on judicial enforcement of social and economic rights in the twnty-first century. *NUJS Law Review*, v. 4, n. 2, p. 177-187, abr./jun. 2011.

VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2022.

PLANEJAMENTO PÚBLICO E CAPACIDADE MUNICIPAL DE EXECUÇÃO: ANÁLISE JURÍDICO-ECONÔMICA

Eliseu Raphael Venturi¹

Resumo: O artigo examina a distância entre planejamento público formal e capacidade municipal de execução, propondo uma leitura jurídico-econômica do planejamento como instituição de redução de incertezas, coordenação de escolhas e produção de capacidade estatal. Parte-se da hipótese de que muitos déficits de implementação não decorrem apenas da ausência de recursos, mas da fragilidade de rotinas capazes de converter diagnósticos, normas e prioridades em projetos, orçamento, contratação, fiscalização, controle preventivo e aprendizagem administrativa. O método é teórico-normativo e institucional: reconstrói contribuições da economia institucional, da literatura de implementação e capacidade estatal e do Direito Público brasileiro para formular um modelo analítico aplicável à gestão municipal. Sustenta-se que planos públicos devem ser avaliados menos pela sua existência documental e mais pela sua aptidão para estruturar decisões sob escassez, assimetria de informação, risco e responsabilidade. O município brasileiro é utilizado como campo privilegiado por combinar proximidade social, atribuições extensas e desigualdades administrativas relevantes, mas o argumento interessa a sistemas descentralizados em geral. Ao final, apresenta-se uma matriz de conversão do planejamento formal em capacidade de execução, articulando evidências, legalidade

¹ Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Pós-Doutor em Direito e Novas Tecnologias pela Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria (UNIRC/Itália). Advogado. Entre 2019 e 2026, foi assessor junto à Secretaria de Planejamento do Estado do Paraná, prestando apoio direto e capacitação aos 399 municípios paranaenses. <http://lattes.cnpq.br/7838065983443736> | eliseurventuri@gmail.com

material, priorização, viabilidade, instrumentos jurídicos, governança, controle preventivo e monitoramento. Conclui-se que o planejamento institucionalizado funciona como infraestrutura de desenvolvimento territorial e como mecanismo de qualificação democrática da decisão administrativa.

Palavras-Chave: Direito e Economia; planejamento público; capacidade estatal; municípios; desenvolvimento territorial.

PUBLIC PLANNING AND MUNICIPAL IMPLEMENTATION CAPACITY: A LAW-AND-ECONOMICS ANALYSIS

Abstract: This article examines the gap between formal public planning and municipal implementation capacity, offering a law-and-economics account of planning as an institution that reduces uncertainty, coordinates choices, and builds state capacity. It argues that many implementation deficits do not result solely from scarcity of financial resources, but from fragile routines unable to convert diagnoses, legal duties, and political priorities into projects, budgets, procurement, contract monitoring, preventive control, and administrative learning. The method is theoretical, normative, and institutional: the article reconstructs contributions from institutional economics, implementation studies, state-capacity literature, and Brazilian public law in order to formulate an analytical model applicable to municipal governance. Public plans, it claims, should be assessed less by their documentary existence than by their ability to structure decisions under scarcity, information asymmetry, risk, and accountability. The Brazilian municipality is used as a privileged field of observation because it combines social proximity, extensive responsibilities, and major administrative inequalities, although the argument is relevant to decentralized systems more broadly. The article concludes by presenting a conversion matrix from formal planning to implementation capacity, connecting

evidence, substantive legality, prioritization, feasibility, legal instruments, governance, preventive control, and monitoring. It concludes that institutionalized public planning operates as infrastructure for territorial development and as a mechanism for the democratic qualification of administrative decision-making.

Keywords: Law and Economics; public planning; state capacity; municipalities; territorial development.

Sumário: 1. Introdução. 2. Direito e Economia para além do cálculo de eficiência. 3. Planejamento público como instituição econômica. 4. Capacidade estatal local e assimetrias federativas. 5. Custos institucionais do planejamento municipal. 6. Legalidade material, orçamento e contratação. 7. Controle preventivo, evidências e accountability. 8. Cooperação federativa e apoio técnico. 9. Matriz de conversão do planejamento em capacidade de execução. 10. Limites do argumento e cautelas normativas. 11. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

O planejamento público ocupa uma posição ambígua nas administrações contemporâneas. De um lado, é exigido como condição de racionalidade, de legalidade, de responsabilidade fiscal, de transparência e de controle. De outro, tornou-se, muitas vezes, uma linguagem burocrática de baixa consequência: produz documentos, organogramas, relatórios e compromissos programáticos que não chegam a reorganizar prioridades, contratos, dotações, capacidades técnicas, rotinas de monitoramento ou modos de decidir. A tensão está entre plano e execução, entre planejamento como forma e planejamento como capacidade institucional, problema recorrente na literatura de implementação, decisão administrativa e reforma da gestão pública (Simon, 1997; Pressman; Wildavsky, 1984; Pollitt;

Bouckaert, 2017).

Essa tensão ganha maior densidade quando observada no nível municipal². O município é o lugar em que a demanda social aparece com menor mediação: a rua sem pavimentação, a escola sem manutenção, o contrato mal fiscalizado, a drenagem insuficiente, o resíduo sem pesagem, a unidade de saúde pressionada, o projeto que perde prazo por ausência de documento técnico. Ao mesmo tempo, é também a escala em que se acumulam limitações de equipe, assimetrias de informação, baixa especialização, dependência de transferências, pressão política imediata e descontinuidade administrativa. No caso brasileiro, a federação reúne 5.570 municípios, com enorme diversidade territorial, fiscal, demográfica e administrativa, dado que torna insuficiente qualquer teoria homogênea da capacidade local (Lipsky, 1980; Arretche, 2012; Lotta, 2019; IBGE, 2026).

O problema jurídico-econômico não consiste, portanto, em perguntar se os municípios devem planejar. Esse dever já decorre de uma constelação normativa formada pela Constituição, pelas regras orçamentárias, pela responsabilidade fiscal, pela legislação de contratações, pelos regimes de controle e pelos instrumentos setoriais de políticas públicas (Brasil, 1988; Brasil, 2000; Brasil, 2021; Bucci, 2002). A questão mais difícil é outra: quais condições fazem com que o planejamento deixe de ser uma peça formalmente defensável e passe a funcionar como uma infraestrutura de execução? A pergunta desloca o foco da existência do plano para a qualidade institucional do processo que o produz, atualiza e conecta a decisões concretas.

A hipótese deste artigo é a de que o planejamento público deve ser compreendido, à luz do Direito e da Economia institucional, como uma tecnologia de redução de incertezas, de coordenação de escolhas e de produção de capacidade estatal (North,

² Relato completo da experiência do autor em um programa de apoio ao planejamento municipal no Estado do Paraná: <https://revista.tce.pr.gov.br/data/files/16/80/20/A1/8F17C9105F1F17C9680829C2/4Artigo-3-N49-2025-1.pdf>

1990; Williamson, 1985; Gomide; Pires, 2014). Essa tecnologia não se resume à previsão de metas. O planejamento, assim, envolve a construção de informação confiável, a seleção de prioridades sob escassez, a distribuição de responsabilidades, a tradução de problemas em projetos, a vinculação orçamentária, a preparação da contratação pública, a gestão de riscos, o controle preventivo e a aprendizagem administrativa. Quando essas dimensões não são incorporadas, o plano pode conservar aparência jurídica e perder relevância econômica; pode cumprir uma exigência procedimental e deixar intacta a incapacidade que pretendia enfrentar (Pressman; Wildavsky, 1984; Andrews; Pritchett; Woolcock, 2017).

O artigo adota método teórico-normativo e institucional. Não realiza estudo empírico de caso nem avaliação estatística de desempenho municipal. Seu objetivo é reconstruir categorias da economia institucional, da literatura de implementação e capacidade estatal e do Direito Público brasileiro para formular um modelo analítico de conversão do planejamento formal em capacidade de execução. A contribuição, portanto, não está na mensuração de um município específico, mas na organização de uma gramática conceitual aplicável à revisão de planos, rotinas, projetos, orçamentos, contratações e controles em administrações locais (Coase, 1960; North, 1990; Bucci, 2006; Gomide; Pires, 2014).

O município brasileiro é tomado como campo privilegiado de observação, não como limite do argumento. Várias democracias enfrentam problema semelhante: a distância entre programas normativamente autorizados e estruturas administrativas capazes de executá-los (Pressman; Wildavsky, 1984; Lotta, 2019). A especificidade brasileira está na intensidade da descentralização municipal, na pluralidade de deveres atribuídos às administrações locais e na desigualdade de recursos para cumprir esses deveres. Por isso, o caso brasileiro interessa também a sistemas descentralizados em geral: nele se tornam especialmente

visíveis as tensões entre atribuição normativa, restrição fiscal, coordenação intergovernamental e capacidade administrativa real.

A contribuição pretendida é dupla. Em primeiro lugar, propor uma leitura jurídico-econômica do planejamento que não reduza a Administração Pública a uma unidade maximizadora de eficiência, mas também não trate a legalidade como linguagem indiferente a custos, incentivos, informação e consequências. Em segundo lugar, organizar uma matriz de conversão do planejamento formal em capacidade de execução, destacando o papel do controle preventivo, das evidências, da cooperação federativa e da governança local. O argumento central é simples apenas em sua formulação: sem capacidade de execução, o planejamento público se torna promessa sem sistema; sem planejamento juridicamente estruturado, a execução se torna improvisado com risco elevado de desperdício, captura e descontinuidade (Sen, 1999; Calabresi, 1970; Bovens, 2007).

2. DIREITO E ECONOMIA PARA ALÉM DO CÁLCULO DE EFICIÊNCIA

A aproximação entre Direito e Economia tem sido frequentemente identificada com a análise de incentivos, custos e eficiência.³ Essa associação é correta, mas incompleta. Em sua versão mais pobre, transforma a eficiência em critério exterior

³ As premissas críticas da relação entre Direito e Economia deste artigo foram produzidas em parte significativa durante a participação, entre 2008 e 2010, do grupo de pesquisa Análise Econômica do Direito Empresarial, junto ao Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA, coordenado pelo Prof. Dr. Fabio Leandro Tokars. A pesquisa do grupo se desenvolveu tendo por objeto a Análise Econômica do Direito, com enfoque filosófico e dogmático, examinando a relação entre direito, empreendedorismo e desenvolvimento econômico-social. O estudo abordou teorias do círculo econômico virtuoso, como estímulo à atividade empresarial, geração de empregos, inovação tecnológica, circulação de riquezas e aumento da arrecadação tributária. Também analisou o papel funcional do direito na criação de segurança jurídica, redução de riscos patrimoniais do empreendedor e proteção ao crédito, com atenção especial às microempresas e empresas de pequeno porte.

ao Direito e converte a complexidade institucional em problema de cálculo. Em sua versão mais fecunda, permite compreender que normas jurídicas, organizações públicas, contratos, direitos, deveres procedimentais e sistemas de controle estruturam comportamentos sob condições de escassez, incerteza e conflito. O Direito não é um ornamento normativo colocado depois da decisão econômica; é parte do ambiente que torna determinadas escolhas possíveis, legítimas, previsíveis ou custosas (Coase, 1960; Calabresi, 1970; North, 1990).

A economia institucional oferece um ponto de partida especialmente útil. Em Coase, a firma aparece como resposta a custos de transação que impedem a coordenação puramente mercantil (Coase, 1937). Em outro registro, o problema do custo social mostra que a atribuição de direitos e a estrutura das transações importam para a forma como conflitos são resolvidos (Coase, 1960). North amplia esse horizonte ao definir instituições como regras formais e informais que estruturam a interação humana, reduzindo incertezas e moldando incentivos (North, 1990). Williamson, por sua vez, mostra que arranjos de governança existem porque contratos são incompletos, agentes possuem racionalidade limitada e as transações variam em especificidade, frequência e incerteza (Williamson, 1985).

Quando esses elementos são levados para o campo público, o planejamento deixa de parecer mero exercício documental. Ele passa a ser visto como arranjo institucional de coordenação em ambiente de informação imperfeita. O Estado decide sob restrições: recursos escassos, prazos, demandas concorrentes, competências distribuídas, fragmentação burocrática, regras fiscais, riscos de responsabilização, dependência de fornecedores, assimetria entre centro e periferia administrativa e pressões políticas de curto prazo. Planejar é criar algum grau de inteligibilidade coletiva para esse conjunto de restrições. A questão não é eliminar a incerteza, o que seria impossível, mas reduzir a sua arbitrariedade (Simon, 1997; North, 1990; Williamson, 1985).

O diálogo com Ostrom também é decisivo. A autora demonstrou que a governança de bens comuns depende de regras, monitoramento, sanções graduais, arenas de decisão e adaptação institucional, recusando a alternativa simplista entre mercado e Estado centralizado (Ostrom, 1990; 2005). Essa perspectiva ilumina políticas públicas municipais porque muitos problemas locais possuem natureza comum ou interdependente: saneamento, resíduos, mobilidade, uso do solo, drenagem, equipamentos públicos, segurança alimentar, proteção ambiental e desenvolvimento econômico territorial. A resposta raramente está em um ato unilateral isolado. Depende de arranjos cooperativos, informação partilhada e regras que transformem problemas difusos em responsabilidades verificáveis.

A contribuição de Sen recoloca o debate em outro patamar normativo. Desenvolvimento não é apenas crescimento agregado ou eficiência alocativa; é expansão de capacidades, liberdades e condições reais de escolha (Sen, 1999). Essa advertência é indispensável para uma leitura jurídica da economia pública. A Administração não pode adotar eficiência como sinônimo de redução imediata de despesa, nem tratar o custo como argumento automático contra direitos. A economia relevante para o Direito Público é aquela que explicita escolhas, revela trade-offs, informa prioridades e ajuda a produzir resultados socialmente justificáveis. A racionalidade econômica é auxiliar da deliberação pública, não substituta da legitimidade constitucional.

Daí a necessidade de distinguir eficiência instrumental de efetividade pública. Eficiência, em sentido administrativo-jurídico, não pode ser reduzida a uma razão entre insumos e produtos. Ela deve ser lida em conexão com finalidade, equidade, legalidade, transparência, sustentabilidade fiscal e proteção de direitos. Uma política local pode ser barata e regressiva; pode ser rápida e juridicamente frágil; pode apresentar indicador favorável e esconder exclusões territoriais. A análise econômica

do Direito, se aplicada sem prudência, corre o risco de naturalizar desigualdades existentes como se fossem preferências reveladas. Aplicada com densidade institucional, permite justamente o contrário: examinar como regras, capacidades e incentivos produzem ou reduzem desigualdades de acesso ao Estado (Sen, 1999; Sen, 2009; Bucci, 2006; Calabresi, 1970).

Essa compreensão é particularmente relevante para o planejamento municipal. O município não é apenas uma unidade executora inferior na cadeia federativa. É um centro de decisão dotado de competências, responsabilidades e accountability própria, embora frequentemente dependente de cooperação técnica e financeira (Abrucio, 2005; Arretche, 2012).

Desse modo, a leitura jurídico-econômica deve evitar o formalismo, que presume que a edição de planos ou leis resolve o problema administrativo; e o economicismo, que desconsidera a forma jurídica como condição de impessoalidade, controle e estabilidade. A execução pública exige o encontro entre forma e capacidade. O plano é um dos lugares desse encontro (North, 1990; Bucci, 2002; Williamson, 1985).

3. PLANEJAMENTO PÚBLICO COMO INSTITUIÇÃO ECONÔMICA

Há uma diferença relevante entre plano como documento e planejamento como instituição. O documento é apenas o registro de uma escolha, de uma projeção ou de uma obrigação. A instituição é o conjunto de regras, práticas, competências, informações, incentivos e mecanismos de revisão que torna esse registro capaz de orientar condutas. Um município pode possuir plano diretor, plano plurianual, plano de saneamento, plano de mobilidade, plano de resíduos, planejamento anual de contratações e diversos instrumentos setoriais, e ainda assim decidir de modo episódico, reativo e pouco transparente. O problema, nesses casos, não é a ausência de textos; é a baixa

institucionalização do planejamento (North, 1990; March; Olsen, 1989; Scott, 2014).

A primeira função econômica do planejamento público é informacional. Decisões públicas são tomadas sob assimetria de informação: gestores não conhecem plenamente a demanda, a capacidade instalada, os custos reais, os riscos jurídicos, as alternativas tecnológicas ou a viabilidade orçamentária. A informação dispersa entre secretarias, prestadores, conselhos, sistemas federais, órgãos de controle e comunidades locais raramente se converte espontaneamente em inteligência decisória. Planejar significa reunir, selecionar e interpretar informações relevantes antes que a urgência decida no lugar da Administração (Simon, 1997; Majone, 1989; Lindblom, 1959).

Essa função informacional possui dimensão jurídica. O Direito Público exige motivação, transparência, controle e vinculação a finalidades públicas. Sem informação mínima, a motivação degenera em fórmula; a transparência exhibe dados que não explicam decisões; o controle avalia a conformidade de procedimentos sem compreender o problema; e a finalidade pública se torna uma declaração genérica. A informação é, nesse sentido, matéria-prima da legalidade material. Não basta que o ato administrativo cite a lei. Ele precisa demonstrar conexão razoável entre problema, competência, alternativa escolhida, custo, risco e resultado esperado (Bucci, 2002; Majone, 1989; Brasil, 2018).

A segunda função é coordenativa. Políticas locais atravessam estruturas administrativas que não foram desenhadas para problemas complexos. Drenagem envolve obras, meio ambiente, defesa civil, planejamento urbano, finanças e contratação. Resíduos sólidos exigem limpeza urbana, fiscalização contratual, educação ambiental, cobrança, dados operacionais, consórcios, licenciamento e controle social. Desenvolvimento econômico territorial depende de infraestrutura, qualificação, crédito, uso do solo, compras públicas, inovação, assistência social e articulação privada. O organograma separa; o problema

combina. Planejar é criar mecanismos para que a combinação não dependa apenas de relações pessoais entre gestores (Ostrom, 2005; Christensen; Laegreid, 2007; Lotta, 2019).

A terceira função é de priorização. Toda política pública opera sob escassez. Quando o planejamento ignora esse dado, produz listas extensas de desejos administrativos e amplia a frustração institucional. A prioridade não é somente uma preferência política. É uma escolha que deve ser justificável diante de critérios públicos: gravidade do problema, população afetada, risco de dano, custo de inação, maturidade do projeto, oportunidade de financiamento, capacidade de execução, efeitos distributivos e compatibilidade normativa. O Direito e a Economia se encontram exatamente nesse ponto: a escolha é política, mas não deveria ser opaca; envolve valores, mas também custos de oportunidade (Simon, 1997; Bardach, 2012; Sen, 1999).

A quarta função é de compromisso. Planos públicos distribuem expectativas entre cidadãos, gestores, servidores, fornecedores, órgãos de controle e demais entes federativos. Eles podem reduzir volatilidade decisória e proteger políticas contra a improvisação permanente. Essa função, entretanto, não deve ser confundida com rigidez. O plano que não admite revisão diante de novas evidências converte compromisso em cegueira. O bom planejamento é firme quanto aos problemas prioritários e flexível quanto aos meios, desde que a mudança seja motivada, transparente e institucionalmente controlável (North, 1990; Pierson, 2000; March; Olsen, 1989).

A quinta função é de preparação da execução. Talvez seja a mais negligenciada. Muitos planos indicam objetivos e metas, mas não descem ao nível em que a Administração efetivamente age: projetos, termos de referência, estudos técnicos, matrizes de risco, estimativas de custo, cronogramas, fontes de financiamento, licenças, responsabilidades, indicadores de acompanhamento e instrumentos contratuais. A lacuna entre meta e contratação é um dos lugares mais frequentes do fracasso

público. Um plano que não prepara a execução transfere o problema para o momento mais caro, mais urgente e mais sujeito a erro (Pressman; Wildavsky, 1984; Elmore, 1979; Brasil, 2021).

A sexta função é de aprendizagem. A administração local não aprende apenas porque executa; aprende quando registra, compara, revisa e compartilha a experiência. O planejamento deve estabelecer o que será observado durante a execução e como a informação retornará ao ciclo decisório. Sem isso, cada gestão recomeça do zero, cada contrato repete falhas já conhecidas, cada capacitação se perde em rotatividade de equipes e cada indicador vira retrato sem consequência. A aprendizagem institucional é um ativo econômico porque reduz custos futuros de decisão e aumenta a qualidade das respostas públicas (Argyris; Schon, 1978; Moynihan, 2008; Pollitt; Bouckaert, 2017).

4. CAPACIDADE ESTATAL LOCAL E ASSIMETRIAS FEDERATIVAS

A literatura sobre capacidade estatal mostra que políticas públicas não dependem apenas de desenho normativo ou vontade política. Dependem de organizações capazes de diagnosticar problemas, mobilizar recursos, coordenar atores, implementar instrumentos, lidar com conflitos, adaptar-se e prestar contas (Gomide; Pires, 2014). No plano municipal, a capacidade estatal possui feições próprias. Ela é menos associada a grandes burocracias especializadas e mais dependente de equipes pequenas, servidores multifuncionais, aprendizado prático, apoio externo, redes informais de cooperação e capacidade de navegar sistemas estaduais e federais (Lipsky, 1980; Lotta, 2019; Andrews; Pritchett; Woolcock, 2017).

A desigualdade municipal não é apenas fiscal. É também cognitiva, procedimental e relacional. Municípios com receitas semelhantes podem apresentar resultados diferentes porque um deles dispõe de equipe capaz de formular projetos, organizar

dados, acompanhar editais, dialogar com órgãos de controle, estruturar compras e pactuar prioridades; o outro permanece preso à reação cotidiana. A diferença de capacidade aparece menos no discurso institucional e mais nas pequenas passagens administrativas: localizar uma base de dados, interpretar uma regra de transferência, preparar uma planilha de custos, fiscalizar uma medição, corrigir uma inconsistência no sistema, compatibilizar um plano setorial com o orçamento (Evans, 1995; Mazzucato; Kattel, 2020; Andrews; Pritchett; Woolcock, 2017).

Essa dimensão microinstitucional é muitas vezes subestimada por abordagens jurídicas. O Direito tende a enxergar competências e deveres. A Economia, quando não é institucional, tende a enxergar restrições e incentivos agregados. A vida administrativa municipal mostra uma camada intermediária: a capacidade de produzir documentos tecnicamente suficientes no tempo certo, com evidência mínima e aderência normativa. Um município pode saber que precisa captar recursos para saneamento, mas não possuir projeto. Pode saber que precisa melhorar a cobrança de resíduos, mas não dispor de dados de pesagem e custo. Pode saber que precisa revisar contratos, mas não ter rotina de fiscalização. A distância entre saber e fazer é a matéria própria da capacidade estatal (Gomide; Pires, 2014; Evans, 1995; Andrews; Pritchett; Woolcock, 2017).

A descentralização brasileira ampliou o papel dos municípios na implementação de políticas públicas. Esse movimento teve virtudes democráticas e distributivas, mas produziu uma tensão persistente entre atribuições e recursos. Arretche mostrou que o federalismo brasileiro combina descentralização de execução com mecanismos de coordenação e regulação central, especialmente em políticas sociais (Arretche, 2012). A questão, para fins deste artigo, é que a coordenação normativa não elimina a assimetria de capacidade. Regras nacionais podem elevar padrões, mas também aumentar custos de conformidade para administrações pequenas. O mesmo instrumento que melhora a

qualidade institucional pode ampliar desigualdades se não vier acompanhado de suporte técnico (Abrucio, 2005; Arretche, 2012).

Capacidade estatal local deve ser tratada como bem público institucional. Seus benefícios ultrapassam a gestão que a constrói: rotinas de dados, arquivos organizados, projetos maduros, equipes treinadas, memória técnica, contratos bem fiscalizados e instrumentos de monitoramento favorecem gestões futuras e reduzem o custo social da descontinuidade. Por isso, investir em capacidade administrativa não é despesa periférica. É infraestrutura de desenvolvimento. Um município com baixa capacidade perde oportunidades de financiamento, contrata pior, executa lentamente, responde mal ao controle, desperdiça aprendizagem e tende a substituir planejamento por urgência (Mann, 1984; Evans, 1995; Mazzucato; Kattel, 2020; Pierson, 2000).

Essa compreensão também altera a ideia de desenvolvimento territorial. Desenvolvimento não se produz apenas por atração de investimentos ou execução de obras. Depende de instituições locais capazes de reconhecer vocações, lidar com vulnerabilidades, organizar ativos, articular atores e transformar oportunidades em projetos. A economia do território é mediada por capacidades jurídico-administrativas. A ausência de um diagnóstico ambiental consistente pode inviabilizar uma obra; a fragilidade do cadastro imobiliário compromete receitas; a falta de governança de dados dificulta uma política de habitação; a inexistência de prioridades pactuadas fragmenta emendas e transferências. O território não se desenvolve apesar da Administração; desenvolve-se também através dela (Granovetter, 1985; Hirschman, 1967; Sen, 1999; Evans, 1995).

5. CUSTOS INSTITUCIONAIS DO PLANEJAMENTO MUNICIPAL

A passagem do planejamento formal à execução pode ser

compreendida como um percurso de redução de custos institucionais. O primeiro deles é o custo de informação. Antes de decidir, a Administração precisa saber o que existe, onde está, quanto custa, quem é afetado, quais alternativas são viáveis e quais riscos acompanham cada caminho. Quando esse custo é ignorado, decisões são tomadas com base em impressões, pressões episódicas ou dados incompletos. O resultado pode ser juridicamente defensável em aparência, mas economicamente frágil e administrativamente custoso (Coase, 1937; North, 1990; Simon, 1997).

O segundo é o custo de coordenação. Problemas públicos exigem contribuição de unidades distintas que operam com prioridades, linguagens e incentivos próprios. A secretaria finalística quer resolver o problema visível; a área jurídica preocupa-se com risco; a área financeira observa dotação e fluxo de caixa; a área de compras traduz a demanda em procedimento; o controle interno verifica conformidade; a chefia política responde à pressão social. Sem mecanismo de coordenação, cada etapa chega tarde para a outra. O planejamento eficaz reduz esse custo ao antecipar responsabilidades e sequências (Williamson, 1985; Christensen; Laegreid, 2007; Pollitt; Bouckaert, 2017).

O terceiro é o custo de oportunidade. Todo recurso destinado a uma ação deixa de financiar outra. Essa verdade trivial raramente aparece com clareza nos planos públicos. A ausência de explicitação do custo de oportunidade favorece listas de prioridades incompatíveis com a realidade fiscal e obscurece escolhas distributivas. Uma leitura jurídico-econômica exige que a Administração reconheça a escassez sem transformá-la em álibi genérico. Escassez não justifica qualquer omissão; exige justificção mais responsável das escolhas (Calabresi, 1970; Bardach, 2012; Sen, 1999).

O quarto é o custo de transação intergovernamental. Municípios dependem de convênios, transferências, programas federais, emendas parlamentares, autorizações, sistemas eletrônicos, pareceres, certidões e pactuações regionais. Cada

instrumento possui prazos, exigências e linguagem própria. Para municípios com baixa capacidade técnica, o custo de acessar uma oportunidade pode ser superior à sua capacidade de resposta. O resultado é paradoxal: recursos existem, mas não se convertem em execução local porque faltam projetos, regularidade documental, governança de dados ou equipe para acompanhar o ciclo (Oates, 1972; Abrucio, 2005; Arretche, 2012; Williamson, 1985).

O quinto é o custo de responsabilização. Ambientes de controle punitivo ou imprevisível podem induzir aversão ao risco, formalismo defensivo e decisões orientadas mais à auto-proteção do agente do que ao resultado público. A resposta não é reduzir controle, mas qualificar sua função preventiva e consequencialista. A LINDB, especialmente após as alterações introduzidas pela Lei n. 13.655/2018, reforçou a exigência de consideração das consequências práticas e das circunstâncias reais do gestor. Esse movimento não autoriza voluntarismo administrativo; convida a uma racionalidade decisória mais honesta quanto a restrições, alternativas e efeitos (Hood, 1995; Power, 1997; Brasil, 2018).

O sexto é o custo da descontinuidade. Mudanças de governo são próprias da democracia, mas a destruição periódica de memória técnica não é uma virtude democrática. Planos, bancos de dados, projetos e rotinas devem criar alguma continuidade institucional sem congelar escolhas políticas legítimas. A política precisa poder redirecionar prioridades; a Administração, porém, precisa preservar capacidade. A diferença entre alternância e desorganização é central para a economia pública municipal (Pierson, 2000; March; Olsen, 1989; Pollitt; Bouckaert, 2017).

Esses custos não aparecem isolados. Um município sem dados confiáveis tem maior custo de coordenação, porque cada secretaria trabalha com uma realidade distinta. A ausência de projeto maduro aumenta o custo de transação intergovernamental, porque impede adesão tempestiva a programas. A

insegurança jurídica eleva o custo de responsabilização e estimula formalismo. A descontinuidade aumenta todos os demais custos, pois obriga a reaprender o que já deveria ser rotina. O planejamento, quando institucionalizado, atua como dispositivo de redução combinada desses custos (North, 1990; Williamson, 1985; Andrews; Pritchett; Woolcock, 2017).

6. LEGALIDADE MATERIAL, ORÇAMENTO E CONTRATAÇÃO: O CICLO JURÍDICO-ECONÔMICO DA EXECUÇÃO

O ciclo jurídico-econômico da execução pública pode ser descrito como a passagem de uma necessidade social para um instrumento administrativo financiado, contratado, acompanhado e revisado. Cada etapa possui requisitos próprios. O problema precisa ser delimitado; a competência, identificada; a finalidade, juridicamente vinculada; a alternativa, justificada; o custo, estimado; o orçamento, compatibilizado; o procedimento, escolhido; a execução, fiscalizada; o resultado, avaliado. O fracasso do planejamento costuma ocorrer quando essas etapas são tratadas como compartimentos independentes (Bucci, 2002; Pressman; Wildavsky, 1984; Lotta, 2019).

A Constituição brasileira oferece o quadro geral desse ciclo ao combinar competências federativas, instrumentos orçamentários, princípios da Administração Pública e direitos fundamentais (Brasil, 1988). A Lei de Responsabilidade Fiscal reforça a necessidade de gestão fiscal responsável, planejamento, transparência e controle de riscos (Brasil, 2000). A Lei n. 14.133/2021, ao reorganizar o regime de licitações e contratos, também valorizou a fase preparatória, a governança, a gestão de riscos, o planejamento das contratações e a vinculação da compra ao interesse público (Brasil, 2021). Esses marcos não devem ser lidos apenas como exigências formais. Eles desenham uma economia jurídica da execução.

Essa economia jurídica aparece em dispositivos que vinculam a decisão administrativa a finalidades, consequências e condições de execução. O art. 37 da Constituição fornece a moldura principiológica da Administração Pública; os arts. 165 e seguintes estruturam o ciclo orçamentário; a Lei de Responsabilidade Fiscal conecta planejamento, equilíbrio fiscal, transparência e responsabilidade; a LINDB, especialmente nos arts. 20 a 22, exige atenção às consequências práticas, às circunstâncias reais do gestor e aos obstáculos de implementação; e a Lei n. 14.133/2021, especialmente ao tratar dos objetivos da contratação, da fase preparatória e das linhas de defesa, reforça que contratar é decidir sob risco, informação incompleta e dever de motivação (Brasil, 1988; Brasil, 2000; Brasil, 1942; Brasil, 2018; Brasil, 2021).

A fase orçamentária é o ponto em que o planejamento encontra sua primeira prova de realidade. A existência de meta sem dotação, ou de dotação sem projeto, produz frustração institucional. A compatibilização entre plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias, orçamento anual, programação financeira e planejamento setorial não é assunto meramente contábil. É a forma pela qual preferências públicas ganham densidade econômica e se tornam passíveis de controle. Um orçamento desconectado do planejamento transforma a execução em disputa episódica por espaço fiscal (Wildavsky, 1964; Giacomoni, 2017; Brasil, 2000).

A fase de contratação é a segunda prova de realidade. Grande parte das políticas municipais depende de compras, obras, serviços continuados, concessões, parcerias ou instrumentos congêneres. Uma demanda mal definida na origem se transforma em estudo técnico deficiente, termo de referência impreciso, preço estimado sem base, contrato difícil de fiscalizar e resultado aquém do necessário. A Lei n. 14.133/2021 deslocou parte da atenção para a preparação, mas a cultura administrativa ainda tende a concentrar energia na fase competitiva do

procedimento. A boa licitação começa antes do edital; começa no planejamento capaz de formular o problema público (Williamson, 1985; Kelman, 1990; Brasil, 2021).

A fiscalização contratual é a terceira prova. Sem parâmetros, dados de referência, medição e registro, a execução vira confiança informal ou conflito permanente. A fiscalização não é apenas defesa do erário; é produção de informação para a política pública. Ela informa se o serviço corresponde à necessidade, se o custo estimado era adequado, se o desenho contratual induziu comportamentos desejados e se a próxima contratação deve ser diferente. Um sistema de planejamento que não aprende com contratos anteriores desperdiça uma das fontes mais ricas de evidência administrativa (Williamson, 1985; Kelman, 1990; Moynihan, 2008).

O controle interno, por sua vez, precisa ser recolocado dentro do ciclo e não apenas no fim dele. Quando atua somente como barreira ex post, tende a aumentar medo, atraso e formalismo. Quando participa da construção de matrizes de risco, checklists, rotinas de evidência, padronizações responsáveis e alertas preventivos, reduz custos de responsabilização e aumenta a segurança do gestor. Controle preventivo não é conivência; é inteligência institucional aplicada antes que o erro se consolide (Power, 1997; Bovens, 2007; Brasil, 2018).

A governança desse ciclo exige uma linguagem comum. Secretarias finalísticas, procuradorias, controles internos, áreas de planejamento, finanças e compras precisam partilhar mínimos conceituais: problema, evidência, alternativa, risco, custo, prioridade, indicador, entrega, responsabilidade e consequência. Sem essa linguagem, a Administração local funciona como tradução permanente entre áreas que não se entendem. O planejamento deve criar essa gramática prática (Christensen; Laegreid, 2007; Pollitt; Bouckaert, 2017).

7. CONTROLE PREVENTIVO, EVIDÊNCIAS E

ACCOUNTABILITY

A accountability pública é frequentemente associada à prestação de contas posterior. Essa dimensão é indispensável, mas insuficiente. Em ambientes municipais de baixa capacidade, a responsabilização tardia pode identificar falhas sem alterar as condições que as produziram. O controle que apenas pune o erro repetido não necessariamente desenvolve a instituição. Uma leitura jurídico-econômica sugere que accountability deve operar também como mecanismo de redução de incerteza, alinhamento de incentivos e aprendizagem (Bovens, 2007; Behn, 2001; Moynihan, 2008).

O controle preventivo possui três funções. A primeira é antecipar riscos. Isso significa identificar pontos críticos antes da contratação ou da execução: ausência de dados, inconsistência de custos, indefinição de responsabilidades, fragilidade de justificativas, incompatibilidade com o orçamento, riscos ambientais, problemas de licenciamento, insuficiência de equipe fiscalizatória ou baixa maturidade do projeto. A antecipação não elimina risco, mas torna o risco deliberável (Power, 1997; Brasil, 2021; Williamson, 1985).

A segunda função é qualificar evidências. Muitas exigências legais são cumpridas por meio de documentos padronizados que demonstram forma, mas não substância. O estudo técnico preliminar, a análise de riscos, o mapa de preços, a justificativa de necessidade ou o relatório de fiscalização podem ser documentos vivos ou peças ritualizadas. O controle preventivo deve perguntar se a evidência permite decisão melhor, não apenas se o campo foi preenchido. Essa mudança é pequena na aparência e profunda na cultura administrativa (Power, 1997; Moynihan, 2008; Brasil, 2021).

A terceira função é preservar a proporcionalidade decisória. Nem todo problema exige a mesma densidade de instrução; nem toda falha possui a mesma gravidade; nem todo risco

justifica paralisia. A LINDB, ao exigir consideração das consequências práticas e das circunstâncias reais, oferece base para uma Administração menos abstrata e mais responsável. A proporcionalidade, nesse contexto, não significa indulgência. Significa calibrar exigências de acordo com impacto, complexidade, risco e capacidade disponível, sem renunciar a direitos e deveres essenciais (Brasil, 1942; Brasil, 2018; Sen, 2009).

Evidências, nesse ponto, não se confundem com fetiche quantitativo. Dados são indispensáveis, mas não falam sozinhos. Um indicador pode orientar, distorcer, ocultar ou simplificar. O planejamento deve combinar dados administrativos, diagnósticos territoriais, escuta social, conhecimento técnico e registros de execução. A economia pública trabalha com quantidades, mas a decisão jurídica precisa perguntar quem ganha, quem perde, qual direito está em jogo, que capacidade existe e que alternativa foi descartada. A evidência relevante é aquela que ajuda a decidir melhor sob finalidade pública (Majone, 1989; Nutley; Walter; Davies, 2007; Sen, 2009).

A accountability também deve incidir sobre a não decisão. O formalismo tradicional concentra atenção no ato praticado. Porém, em políticas públicas, a omissão desorganizada pode ser tão danosa quanto a ação irregular. Não preparar projetos, não fiscalizar contratos, não atualizar dados, não compatibilizar plano e orçamento, não buscar cooperação quando a capacidade local é insuficiente: tudo isso possui custo social. Uma teoria jurídico-econômica do planejamento precisa tornar visível o custo da inação administrativa (Pressman; Wildavsky, 1984; Bovens, 2007; Lotta, 2019).

Essa perspectiva altera a relação entre controle e desenvolvimento. O controle não deve ser percebido como antagonista da execução, mas como uma das condições de sua qualidade. Sem controle, a execução pode ser rápida e predatória. Com controle meramente defensivo, pode ser lenta e ritualizada. Com controle preventivo e orientado por evidências, pode

tornar-se mais segura, transparente e adaptativa. A questão não é escolher entre controle e eficiência; é construir controle capaz de produzir eficiência pública juridicamente qualificada (Power, 1997; Bovens, 2007; Moynihan, 2008).

8. COOPERAÇÃO FEDERATIVA E APOIO TÉCNICO COMO INFRAESTRUTURA DE DESENVOLVIMENTO

A capacidade municipal não se constrói apenas dentro do município. Federações e sistemas descentralizados dependem de arranjos de cooperação que reduzam assimetrias sem suprimir autonomia. A cooperação federativa, quando bem desenhada, não substitui a decisão local; amplia suas condições de qualidade. Ela pode oferecer dados, metodologias, formação, modelos adaptáveis, apoio à elaboração de projetos, intercâmbio de experiências, orientação sobre sistemas, espaços de pactuação e canais de resolução de dúvidas. Tudo isso reduz custos de transação e aumenta a capacidade de execução (Abrucio, 2005; Arretche, 2012; Oates, 1972; Gomide; Pires, 2014).

A cooperação vertical é necessária porque muitos municípios não possuem escala técnica para acompanhar a complexidade normativa e instrumental das políticas contemporâneas. Contudo, ela precisa evitar a tutela administrativa. Apoiar não é comandar. O ente que oferece suporte deve respeitar prioridades locais, capacidades existentes, singularidades territoriais e decisões políticas legítimas. O desenho mais adequado é aquele que combina indução, assistência e aprendizagem, em vez de mera imposição de modelos. Modelos padronizados podem ser úteis quando funcionam como andaimes; tornam-se problemáticos quando apagam o problema concreto (Andrews; Pritchett; Woolcock, 2017; Mazzucato; Kattel, 2020).

A cooperação horizontal também possui valor econômico. Municípios enfrentam problemas semelhantes e frequentemente repetem soluções, erros e custos de aprendizagem.

Consórcios, redes técnicas, compras compartilhadas, intercâmbio de documentos, fóruns regionais e comunidades de prática podem reduzir redundâncias e aumentar escala. A literatura de bens comuns ajuda a compreender por que essas soluções dependem de regras de participação, confiança, monitoramento e benefícios percebidos. Cooperação não nasce de apelos abstratos; precisa de incentivos, rotinas e resultados verificáveis (Ostrom, 1990; Ostrom, 2005; Ansell; Gash, 2008; Emerson; Nabatchi; Balogh, 2012).

No campo do desenvolvimento territorial, a cooperação é ainda mais importante porque a economia raramente obedece às fronteiras municipais. Mercados de trabalho, cadeias produtivas, bacias hidrográficas, fluxos de mobilidade, serviços ambientais e infraestrutura logística têm natureza regional. Um município isolado pode fazer escolhas corretas e ainda assim produzir resultado limitado se o entorno estiver descoordenado. O planejamento territorial exige capacidade de enxergar interdependências e organizar respostas que atravessem competências locais (Granovetter, 1985; Hirschman, 1967; Oates, 1972; Sen, 1999).

Há, porém, um risco: transformar cooperação em dependência. Quando o apoio externo substitui a formação de capacidade interna, o município melhora pontualmente, mas continua frágil. A boa cooperação deixa rastros institucionais: servidores treinados, documentos compreendidos, dados organizados, rotinas incorporadas, responsabilidades definidas e memória administrativa preservada. O sucesso não está apenas em entregar um produto ao município, mas em aumentar sua capacidade de produzir, adaptar e revisar produtos futuros (Argyris; Schon, 1978; Andrews; Pritchett; Woolcock, 2017).

Outro risco é a padronização excessiva. A administração pública aprecia formulários, matrizes, guias e checklists porque eles reduzem incerteza e facilitam controle. Esses instrumentos são valiosos, mas podem produzir cegueira se ocuparem o lugar

do juízo. A melhor metodologia é a que oferece estrutura sem interditar inteligência local. Ela orienta perguntas, não apenas respostas. Exige evidência mínima, mas admite diferentes trajetórias. Define padrões de qualidade, mas preserva variações territoriais justificadas (Simon, 1997; Bardach, 2012; Power, 1997).

A cooperação federativa deve ser vista, então, como infraestrutura de desenvolvimento. Estradas, redes digitais e equipamentos são infraestruturas materiais. Dados, metodologias, capacidades, rotinas e redes de apoio são infraestruturas institucionais. A economia do desenvolvimento local depende de ambas. Um território pode receber recursos materiais e desperdiçá-los por baixa capacidade; pode também ter boas ideias e não realizá-las por falta de instrumentos. A fronteira entre Direito, Economia e Administração é justamente esse espaço em que a intenção pública precisa ganhar forma executável (North, 1990; Evans, 1995; Mazzucato; Kattel, 2020).

9. MATRIZ DE CONVERSÃO DO PLANEJAMENTO EM CAPACIDADE DE EXECUÇÃO

A análise anterior permite organizar uma matriz de conversão do planejamento formal em capacidade de execução. O objetivo da matriz não é substituir metodologias setoriais nem criar mais uma camada burocrática. Sua utilidade está em oferecer um roteiro de consistência para políticas municipais, sobretudo em administrações que precisam transformar problemas difusos em ações juridicamente seguras e economicamente viáveis (Bardach, 2012; Elmore, 1979; Pressman; Wildavsky, 1984).

A matriz parte de uma premissa: a qualidade do planejamento pode ser avaliada pela sua capacidade de responder a perguntas práticas. Qual problema será enfrentado? Com que evidência? Por qual competência? Com que prioridade? Com que recurso? Por meio de qual instrumento? Com que risco? Quem

executa? Quem fiscaliza? Como se saberá se houve melhora? Essas perguntas parecem elementares, mas a experiência administrativa mostra que muitas políticas fracassam por não respondê-las em tempo oportuno (Simon, 1997; Bardach, 2012; Lotta, 2019).

Quadro 1 – Funções jurídico-econômicas do planejamento público

<i>Função</i>	<i>Pergunta pública</i>	<i>Efeito jurídico-econômico</i>	<i>Entregas mínimas</i>
Informação	Que problema existe, onde, com qual intensidade e para quem?	Reduz incerteza e qualifica motivação administrativa.	Diagnóstico, base de dados, evidências territoriais e registros de demanda.
Coordenação	Quais áreas precisam atuar e em que sequência?	Diminui custos de transação internos e evita decisões fragmentadas.	Mapa de responsabilidades, fluxo decisório e agenda intersetorial.
Priorização	O que deve ser enfrentado primeiro e por quê?	Explicita custos de oportunidade e torna a escolha controlável.	Crítérios de prioridade, carteira de projetos e justificativa pública.
Orçamentação	Há compatibilidade entre prioridade, dotação e fluxo financeiro?	Conecta finalidade pública à restrição fiscal.	Vinculação ao PPA, LDO, LOA e programação financeira.
Preparação	A prioridade está pronta para virar projeto ou contratação?	Evita transferência do problema para a fase mais custosa do ciclo.	Estudos técnicos, estimativas de custo, matriz de risco e cronograma.
Execução	Quem entrega, quem fiscaliza e com quais parâmetros?	Alinha incentivos contratuais e fortalece controle de resultado.	Contrato, plano de fiscalização, medições, relatórios e evidências.
Aprendizagem	O que a execução ensinou para a próxima decisão?	Reduz custos futuros e preserva memória institucional.	Avaliação, revisão de rotinas, banco de lições e atualização do plano.

Fonte: elaboração própria, a partir de North (1990), Williamson (1985), Bardach (2012), Gomide e Pires (2014) e Brasil (2021).

O Quadro 1 indica que a qualidade do planejamento não

está no volume de documentos produzidos, mas na função que cada documento desempenha no ciclo de decisão. Um diagnóstico sem uso posterior é arquivo. Uma carteira de projetos sem critério de prioridade é lista. Um planejamento de contratação sem conexão com o problema público é formalismo. A pergunta decisiva deve ser sempre funcional: que incerteza este instrumento reduz, que escolha qualifica, que responsabilidade distribui e que aprendizagem preserva (Bardach, 2012; Moynihan, 2008; Bucci, 2006).

A matriz seguinte aprofunda essa lógica em movimentos de conversão. Ela pode ser utilizada como roteiro analítico para revisar planos existentes, estruturar novos instrumentos ou avaliar a maturidade de uma política municipal antes da execução. Seu objetivo é fazer com que cada etapa deixe um produto institucional mínimo, capaz de ser utilizado por equipes futuras, órgãos de controle e instâncias de deliberação (March; Olsen, 1989; Pierson, 2000; Andrews; Pritchett; Woolcock, 2017).

Quadro 2 – Matriz de conversão do planejamento formal em capacidade de execução

<i>Movimento</i>	<i>Questão de consistência</i>	<i>Risco quando ausente</i>	<i>Produto institucional</i>
1. Recorte do problema	O problema foi delimitado de modo verificável?	Metas genéricas e ações desconectadas da demanda real.	Enunciado do problema, público afetado e evidência inicial.
2. Base normativa	Há competência, dever legal ou finalidade pública claramente indicada?	Atuação frágil, sobreposição de competências ou motivação formal.	Nota de aderência normativa e competências envolvidas.
3. Evidência mínima	Existem dados suficientes para decidir ou é preciso produzi-los primeiro?	Decisão baseada em impressão, pressão episódica ou dado inconsistente.	Plano de dados, fontes, lacunas e responsáveis.
4. Priorização	A escolha considera gravidade, urgência, custo de inação e capacidade?	Lista de desejos sem hierarquia e baixa execução.	Critérios públicos de prioridade e carteira ordenada.

<i>Movimento</i>	<i>Questão de consistência</i>	<i>Risco quando ausente</i>	<i>Produto institucional</i>
5. Viabilidade	Há recursos, equipe, prazo, licenças, projeto e governança para executar?	Promessa sem lastro administrativo ou fiscal.	Análise de viabilidade e plano de maturidade do projeto.
6. Instrumento	Qual instrumento jurídico-administrativo é adequado ao problema?	Compra inadequada, convênio inviável ou contrato impossível de fiscalizar.	Escolha motivada do instrumento e matriz de riscos.
7. Controle preventivo	Os riscos principais foram revisados antes da decisão crítica?	Correção tardia, paralisação e responsabilização evitável.	Checklist substantivo, pareceres, alertas e plano de mitigação.
8. Monitoramento	Como se saberá que a ação produziu melhora?	Entrega formal sem avaliação de resultado.	Indicadores, rotina de acompanhamento e revisão periódica.

Fonte: elaboração própria, a partir de Bardach (2012), Elmore (1979), Pressman e Wildavsky (1984), Brasil (2021) e Moynihan (2008).

A matriz não pretende criar um novo dever documental autônomo. Sua utilidade está em disciplinar a passagem entre intenção e execução. Em municípios pequenos, pode ser aplicada de modo simplificado; em municípios maiores, pode ser incorporada a fluxos de governança, escritórios de projetos, controles internos, unidades de planejamento ou sistemas de compras. O essencial é que cada movimento produza evidência suficiente para a etapa seguinte (Bardach, 2012; Brasil, 2021; Mazucato; Kattel, 2020).

O ponto de maior sensibilidade é a proporcionalidade. Um pequeno contrato de manutenção não exige a mesma densidade de instrução de uma obra complexa, de uma concessão ou de um plano setorial de alto impacto. Todavia, todo ato relevante deveria responder, em alguma medida, às perguntas da matriz. A proporcionalidade não elimina o dever de planejar; ajusta a intensidade do planejamento ao risco, ao custo, à complexidade e à capacidade disponível (Brasil, 1942; Brasil, 2018; Power, 1997).

Em termos jurídico-econômicos, a matriz funciona como mecanismo de redução de custos de decisão. Ela diminui a probabilidade de que a Administração descubra tardiamente a ausência de dado, licença, recurso, competência, equipe ou instrumento adequado. Também reduz dependência de memória individual, pois transforma conhecimento disperso em produto compartilhável. Ao fazer isso, contribui para que a capacidade estatal local sobreviva à rotatividade de pessoas e à alternância política (Simon, 1997; North, 1990; Pierson, 2000).

10. LIMITES DO ARGUMENTO E CAUTELAS NORMATIVAS

A defesa de uma leitura jurídico-econômica do planejamento público exige cautelas. A primeira é contra o tecnocratismo. O planejamento não é superior à política. Ele deve qualificar a decisão democrática, não substituí-la. Prioridades públicas envolvem valores, conflitos, promessas eleitorais, participação social e escolhas distributivas. A técnica não elimina o dissenso; apenas pode impedir que o dissenso seja administrado por improviso, desinformação ou opacidade (Lindblom, 1959; Sen, 2009; Faria, 2003).

A segunda cautela é contra o economicismo. Custos importam, mas não esgotam a análise jurídica. Há direitos cujo cumprimento não pode ser reduzido a cálculo de conveniência, embora sua implementação dependa de escolhas racionais sobre meios, etapas e recursos. O reconhecimento de custos deve tornar a decisão mais responsável, não menos comprometida com direitos. A pergunta correta não é apenas quanto custa proteger determinado direito, mas também quanto custa não protegê-lo e quem suporta esse custo (Sen, 1999; Sen, 2009; Calabresi, 1970; Bucci, 2006).

A terceira cautela é contra a ilusão dos dados. Indicadores podem melhorar decisões, mas também induzir

comportamento estratégico, simplificar realidades e deslocar atenção para o que é mensurável em detrimento do que é relevante. A governança por evidências precisa ser acompanhada de transparência metodológica, revisão periódica, escuta social e capacidade crítica. O dado deve entrar no processo público como argumento controlável, não como autoridade incontestável (Majone, 1989; Nutley; Walter; Davies, 2007; Moynihan, 2008).

A quarta cautela diz respeito à capacidade desigual. Exigir alta densidade de planejamento de todos os municípios sem apoio correspondente pode aumentar desigualdades. Municípios mais estruturados respondem melhor a editais, controles e padrões técnicos; municípios frágeis acumulam pendências e perdem oportunidades. A qualificação do planejamento deve vir acompanhada de estratégias de suporte, modularidade e cooperação. O padrão de qualidade deve ser exigente, mas o caminho para alcançá-lo precisa ser institucionalmente realista (Abrucio, 2005; Arretche, 2012; Andrews; Pritchett; Woolcock, 2017).

A quinta cautela envolve a captura. Planejamento pode ser usado para legitimar escolhas já tomadas, organizar prioridades de grupos influentes ou produzir aparência técnica para decisões distributivamente regressivas. Por isso, transparência, participação e controle social continuam indispensáveis. Uma matriz tecnicamente elegante não garante justiça pública. Ela apenas torna a decisão mais visível e, portanto, mais discutível (Granovetter, 1985; Ostrom, 2005; Bovens, 2007).

A sexta cautela é temporal. Resultados de políticas territoriais raramente coincidem com ciclos eleitorais. Investir em capacidade estatal, cadastro, dados, projeto, prevenção de risco e governança pode produzir benefícios pouco visíveis no curto prazo, embora decisivos para o futuro. A economia política do planejamento municipal precisa reconhecer esse desalinhamento. Sem mecanismos de continuidade e reconhecimento institucional, gestores tendem a privilegiar entregas visíveis, ainda que menos estruturantes (Pierson, 2000; March; Olsen, 1989;

Pollitt; Bouckaert, 2017).

Essas cautelas não enfraquecem o argumento; delimitam sua pretensão. O planejamento público não deve ser convertido em promessa de controle total da realidade. Sua função é mais modesta e mais importante: aumentar a qualidade das escolhas possíveis em ambientes de incerteza, escassez e conflito. Ele não elimina a política, mas reduz o espaço do acaso. Não resolve a desigualdade federativa, mas pode diminuir sua reprodução. Não garante desenvolvimento, mas cria condições para que oportunidades se transformem em capacidades duradouras (Simon, 1997; North, 1990; Sen, 2009).

11. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo sustentou que a distância entre planejamento formal e capacidade de execução é um dos problemas centrais da Administração Pública local. Em muitos municípios, planos existem, normas existem, controles existem e demandas são conhecidas. O que falta, com frequência, é a infraestrutura institucional capaz de ligar essas dimensões: dados confiáveis, priorização transparente, coordenação intersetorial, maturidade de projetos, compatibilidade orçamentária, contratação bem preparada, fiscalização informada, controle preventivo e aprendizagem administrativa (Pressman; Wildavsky, 1984; Gomide; Pires, 2014; Lotta, 2019).

A leitura jurídico-econômica proposta permite compreender o planejamento como instituição de redução de custos e de produção de capacidade. Reduz custos de informação ao organizar diagnósticos; custos de coordenação ao distribuir responsabilidades; custos de oportunidade ao explicitar prioridades; custos de transação ao preparar projetos e instrumentos; custos de responsabilização ao qualificar evidências; custos de descontinuidade ao preservar memória. Esses ganhos não são apenas administrativos. São jurídicos, porque fortalecem legalidade

material, motivação, transparência e controle. São econômicos, porque melhoram alocação de recursos e reduzem desperdícios. São democráticos, porque tornam escolhas públicas mais discutíveis (Coase, 1937; Coase, 1960; North, 1990; Williamson, 1985).

O município brasileiro revela com nitidez esse desafio porque combina proximidade social e assimetria de capacidade. É nele que muitos direitos se tornam serviços concretos, mas também é nele que limitações técnicas e fiscais se mostram mais duras. A resposta não pode ser nem a romantização da autonomia local nem sua substituição por comando externo. O caminho mais promissor é a cooperação federativa orientada ao desenvolvimento de capacidade: apoio técnico, metodologias adaptáveis, dados, redes de aprendizagem, controle preventivo e instrumentos que permitam ao município decidir melhor por si mesmo (Arretche, 2012; Abrucio, 2005; Andrews; Pritchett; Woolcock, 2017).

A matriz de conversão apresentada é apenas um modo de organizar essa passagem. Seu valor está em deslocar a pergunta de 'há plano?' para 'o plano produz condições de execução?'. Essa mudança parece simples, mas altera a avaliação da política pública. Um plano que não chega ao orçamento, ao projeto, à contratação, à fiscalização e ao aprendizado permanece incompleto. Uma execução sem plano, por outro lado, pode até resolver emergências, mas dificilmente constrói capacidade duradoura (Bardach, 2012; Elmore, 1979; Pressman; Wildavsky, 1984).

Direito e Economia, quando articulados com prudência institucional, ajudam a ver o planejamento público como parte da própria gramática do desenvolvimento. O Direito oferece finalidade, competência, forma, controle e legitimidade. A Economia explicita escassez, incentivos, custos, informação e efeitos. A Administração transforma essa dupla racionalidade em rotinas, instrumentos e decisões. O desenvolvimento territorial

depende desse encontro. Onde ele falha, o Estado promete mais do que consegue entregar. Onde ele se consolida, o planejamento deixa de ser arquivo e passa a ser capacidade pública em movimento (Coase, 1960; North, 1990; Sen, 1999; Bucci, 2002).



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRUCIO, Fernando Luiz. A coordenação federativa no Brasil: a experiência do período FHC e os desafios do governo Lula. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 24, p. 41-67, 2005.
- ANDREWS, Matt; PRITCHETT, Lant; WOOLCOCK, Michael. *Building State Capability: Evidence, Analysis, Action*. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- ANSELL, Chris; GASH, Alison. Collaborative Governance in Theory and Practice. *Journal of Public Administration Research and Theory*, Oxford, v. 18, n. 4, p. 543-571, 2008.
- ARGYRIS, Chris; SCHON, Donald A. *Organizational Learning: A Theory of Action Perspective*. Reading, MA: Addison-Wesley, 1978.
- ARRETCHE, Marta. *Democracia, federalismo e centralização no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV; Editora Fiocruz, 2012.
- BARDACH, Eugene. *A Practical Guide for Policy Analysis: The Eightfold Path to More Effective Problem Solving*. 4. ed. Thousand Oaks: CQ Press, 2012.
- BEHN, Robert D. *Rethinking Democratic Accountability*. Washington, DC: Brookings Institution Press, 2001.
- BOVENS, Mark. *Analysing and Assessing Accountability: A Conceptual Framework*. *European Law Journal*, Oxford,

- v. 13, n. 4, p. 447-468, 2007.
- BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito administrativo e políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CALABRESI, Guido. The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis. New Haven: Yale University Press, 1970.
- CHRISTENSEN, Tom; LAEGREID, Per. The Whole-of-Government Approach to Public Sector Reform. *Public Administration Review*, Hoboken, v. 67, n. 6, p. 1059-1066, 2007.
- COASE, Ronald H. The Nature of the Firm. *Economica*, London, v. 4, n. 16, p. 386-405, 1937.
- COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*, Chicago, v. 3, p. 1-44, 1960.
- ELMORE, Richard F. Backward Mapping: Implementation Research and Policy Decisions. *Political Science Quarterly*, New York, v. 94, n. 4, p. 601-616, 1979.
- EMERSON, Kirk; NABATCHI, Tina; BALOGH, Stephen. An Integrative Framework for Collaborative Governance. *Journal of Public Administration Research and Theory*, Oxford, v. 22, n. 1, p. 1-29, 2012.
- EVANS, Peter. *Embedded Autonomy: States and Industrial Transformation*. Princeton: Princeton University Press, 1995.
- FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. Ideias, conhecimento e políticas públicas: um inventário sucinto das principais vertentes analíticas recentes. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 21-29, 2003.
- GIACOMONI, James. *Orçamento público*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- GOMIDE, Alexandre de Ávila; PIRES, Roberto Rocha C. (org.). *Capacidades estatais e democracia: arranjos*

- institucionais de políticas públicas. Brasília: Ipea, 2014.
- GRANOVETTER, Mark. Economic Action and Social Structure: The Problem of Embeddedness. *American Journal of Sociology*, Chicago, v. 91, n. 3, p. 481-510, 1985.
- HIRSCHMAN, Albert O. *Development Projects Observed*. Washington, DC: Brookings Institution, 1967.
- HOOD, Christopher. The 'New Public Management' in the 1980s: Variations on a Theme. *Accounting, Organizations and Society*, Amsterdam, v. 20, n. 2-3, p. 93-109, 1995.
- IBGE. *Cidades e Estados: Brasil*. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2026. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados>. Acesso em: 11 jun. 2026.
- KELMAN, Steven. *Procurement and Public Management: The Fear of Discretion and the Quality of Government Performance*. Washington, DC: AEI Press, 1990.
- LINDBLOM, Charles E. The Science of 'Muddling Through'. *Public Administration Review*, Hoboken, v. 19, n. 2, p. 79-88, 1959.
- LIPSKY, Michael. *Street-Level Bureaucracy: Dilemmas of the Individual in Public Services*. New York: Russell Sage Foundation, 1980.
- LOTTA, Gabriela (org.). *Teorias e análises sobre implementação de políticas públicas no Brasil*. Brasília: Enap, 2019.
- MAJONE, Giandomenico. *Evidence, Argument, and Persuasion in the Policy Process*. New Haven: Yale University Press, 1989.
- MANN, Michael. The Autonomous Power of the State: Its Origins, Mechanisms and Results. *European Journal of Sociology*, Cambridge, v. 25, n. 2, p. 185-213, 1984.
- MARCH, James G.; OLSEN, Johan P. *Rediscovering Institutions: The Organizational Basis of Politics*. New York: The Free Press, 1989.

- MAZZUCATO, Mariana; KATTEL, Rainer. COVID-19 and public-sector capacity. *Oxford Review of Economic Policy*, Oxford, v. 36, supl. 1, p. S256-S269, 2020.
- MOYNIHAN, Donald P. *The Dynamics of Performance Management: Constructing Information and Reform*. Washington, DC: Georgetown University Press, 2008.
- NORTH, Douglass C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.
- NUTLEY, Sandra M.; WALTER, Isabel; DAVIES, Huw T. O. *Using Evidence: How Research Can Inform Public Services*. Bristol: Policy Press, 2007.
- OATES, Wallace E. *Fiscal Federalism*. New York: Harcourt Brace Jovanovich, 1972.
- OSTROM, Elinor. *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.
- OSTROM, Elinor. *Understanding Institutional Diversity*. Princeton: Princeton University Press, 2005.
- PIERSON, Paul. Increasing Returns, Path Dependence, and the Study of Politics. *American Political Science Review*, Cambridge, v. 94, n. 2, p. 251-267, 2000.
- POLLITT, Christopher; BOUCKAERT, Geert. *Public Management Reform: A Comparative Analysis - Into the Age of Austerity*. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- POWER, Michael. *The Audit Society: Rituals of Verification*. Oxford: Oxford University Press, 1997.
- PRESSMAN, Jeffrey L.; WILDAVSKY, Aaron. *Implementation: How Great Expectations in Washington Are Dashed in Oakland*. 3. ed. Berkeley: University of California Press, 1984.
- SCOTT, W. Richard. *Institutions and Organizations: Ideas, Interests, and Identities*. 4. ed. Thousand Oaks: Sage, 2014.
- SEN, Amartya. *Development as Freedom*. New York: Alfred A.

Knopf, 1999.

SEN, Amartya. *The Idea of Justice*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2009.

SIMON, Herbert A. *Administrative Behavior: A Study of Decision-Making Processes in Administrative Organizations*. 4. ed. New York: The Free Press, 1997.

WILDAVSKY, Aaron. *The Politics of the Budgetary Process*. Boston: Little, Brown and Company, 1964.

WILLIAMSON, Oliver E. *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*. New York: The Free Press, 1985.

Legislação

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 jun. 2026.

BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. Brasília, DF: Presidência da República, 1942. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 11 jun. 2026.

BRASIL. Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000. *Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal*. Brasília, DF: Presidência da República, 2000. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 11 jun. 2026.

BRASIL. Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018. *Inclui no Decreto-Lei n. 4.657/1942 disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público*. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/13655.htm. Acesso em:

11 jun. 2026.

BRASIL. Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm. Acesso em: 11 jun. 2026.

A TEMPESTADE PERFEITA DA LITIGÂNCIA TRABALHISTA PÓS-REFORMA E A NECESSÁRIA EVOLUÇÃO DO JURÍDICO CORPORATIVO: O CASE PETROBRAS

Emerson Alexandre Borba Vilar

1 INTRODUÇÃO

A promulgação da Lei nº 13.467/2017¹, amplamente conhecida como Reforma Trabalhista, constitui, inegavelmente, a mais profunda e controversa alteração sofrida pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) desde a sua gênese.

Este marco legislativo foi erigido sobre uma dupla e ambiciosa promessa: de um lado, a modernização das relações de capital e trabalho e, de outro, a contenção do que se diagnosticava como uma excessiva e disfuncional judicialização dos conflitos laborais.

Sob a égide da modernização, a nova lei buscou infundir maior dinamismo e flexibilidade aos contratos, prestigiando a autonomia da vontade e o negociado sobre o legislado. Em paralelo, a reforma visava atacar diretamente o elevado volume de ações na Justiça do Trabalho, com o objetivo de desestimular lides temerárias, reduzir custos e promover um ambiente de maior segurança jurídica.

Nesse contexto, a análise de Gustavo Filipe Barbosa Garcia² é esclarecedora. O autor aponta que a intenção manifesta da

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.766/DF*. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Julgamento em 20 out. 2021. Plenário, DJe de 3 mai. 2022. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&page-Size=10&sort=_score&desc=true&query=ADI%205766. Acesso em: 11/05/2026.

² GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 15. ed. Rio de

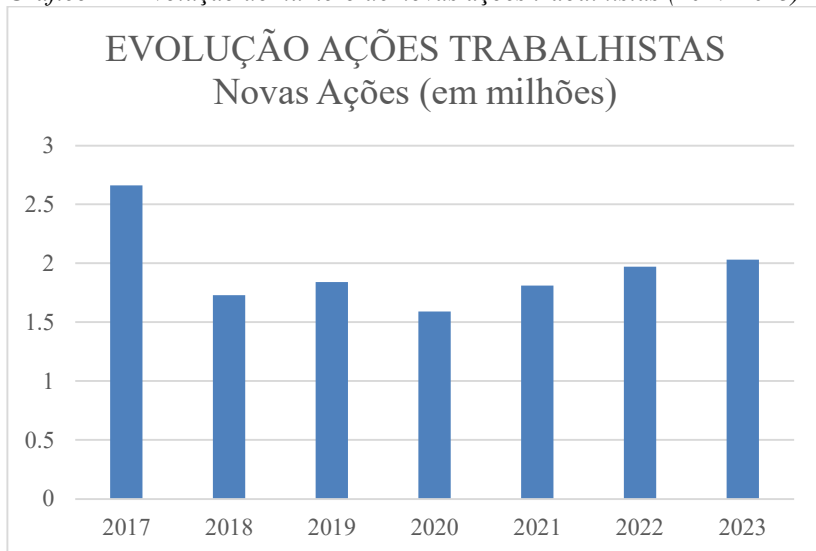
lei era intervir na cultura de alta litigiosidade, que gerava incerteza e custos elevados. Conforme destaca:

A nova legislação foi estruturada com a intenção manifesta de intervir diretamente na cultura de alta litigiosidade, que, segundo o diagnóstico que impulsionou a lei, gerava um ambiente de incerteza e custos elevados. (...) A reforma pretendia atuar em duas frentes principais para alcançar esse objetivo: por um lado, criando mecanismos de estímulo à conciliação e a soluções extrajudiciais e, por outro, estabelecendo desincentivos econômicos e processuais à propositura de ações consideradas infundadas. A promessa, portanto, era a de racionalizar o acesso à Justiça do Trabalho, tornando-o mais seletivo e oneroso para o litigante que não obtivesse sucesso em seus pleitos.

A resposta para a efetividade dessa promessa começa pela análise dos dados macro, que revelam uma história de curta ilusão e profunda transformação. A análise dos dados oficiais consolidados no "Relatório Geral da Justiça do Trabalho"³ desenha uma nítida curva em "V": se em 2017 foram ajuizadas 2,66 milhões de novas ações, em 2018, primeiro ano completo sob as novas regras, o número despencou 35% para 1,73 milhão. Contudo, a tendência de baixa não se sustentou. A partir de 2021, os números iniciaram uma trajetória de recuperação consistente, alcançando 2,03 milhões de casos em 2023.

Janeiro: Forense, 2021.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.766/DF*. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Julgamento em 20 out. 2021. Plenário, DJe de 3 mai. 2022. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&page-Size=10&sort=_score&desc=true&query=ADI%205766. Acesso em 02/06/2026.

Gráfico 1 – Evolução do número de novas ações trabalhistas (2017-2023)

Fonte: Elaborado pelo autor, com dados do Tribunal Superior do Trabalho (2023, p. 16).

Este movimento demonstrou que a contenção puramente quantitativa foi um fenômeno temporário, atribuído não apenas aos efeitos da pandemia de COVID-19, mas, crucialmente, à atuação do Supremo Tribunal Federal. Em decisões como a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5.766, a corte modulou os efeitos de pilares da Reforma, reafirmando a garantia do amplo acesso à justiça e esvaziando um dos principais mecanismos de contenção pretendidos pelo legislador. É precisamente nesse ponto que emerge a questão central deste trabalho: se a redução numérica não significou uma pacificação duradoura, o que emergiu em seu lugar?

Este artigo parte, assim, da premissa de que assistimos a uma sofisticada mudança de estratégia por parte dos litigantes, que deu origem a uma *tempestade silenciosa*: uma litigância menos volumosa, porém qualitativamente mais complexa e perigosa.

A justificativa para esta pesquisa reside na urgência de

se decodificar este novo paradigma, cujos riscos financeiros e estratégicos para as corporações são imensos. Assim, o objetivo é analisar este cenário e propor um novo modelo de atuação para a advocacia corporativa. Para tanto, o texto irá, primeiramente, detalhar os pilares da reforma e sua neutralização jurisprudencial; em seguida, analisará as novas táticas da litigância adversária com base no estudo de caso; e, por fim, apresentará o conceito de *advocacia aumentada* como resposta estratégica a esta nova realidade.

2. A REFORMA TRABALHISTA E SEUS PILARES DE CONTENÇÃO DO LITÍGIO

A profunda alteração no cenário do contencioso trabalhista, promovida pela Lei nº 13.467/2017, fundamentou-se em uma estratégia deliberada de desincentivo e "redução da judicialização dos conflitos no âmbito laboral"⁴.

Essa intenção, declarada nos debates que precederam a aprovação da lei, partia do diagnóstico de que o Brasil vivia uma *cultura de alta litigiosidade* que precisava ser contida.

A doutrina crítica, no entanto, aponta que, sob o manto da *racionalização*, o que se promoveu foi a criação de barreiras ao acesso à justiça.

Para Magda Barros Biavaschi⁵, a reforma se pautou por um argumento falacioso para *bloquear as reclamações* dos trabalhadores:

Sob o argumento de que a legislação trabalhista protegia em demasia o trabalhador, o que estaria a gerar uma explosão de ações, propôs-se uma reforma que, no seu bojo, pudesse conter essa demanda. Assim, para além da flexibilização do direito material, a nova lei cuidou de estabelecer um conjunto de

⁴ BEDIN, Lis Caroline (Org.). *Desafios da (In)Segurança Jurídica na Justiça do Trabalho: a nova perspectiva sobre a sucumbência do empregado*. In: *(In)Segurança Jurídica no Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2025.

⁵ BIAVASCHI, Magda Barros, et al. *Os sentidos da Reforma Trabalhista*. In: *O Trabalho no Campo de Batalha*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022. p. 216-217.

obstáculos de natureza processual e econômica, com o nítido propósito de desestimular o ajuizamento de ações.

Essa estratégia de contenção materializou-se, fundamentalmente, em três institutos que passaram a modular o risco do litígio: os honorários de sucumbência aplicáveis ao trabalhador, a robustez da punição por litigância de má-fé e a controversa tarifação do dano extrapatrimonial. Contudo, a aplicação e a própria validade constitucional desses pilares foram intensamente questionadas na via judicial, culminando em decisões paradigmáticas do Supremo Tribunal Federal⁶, como na ADI 5.766 (que discutiu os honorários) e nas ADIs 6.050, 6.069 e 6.082 (que analisaram a tarifação do dano), cujos impactos serão dissecados a seguir.

2.1 HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA: O FIM DA "AVENTURA JURÍDICA"?

O Artigo 791-A da CLT foi, talvez, a mais emblemática inovação processual da reforma. Ao instituir a obrigatoriedade de pagamento de honorários advocatícios pela parte vencida, a lógica do legislador foi impor um custo financeiro à derrota para desestimular o ajuizamento de ações sem fundamento sólido.

A medida, contudo, nasceu sob intenso dissenso doutrinário. Em contraponto à visão legislativa, vozes críticas, como as de Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado⁷, apontaram a norma como uma severa barreira ao acesso à justiça. Para os autores:

A imposição de um ônus financeiro ao trabalhador hipossuficiente, que muitas vezes litiga por verbas de natureza alimentar, teria um efeito inibidor, intimidando-o a buscar direitos

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.050/DF* (julgamento conjunto com as ADIs 6.069 e 6.082). Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento em 26 jun. 2023. Plenário, DJe de 18 ago. 2023.

⁷ DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista no Brasil*: com os comentários à Lei nº 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017. p. 135.

legítimos pelo receio de uma condenação que poderia consumir o próprio crédito conquistado.

Foi nesse cenário que a jurisprudência assumiu o protagonismo. A reação mais significativa veio do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da citada ADI 5.766⁸, que declarou a inconstitucionalidade parcial do dispositivo, estabelecendo que a cobrança de honorários de beneficiários da justiça gratuita fica sob condição suspensiva de exigibilidade.

Em outra frente, o Tribunal Superior do Trabalho também consolidou entendimentos que modularam os efeitos da reforma. No caso da sucumbência recíproca, por exemplo, o TST tem aplicado subsidiariamente o Código de Processo Civil para afastar a condenação do trabalhador em honorários quando sua perda é mínima. O entendimento é que, se o reclamante obteve a maior parte de seus pedidos, não seria razoável impor-lhe o ônus da sucumbência. Um exemplo claro dessa linha de pensamento pode ser encontrado no seguinte julgado:

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS RECÍPROCOS. RECLAMANTE SUCUMBENTE EM PARTE MÍNIMA DOS PEDIDOS. APLICAÇÃO DO ART. 86, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. A sucumbência recíproca, prevista no art. 791-A, § 3º, da CLT, não se confunde com a sucumbência mínima, de que trata o art. 86, parágrafo único, do CPC, aplicável subsidiariamente ao processo do trabalho. Desse modo, tendo o reclamante sido vencedor na maior parte dos seus pedidos, sendo sucumbente em parte mínima, não há falar em fixação de honorários advocatícios em seu desfavor, devendo a reclamada responder, por inteiro, pelas despesas e pelos honorários. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido.⁹

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.766/DF*. Relator: Min. Roberto Barroso. Relator do Acórdão: Min. Alexandre de Moraes. Julgamento em 20 out. 2021. Plenário, DJe de 3 mai. 2022.

⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista nº 1047-08.2020.5.09.0010*. Relatora: Ministra Delaíde Miranda Arantes. 8ª Turma. Julgamento em 25 mai. 2022. *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*, Brasília, DF, 30 mai. 2022.

2.2 A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ COMO INSTRUMENTO PUNITIVO

Com o objetivo de moralizar o processo, a Reforma Trabalhista robusteceu as ferramentas de combate à deslealdade processual, detalhando, nos artigos 793-A a 793-D da CLT, as condutas e as respectivas penalidades. A intenção do legislador foi criar um mecanismo punitivo mais eficaz contra comportamentos que atentam à dignidade da justiça.

A doutrina, entretanto, sempre alertou para a necessidade de parcimônia, a fim de que o remédio não se tornasse um veneno contra o próprio direito de ação. Carlos Henrique Bezerra Leite¹⁰, em seu renomado Curso de Direito Processual do Trabalho, adverte sobre a delicadeza do tema:

A matéria deve ser tratada com extrema cautela, pois o direito fundamental de acesso à justiça não pode ser inibido pelo temor reverencial do litigante de sofrer sanções processuais. É fundamental distinguir o "improbo litigante" — aquele que age com dolo, com a intenção manifesta de enganar o juízo e prejudicar a parte adversa — daquele que, de boa-fé, apenas não obteve êxito em provar o seu direito. A má-fé não se presume; exige prova inequívoca do comportamento doloso.

Na mesma linha, Homero Batista Mateus da Silva¹¹, em seus Comentários à Reforma Trabalhista, acrescenta que a aplicação da penalidade por litigância de má-fé demanda uma fundamentação judicial robusta, detalhando o dever do magistrado:

A simples indicação do dispositivo legal (v.g., art. 793-B da CLT) não é suficiente para validar a condenação por litigância de má-fé. Sob pena de nulidade por ausência de fundamentação, é dever do magistrado descrever pormenorizadamente a conduta da parte ou de seu procurador que se amoldou a uma das hipóteses legais. A penalidade é severa e, por isso, sua

¹⁰ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

¹¹ SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à Reforma Trabalhista: análise da Lei 13.467/2017*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

aplicação não pode ser automática nem presumida, exigindo uma correlação fática e jurídica explícita na decisão.

A jurisprudência majoritária tem seguido essa trilha, exigindo a demonstração clara da conduta maliciosa e deliberada, de modo a preservar o exercício legítimo do direito de petição.

2.3 A TARIFAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL E A RESPOSTA JURISPRUDENCIAL

Talvez o ponto mais criticado da reforma, o Artigo 223-G, § 1º, da CLT, buscou estabelecer uma tabela para as indenizações por danos extrapatrimoniais (morais, estéticos, existenciais), vinculando os tetos indenizatórios ao último salário contratual do ofendido. A lógica do legislador era criar previsibilidade e reduzir a *suposta indústria do dano moral*.

A reação doutrinária foi imediata e veemente. Juristas como Sebastião Geraldo de Oliveira¹² e Jorge Luiz Souto Maior¹³ defenderam a flagrante inconstitucionalidade da norma. Os argumentos centrais eram a violação do princípio da isonomia, ao atribuir valores diferentes a dores e sofrimentos idênticos com base unicamente na faixa salarial da vítima, e, principalmente, a afronta ao princípio da reparação integral do dano. Em sua citada obra *Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional*, Sebastião Geraldo de Oliveira ilustra o problema:

O tabelamento prévio e limitado da dor humana com base no salário da vítima cria situações absurdas e inconstitucionais. Imagine dois trabalhadores que perdem um braço no mesmo acidente, na mesma máquina. Se um ganha um salário-mínimo e o outro, dez, o sofrimento, a perda e a angústia de ambos são idênticos. Atribuir a eles indenizações drasticamente distintas com base apenas na remuneração é taxar a dignidade e tratar

¹² OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional*. 12. ed. São Paulo: LTr, 2022.

¹³ MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Curso de Direito do Trabalho: Teoria Geral do Direito do Trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2021.

pessoas de forma desigual perante a mesma violação, o que é vedado pela Constituição.

Foi nesse cenário de intensa crítica doutrinária que a resposta do Poder Judiciário se tornou definitiva. No julgamento conjunto das ADIs 6.050, 6.069 e 6.082, o Supremo Tribunal Federal¹⁴ acolheu os argumentos da inconstitucionalidade material, fixando a seguinte tese:

Os critérios de quantificação de reparação por dano extrapatrimonial previstos no artigo 223-G, caput e § 1º, da CLT deverão ser observados pelo julgador como critérios orientativos de fundamentação da decisão judicial. É constitucional, porém, o arbitramento judicial do dano em valores superior aos limites máximos dispostos nos incisos I a IV do § 1º do artigo 223-G, quando consideradas as circunstâncias do caso concreto e os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da igualdade.

Essa decisão, na prática, esvaziou o conteúdo impositivo da norma. Ao reafirmar a centralidade do arbitramento judicial, a Corte Máxima rechaçou a lógica da tarifação e preservou a autonomia do magistrado para, de forma fundamentada e atenta às particularidades de cada caso, fixar uma indenização justa e adequada ao dano efetivamente sofrido.

3 A METAMORFOSE DA LITIGÂNCIA NA PRÁTICA: ESTRATÉGIAS E TENDÊNCIAS NO CONTENCIOSO DA PETROBRAS

A modulação dos pilares da reforma pelo sistema de justiça forçou os advogados a desenvolverem um novo e sofisticado xadrez processual. A queda no volume de ações deu lugar a um paradigma de conflito marcado pela sofisticação técnica e pela astúcia estratégica.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.050/DF* (julgamento conjunto com as ADIs 6.069 e 6.082). Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento em 26 jun. 2023. Plenário, DJe de 18 ago. 2023.

3.1 A NOVA ARQUITETURA DA PETIÇÃO INICIAL: QUALIFICAÇÃO TÉCNICA E ASTÚCIA ESTRATÉGICA

A percepção prática no dia a dia do contencioso revela que a diminuição do volume de processos veio acompanhada de uma notável qualificação da litigância. A exigência de liquidação dos pedidos (artigo 840, §1º, da CLT), somada à sucumbência, *forçou um estudo mais aprofundado e criterioso de cada caso*, segundo ele analisa Homero Silva¹⁵.

A inovação trazida pelo artigo 840, §1º, da CLT, ao exigir a indicação de valor aos pedidos, não pode ser analisada de forma isolada. Ela opera em conjunto com a nova sistemática de honorários de sucumbência do art. 791-A, criando um novo e calculado cenário de risco processual para o demandante. Essa sinergia normativa impôs ao advogado trabalhista um dever de diligência pré-processual inédito, forçando um estudo aprofundado da viabilidade fática e jurídica de cada pleito. Dessa forma, a era das petições iniciais genéricas, formuladas com pedidos amplos e especulativos, cedeu compulsoriamente espaço a uma postulação mais técnica e precisa, elevando o padrão de seriedade do debate desde a fase postulatória.

Assim, uma tática recorrente é a dos pedidos com valores deliberadamente subestimados, para reduzir a base de cálculo de eventuais honorários. Embora a defesa empresarial sustente que o valor deva servir como teto, a jurisprudência consolidada do TST rechaçou essa tese, firmando o entendimento de que os valores indicados na petição inicial representam mera estimativa.

3.2 AS NOVAS FRONTEIRAS DO LITÍGIO: DA SAÚDE OCUPACIONAL AO DIREITO DIGITAL DO TRABALHO

A análise empírica do contencioso da PETROBRAS revela uma dupla transformação na natureza dos conflitos. Por um

¹⁵ SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à Reforma Trabalhista*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

lado, temas clássicos são revisitados com uma robustez probatória inédita; por outro, novas e complexas fronteiras de litígio emergem, impulsionadas por mudanças sociais e tecnológicas. Como bem observa Homero Batista Mateus da Silva¹⁶, a era digital reconfigurou a própria produção da prova no processo do trabalho:

A distinção entre prova documental e testemunhal torna-se cada vez mais tênue na era digital. Mensagens de WhatsApp, e-mails trocados fora do horário e interações em plataformas corporativas deixaram de ser meros indícios para se consolidarem como prova documental robusta, pré-constituída e, muitas vezes, mais fidedigna que a própria memória humana. O ônus da defesa, portanto, não é mais apenas o de contrapor uma narrativa, mas o de desconstituir um registro fático permanente.

Nesse cenário, pedidos tradicionais de horas extras ou desvio de função ganham nova força, exigindo da defesa uma análise documental exaustiva. Em paralelo a essa releitura dos temas clássicos, duas novas fronteiras se destacam pela complexidade e potencial de impacto: a litigância em saúde mental, com base na nova hermenêutica da NR-01, e os desafios trazidos pelo direito digital do trabalho.

3.2.1. A SAÚDE MENTAL COMO RISCO GERENCIÁVEL E A TESE DA NR-01

A mais sofisticada fronteira da litigância em saúde ocupacional transcende a tradicional e difícil comprovação do nexo causal entre a doença (ex: *burnout*, depressão) e o trabalho. A nova estratégia, amparada pela recente atualização da NR-01, foca na omissão culposa da empresa em seu dever de gerenciamento de riscos psicossociais.

O maior expoente da matéria no Brasil, Sebastião Geraldo de Oliveira¹⁷, defende que a inclusão dos fatores

¹⁶ SILVA, Homero Batista Mateus da. *A Prova no Processo do Trabalho Digital*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

¹⁷ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por Acidente do Trabalho e*

psicossociais no Gerenciamento de Riscos Ocupacionais (GRO) e no Programa de Gerenciamento de Riscos (PGR) deixou de ser uma recomendação para se tornar uma obrigação legal explícita. A ausência dessa análise no PGR da empresa configura, por si só, o ato ilícito:

Com a nova redação da NR-01¹⁸, a não identificação, avaliação e controle dos riscos psicossociais no ambiente de trabalho (como metas abusivas, sobrecarga, assédio organizacional) no PGR da empresa equivale a um descumprimento normativo cabal. O foco do debate judicial se desloca da pergunta ‘o trabalho causou a doença?’ para a constatação ‘a empresa omitiu seu dever de gerenciar o risco que poderia levar à doença?’. Essa omissão já caracteriza a culpa patronal, invertendo, na prática, o ônus de prova e facilitando o caminho para a responsabilização civil por danos morais e materiais.

Para a defesa da PETROBRAS, isso representa um desafio eminentemente técnico. A contestação não pode mais se limitar a negar onexo causal. Ela deve, proativamente, demonstrar a conformidade com a NR-01, apresentando um PGR robusto e detalhando as medidas de controle para os riscos psicossociais identificados, transformando o documento de uma mera formalidade em uma peça central da estratégia de defesa.

3.2.2. O DIREITO DIGITAL DO TRABALHO: HIPERCONNECTIVIDADE E O DANO EXISTENCIAL

A segunda grande fronteira emerge da consolidação do trabalho em plataformas digitais e do teletrabalho. Questões como controle de jornada, fornecimento de equipamentos e reembolso de despesas tornaram-se comuns, mas o debate mais complexo gira em torno da hiperconectividade e da violação ao

Doenças Ocupacionais. 13. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

¹⁸ BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria Especial de Previdência e Trabalho. *Portaria SEPT nº 6.730, de 9 de março de 2020*. Aprova a nova redação da Norma Regulamentadora nº 01 - Disposições Gerais e Gerenciamento de Riscos Ocupacionais. Brasília, DF: Diário Oficial da União, de 12 de março de 2020, Seção 1, p. 17.

direito à desconexão.

Ricardo Calcini¹⁹, especialista na matéria, argumenta que a tecnologia, ao diluir as fronteiras entre vida pessoal e profissional, cria um estado de conexão permanente que é, por si só, uma fonte de adoecimento e de precarização existencial. A ausência de limites claros por parte do empregador pode configurar o dano existencial, que se distingue do dano moral por não atacar a honra, mas o projeto de vida do trabalhador:

A cobrança de metas por aplicativos de mensagens, a expectativa de disponibilidade contínua e a ausência de uma política empresarial clara sobre o direito à desconexão violam não apenas o direito ao lazer, previsto constitucionalmente, mas o próprio direito à saúde mental do empregado. Essa supressão sistemática do tempo de não trabalho, que impede o trabalhador de se dedicar a seus projetos de vida pessoais, familiares e sociais, configura o dano existencial, passível de reparação autônoma, pois o que se indeniza é o prejuízo ao seu livre desenvolvimento como pessoa.

Assim, a defesa em casos que tangenciam o direito digital precisa ir além da simples discussão sobre horas extras. É necessário demonstrar a existência de políticas internas eficazes, treinamentos e mecanismos que assegurem o respeito aos períodos de descanso, sob pena de ser condenada não apenas pelo tempo à disposição, mas pela frustração do projeto de vida de seus empregados.

4. O CASE PETROBRAS E A GOVERNANÇA JURÍDICA AUMENTADA

Diante do cenário de uma litigância qualitativamente mais complexa, o Jurídico da PETROBRAS, responsável por um dos maiores contenciosos do país, a nosso sentir, vê-se obrigado a evoluir.

A simples gestão de volume deu lugar à necessidade de

¹⁹ CALCINI, Ricardo. *Teletrabalho e o Direito à Desconexão: da Reforma Trabalhista à Lei 14.442/2022*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2023.

uma *defesa aumentada*, capaz de analisar dados em larga escala, identificar padrões e, crucialmente, cumprir com excelência o ônus da impugnação específica, conforme exige o Artigo 341 do Código de Processo Civil, um desafio hercúleo no contencioso de massa.

Essa abordagem encontra respaldo na doutrina de vanguarda de Alexandre Zavaglia Coelho, que, ao estudar a intersecção entre Direito e IA, cunhou o conceito de *advogado aumentado*²⁰. Trata-se do profissional que, longe de ser substituído pela tecnologia, tem suas capacidades potencializadas por ela. A materialização deste conceito, no entanto, depende de uma mudança de paradigma na prestação de serviços jurídicos, como antecipado por Richard Susskind²¹:

A questão não é mais se a tecnologia vai transformar o mercado jurídico, mas quando e como. O modelo tradicional, puramente artesanal e customizado para cada caso, é insustentável diante da complexidade e do volume das demandas do século XXI. O valor jurídico futuro residirá na nossa capacidade de decompor o trabalho jurídico em componentes que possam ser padronizados, sistematizados e, em última instância, automatizados, entregando soluções escaláveis e não apenas serviços individuais.

A transição para essa advocacia tecnologicamente assistida, contudo, gera um impasse: a legitimidade das decisões algorítmicas. Para que a automação na análise de um processo seja juridicamente válida, é imperativo superar o paradigma da "caixa-preta".

A solução, conforme propõem Dierle Nunes e Otávio Morato²², reside na adoção de sistemas de Inteligência Artificial Explicável (XAI):

²⁰ COELHO, Alexandre Zavaglia. *Direito e Inteligência Artificial: como se preparar para a nova realidade da sua profissão*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

²¹ SUSSKIND, Richard. *Tomorrow's Lawyers: An Introduction to Your Future*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2017.

²² NUNES, Dierle; MORATO, Otávio. Inteligência artificial explicável (XAI): das 'caixas-pretas' às 'caixas de vidro' no processo digital. In: *Revista de Processo*, v. 337, mar./2023.

A confiança e a própria validade do uso de sistemas de IA no processo digital dependem de sua transparência. Um modelo de ‘caixa-preta’, cujos critérios de decisão são impenetráveis à compreensão humana, viola o devido processo legal, pois impede a auditoria, o contraditório e a fundamentação das decisões. A advocacia e o judiciário devem exigir ‘caixas de vidro’ – sistemas de IA Explicável (XAI) – nos quais o raciocínio lógico do algoritmo possa ser inspecionado, compreendido e, se necessário, contestado.

Finalmente, a governança dessa nova advocacia depende da centralidade do fator humano, não como um mero operador, mas como um curador ético do processo. Felipe Barcarollo²³ articula essa necessidade através do conceito de uma gramática humano cêntrica para a Inteligência Artificial:

A simbiose entre advogado e algoritmo não deve visar à automação total, mas à otimização da cognição humana. O princípio do ‘human-in-the-loop’ não é uma falha ou etapa transitória, mas uma característica essencial do sistema, o ponto de controle onde o advogado, como guardião de uma ‘gramática ético-jurídica’, valida, refina e assume a responsabilidade final pela manifestação. A eficiência do algoritmo deve estar subordinada à prudência e à estratégia do jurista, que é quem, em última instância, detém o monopólio da decisão ética.

Essa abordagem — que combina a escala tecnológica, a transparência algorítmica e a curadoria humana — define a *Governança Jurídica Aumentada*, o mecanismo pelo qual a advocacia corporativa pode, efetivamente, transformar um volume massivo de dados em estratégia jurídica de precisão.

5. CONCLUSÃO

Em síntese, a presente análise confirma que a euforia inicial pela redução quantitativa de ações, erigida sobre a promessa de modernização e contenção da judicialização da Lei 13.467/2017, foi um prelúdio transitório para um desafio muito

²³ BARCAROLLO, Felipe. *Inteligência Artificial & Direito: o uso de sistemas de IA para a solução de conflitos pelo Poder Judiciário*. Salvador: JusPodivm, 2020.

maior: a *Tempestade Silenciosa*.

Este fenômeno, que define o contencioso trabalhista contemporâneo de grandes departamentos jurídicos, inclusive o da PETROBRAS, representa o paradoxo de uma calmaria numérica que mascarou a ascensão de uma complexidade jurídica sem precedentes.

A "curva em V" da litigiosidade, cuja inflexão ascendente é inequivocamente demonstrada pelos dados do Relatório Geral da Justiça do Trabalho de 2023 — com recordes históricos de julgamentos (3,5 milhões) e a menor taxa de conciliação em uma década (43,9%) —, não é um mero retorno ao passado. Ela foi catalisada por uma contundente neutralização dos pilares da Reforma pelo Supremo Tribunal Federal, que, ao afastar a cobrança de honorários de sucumbência de beneficiários da justiça gratuita na ADI 5766 e ao rechaçar a tarifação vinculante do dano moral nas ADIs 6050, 6069 e 6082, restaurou o amplo acesso à justiça e, com ele, a plenitude do arbítrio judicial, reabrindo as comportas do risco econômico para as empresas.

O epicentro desta tempestade, contudo, reside na metamorfose do próprio conflito. A "luta de trincheiras" que hoje se trava transcende o volume e foca na sofisticação. As petições iniciais, outrora genéricas, converteram-se em peças de alta densidade técnica, robustecidas por provas digitais pré-constituídas, que exploram com precisão cirúrgica as novas fronteiras do passivo trabalhista.

Essas fronteiras incluem teses complexas sobre riscos psicossociais, que, amparadas na nova NR-01, focam não mais na prova do nexo causal, mas na omissão culposa da empresa em gerenciar tais riscos em seu PGR; e as intrincadas nuances do direito digital, que, para além do controle de jornada em teletrabalho, pleiteiam a reparação por dano existencial decorrente da hiperconectividade. Essa tática processual, doutrinariamente informada, que visa exaurir a capacidade de defesa e induzir a presunção de veracidade por falhas na contestação, representa

uma ameaça direta e calculada ao ônus da impugnação específica (Artigo 341, CPC).

Diante deste cenário, o modelo de advocacia puramente artesanal, reativo e dependente da memória humana, torna-se não apenas ineficiente, mas perigosamente obsoleto. A resposta institucional a este novo e desafiador paradigma, conforme defendido neste trabalho, materializa-se na ascensão de uma *Governança Jurídica Aumentada*.

Este não é apenas um novo nome para o uso de tecnologia, mas um framework estratégico que promove uma simbiose sociotécnica entre pessoas, processos e plataformas. Trata-se de potencializar o insubstituível talento humano com ferramentas de ponta, como a jurimetria preditiva para antecipar riscos, o *Visual Law* para traduzir argumentos complexos e, de forma primordial, a IA Generativa. Esta última, quando orquestrada pela Engenharia de *Prompts*, permite uma decomposição algorítmica da lide, transformando o advogado de um redator de textos repetitivos em um curador ético de dados e arquiteto de estratégias defensivas. Ele passa a ser o validador de hipóteses algorítmicas, o guardião da conformidade ética e o profissional que dialoga com a máquina para extrair, em segundos, a verdade documental da Companhia e confrontá-la com cada alegação adversa.

A *Tempestade Silenciosa*, portanto, não é um problema conjuntural a ser gerenciado, mas um imperativo existencial que força os departamentos jurídicos a uma escolha binária: sucumbir à complexidade ou evoluir. Exige-se transcender a postura reativa para se transformar em um ativo de inteligência de dados, um centro de excelência analítica. Neste novo tabuleiro, o *Advogado Aumentado* não é apenas uma peça, mas o jogador protagonista, o único capaz de navegar com segurança em meio à turbulência.

O legado deste novo modelo de governança, por fim, é garantir que a defesa de grandes corporações jurídicas trabalhistas, como a PETROBRAS, seja pautada pela máxima precisão

técnica e eficiência econômica, preservando o patrimônio da companhia em um Judiciário onde o conflito não apenas retornou em volume: ele, definitiva e irrevogavelmente, *subiu de nível*.